



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

**PRINCIPIO INTERÉS DE PROTECCIÓN DEL MENOR: ASPECTO
NACIONAL E INTERNACIONAL; ANALISIS LEY 20.680 QUE
MODIFICA EL ARTÍCULO 225 DEL CÓDIGO CIVIL**

DAVID ARROS LASTRA
NICOLÁS CORNEJO GUAL

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae para
optar a grado de licenciado en Ciencias Jurídicas.

Profesor Guía: Rodrigo Barcia Lehmann

Santiago, Chile

2016

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO 1: TRATAMIENTO HISTÓRICO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	
1. ANÁLISIS DEL CONCEPTO	
1.1.DESARROLLO DOCTRINARIO; QUE SE ENTIENDE POR INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.	3
2. LEGISLACIÓN	
2.1. APLICACIÓN Y DESARROLLO EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL	
2.1.1 <i>Declaración de derechos del niño y la Convención sobre los derechos del niño.....</i>	<i>9</i>
2.1.2. <i>Ley orgánica 1/1996 de 15 enero de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la ley de enjuiciamiento civil de España.....</i>	<i>14</i>
2.2. APLICACIÓN Y DESARROLLO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL	
2.2.1. <i>Ley 19.585 modifica el Código civil y otros cuerpos legales en materia de Filiación.....</i>	<i>18</i>
2.2.2. <i>Ley 19.968 que crea los tribunales de Familia y el interés protección del menor.....</i>	<i>22</i>
2.2.3. <i>Ley de matrimonio Civil n°19.947 y el Principio del Interés Superior del Menor.....</i>	<i>27</i>

CAPITULO 2: PRINCIPIOS VINCULADOS CON EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL

1. EL PRINCIPIO DEL EJERCICIO PROGRESIVO DE LOS DERECHOS DEL MENOR.....	27
1.1. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.....	29
A. SENTENCIA ROL: 7220-11, PEREIRA CON PEREIRA, CUIDADO PERSONAL DEL MENOR, RECURSO DE CASACION EN EL FONDO, SALA CUARTA, CORTE SUPREMA.....	29
B. SENTENCIA ROL 186-11, 9 DE SEPTIEMBRE DE 2011, HERMANAS BRAVO PEREZ, “DECLARACION DE SUSCEPTIBILIDAD DE SER DADO EN ADOPCION”, RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA, RECURSO DE APELACIÓN.....	31
2. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL MENOR EN SITUACIÓN DE ABANDONO O DESAMPARO.....	32
2.1. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.....	35
A. SENTENCIA ROL 16-10, DE 15 DE MARZO DE 2010 DE LA CORTE DE APELACIONES DE ARICA, PARTES: DIRECTOR REGIONAL DEL SERVICIO NACIONAL DE MENORES DE ARICA Y PARINACOTA, SUSCEPTIBILIDAD DE ADOPCION DEL MENOR, RECURSO DE APELACIÓN.....	35
B. SENTENCIA ROL 10-10 DE 10 DE JUNIO DE 2010, SERVICIO NACIONAL DE MENORES CON CASTAÑEDA VERGARA, CAROLINA A., SUSCEPTIBILIDAD DE ADOPCION, RECURSO DE APELACIÓN.....	38
3. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO APLICACIÓN DE LA AUTORIDAD PARENTAL Y DE LA PATRIA POTESTAD.....	40

3.1. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.	42
A. SENTENCIA ROL 4709-11 DE 11 DE OCTUBRE DE 2011 “IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD”, VIDELA, MARIA C/ OLIVARES, PEDRO, RECURSO DE CASACION EN EL FONDO, CORTE SUPREMA..	42
B. SENTENCIA ROL 2489-09 DE 26 DE MAYO DE 2010, IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD, QUER CUMSILLE C/ NOGUERA LECAROS, ALFONSO, CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, RECURSO DE APELACIÓN.....	45
CAPITULO 3: DESARROLLO Y ANALISIS DEL ARTÍCULO 225 DEL CÓDIGO CIVIL; LEY QUE MODIFICA EL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS	
1. CRITERIOS EN TORNO A LA ATRIBUCIÓN LEGAL DE LA PREFERENCIA MATERNA.....	47
2. LEY 20.680 QUE REFORMA EL ARTÍCULO 225 CON EL OBJETO DE PROTEGER AL MENOR EN CASO DE QUE LOS PADRES SE ENCUENTREN SEPARADOS, Y SUS DERIVACIONES.	56
2.1. ANÁLISIS EN TORNO A LA HISTORIA DE LA LEY	56
2.2. CRITERIOS DE LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA O DEL DERECHO COMPARADO EN QUE HAN ACOGIDO LOS PARÁMETROS UTILIZADOS POR ESTE ARTÍCULO.	60
2.2.1 LEGISLACION ESPAÑOLA	60
2.2.2 LEGISLACIÓN FRANCESA.....	62
2.2.3 LEGISLACIÓN ITALIANA	63
3. PRERROGATIVAS EN TORNO A LA MODIFICACIÓN	67
4. LA JURISPRUDENCIA Y EL CUIDADO COMPARTIDO.....	72

SENTENCIA DICTADA POR LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA, CON FECHA 15 DE JULIO DE 2015, MATERIA; INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO; ROL: 8759-15	75
SENTENCIA DICTADA POR LA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, CON FECHA 19 DE ENERO DE 2015, CUIDADO PERSONAL, ROL: 589-14,	77
SENTENCIA DICTADA POR LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA, CON FECHA 14 DE JULIO DE 2015, DERECHOS Y DEBERES DE LOS PADRES, ROL 23113-14.....	87
SENTENCIA DICTADA POR LA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, CON FECHA 9 DE OCTUBRE DE 2015, DERECHOS A LA SALUD DEL NIÑO, ROL 6735-15.....	99
CONCLUSIONES.....	111
BIBLIOGRAFÍA.....	113
JURISPRUDENCIA.....	116

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación, desarrollaremos todo lo relacionado con un principio que tiene reconocimiento en la mayoría de las legislaciones y en las Convenciones sobre Derechos Humanos. El principio en cuestión es el denominado Principio de Interés Superior del Niño, que como se puede inferir de su nombre, se preocupa del normal desarrollo del niño, que viva en un entorno que le provea estabilidad y que sea una real preocupación en relación al cuidado que le deban dar los padres en su educación y crecimiento personal.

A pesar que este principio tiene aplicación en nuestro país y tiene amplio reconocimiento en nuestro Derecho, se han dado situaciones de vulneración de dicho principio, más que nada en cuanto a los cuidados que se le debe dar al niño cuando hay un conflicto entre los progenitores, situación que analizaremos en esta investigación.

Al mismo tiempo, el objetivo primordial es buscar el real sentido y alcance de dicho principio, puesto que en diversos fallos nuestros tribunales de justicia aplican de forma amplia el principio de interés superior del niño, pero no de manera concreta, existiendo conflictos entre la aplicación y la teoría como tal.

También analizaremos si realmente se respetan como tales las diversas normas que confluyen en el interés superior del niño, una de ellas, el tratado de la Convención Interamericana de los Derechos del Niño firmado y ratificado por nuestro país. Es así, que dividimos nuestro trabajo en tres capítulos. El primero se enfoca desde un punto de vista histórico y se analizan de forma práctica diversas formas de manifestación, con las autoridades que le dieron origen, y que para su entendimiento se sintetiza desde las premisas nacionales como internacionales.

En el capítulo segundo analizamos de manera exhaustiva las tres formas de representación del principio del interés superior del niño, lo enfocamos desde el ejercicio de los derechos progresivos del menor, la protección del menor en

situación de abandono o desamparo, y, finalmente, el interés superior del niño como aplicación de la autoridad parental y de la patria potestad.

En el tercer y último capítulo de nuestra investigación nos encontramos con un acontecimiento muy interesante y de gran relevancia para el derecho nacional, como lo fue el Proyecto de Ley denominado como Custodia Compartida, que, finalmente, modificó el artículo 225 del Código Civil. Dicha norma regula el cuidado personal de los hijos, hito importante para nuestra legislación puesto que este precepto original constituía una vulneración a la igualdad ante la ley. Es así, que personajes destacados de la doctrina nacional, como Enrique Barros Bourie, o legisladores como el Senador René Naranjo, determinaban que existía una enorme diferencia de tratamiento entre la autoridad parental y la maternal. La interpretación de la regla, como una premisa de derecho, determinaba que la facultad era otorgada a la madre en gran parte a la tenencia y cuidado del niño, dejando de lado los derechos constitucionalmente establecidos para el padre.

Con lo expuesto esperamos que esta investigación sea de ayuda y que pueda contribuir de la mejor forma a la interpretación del interés superior del niño, esperando que nuestros Tribunales a los largo del tiempo se enfoquen de manera concreta en la aplicación de dicha norma, evitando la ambigüedad. Provocando situaciones que han mermado la igualdad de derechos que existen entre los padres, habiendo condiciones dispares en situación que los progenitores deberían estar en calidad de iguales.

CAPITULO 1

TRATAMIENTO HISTÓRICO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

1. Análisis del concepto

1.1. *Desarrollo doctrinario; qué se entiende por interés superior del Niño.*

El concepto de interés superior del niño, debemos desarrollarlo como un principio y también como una definición. Por ello es importante determinar y establecer lo que la doctrina ha entendido como *“interés superior del niño”* y que los autores nos han planteado para establecerlo como tal.

En este capítulo debemos explorar el concepto como tal, que va más allá de una definición. Es necesario analizar su origen, ya que para determinar la raíz debemos examinar sus instituciones, tanto en el Derecho chileno, como comparado, logrando con ello un concepto que nos permita dilucidar qué debemos entender por este principio tan fundamental.

En primer lugar, debemos desarrollar el rol del Estado en esta materia, es importante determinar cuál ha sido su función en torno al concepto de protección del niño. Así, *“(...) al Estado y a la sociedad les interesa cómo se forma y educa al menor, si goza y son respetados sus derechos fundamentales, cómo pasa de niño a ciudadano adulto, porque, además de su valor social, aquellos (Estado, sociedad) habrán de aceptarlo en su ámbito como sujeto activo cuando deje de estar dirigido y controlado por sus padres; no podrán rechazarlo luego: es, pues, evidente el interés público implicado en esta cuestión.”*¹

Bajo esta primera premisa, debemos entender que el Estado tiene un interés constante por el desarrollo del niño, lo que comprende, no solo al Estado, sino a la sociedad entera. Con ello, es importante entender que el Estado, a través del

¹ RIVEROS HERNANDEZ, F; *“Determinación del interés del menor, in concreto”*; Editorial VLEX, pp.30. disponible en: <http://vlex.com/vid/determinacion-efectiva-menor-concreto-389188>.

interés del niño, debe ocuparse de todo lo necesario para que éste no sea objeto de vulneraciones. La labor del Estado comprende el velar por la aplicación de dicho principio, que alcanza a todos sus funcionarios.

En cuanto al Derecho comparado, la doctrina también se ha pronunciado respecto al tema. Es destacable citar la legislación colombiana, que si bien no ha dado una concepción generalizada respecto del interés del niño, se enfoca en dar una concepción de cómo se debe comportar el Estado y sus organismos respecto al niño como tal. De este modo, sus Tribunales han resuelto que: “(...) *ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo, cuando estas circunstancias se presenten, es legítimo que el Estado intervenga en la situación, en ejercicio de su función protectora, para resguardar los intereses prevaletientes del menor en riesgo.*”²

Así, en un análisis previo al concepto de protección del niño, podemos decir que tanto la doctrina nacional como la comparada, establecen que entre los intereses en conflicto el interés del niño es el primero ante todo.³ Sin perjuicio de lo anterior, no podríamos señalar que hay que generalizar un concepto propio respecto al principio de interés superior del niño, para ello es necesario ahondar en instituciones que se enfocan en el niño como tal, por eso es que tenemos la obligación de desarrollar el concepto que establece la Convención Internacional sobre Derechos del Niño.

Dicha convención, en su artículo 3, establece que: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

² Corte constitucional del Colombia; Sentencia T-587, año 1998.

³ CAVALLO AGUILAR, G; *Centro de Estudios Constitucionales*, año 2008, Universidad de Talca-Campus Santiago. Pág. 226.

Con dicha disposición se otorga al interés superior del niño un carácter fundamental, que no solo se dirige al ordenamiento jurídico, sino que también a las instituciones públicas y privadas de bienestar social. Con esta noción de la citada Convención se puede destacar que el concepto cumple una *triple función*; es una **garantía para el niño**, debido a que toda decisión que le concierne debe considerar fundamentalmente sus derechos. Es una **norma orientadora** que no solo obliga a los legisladores y jueces, sino a todas las instituciones públicas y privadas y finalmente es una **norma de interpretación y de resolución de conflictos**.⁴

A este respecto, es importante determinar que no ha habido por parte de la doctrina un desarrollo en cuanto a un concepto de interés superior del niño como tal, sino que más bien ha existido la necesidad de enfocar en la preocupación que debe existir por parte de las instituciones gubernamentales como de las instituciones privadas. Sin embargo, la doctrina si se ha enfocado en dar una opinión respecto del principio de interés superior del niño. Así, se ha establecido por un lado que *“se trata de uno de los principios cardinales en materia de derechos del niño, niña y adolescente, entendiendo desde este momento que, de acuerdo a como lo establece los estándares internacionales, en particular el artículo 1° del convenio sobre derechos del niño”*.⁵⁶

Con esta carencia de conceptos en cuanto al interés superior del niño por parte de la doctrina, ha sido importante ahondar si la jurisprudencia se ha pronunciado respecto al tema. Complementando esta premisa, la Corte de Apelaciones de Santiago ha resuelto, en sentencia dictada con fecha 1 de septiembre de 2004, en su considerando 5°: *“(…) que el interés del menor constituye un concepto jurídico indeterminado, de contornos imprecisos y de*

⁴ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, M; *El sistema filiativo chileno (filiación biológica, por técnicas de reproducción asistida y por adopción)*; Editorial jurídica de Chile, año 2007, p. 41.

⁵ AGUILAR CAVALLLO, G: *“El principio de interés superior del niño y la corte interamericana de derechos humanos”*, Editorial Estudios Constitucionales, año 6 n°1, 2008 pp. 226, ISSN 0718-0915.

⁶ CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ARTICULO 1: *Para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*

*profusa utilización en el derecho comparado. No obstante puede afirmarse que alude a asegurar al menor el ejercicio y protección de los derechos fundamentales; y a posibilitar la mayor suma de ventajas, en todos los aspectos de su vida en perspectiva de su autonomía orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad, concepto, en todo caso, cuyos contornos deben delimitarse en concreto, en cada caso”.*⁷

En la citada norma del tribunal, se debe destacar la importancia de determinar que sin necesidad de haber un concepto que implique una fijación a cómo se debe considerar el interés superior del niño, si se encargará de establecer la preocupación que deben tener los las autoridades tanto del Estado como públicas y además que debe estar por sobre el interés de todos los demás.

Siguiendo con el criterio adoptado por la doctrina, (en que no hay consenso de fijar un concepto del principio del interés superior del niño) debemos seguir indagando para poder establecer un criterio unitario y que nos permita entender qué es en grandes rasgos el *interés superior del niño*. Respaldo nuestra teoría, se encuentra la opinión que la Corte suprema ha emitido al respecto, y así ha dicho que con este se principio se logra *la “(...) satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derecho, identificándose de esta manera Interés Superior con los derechos del niño y adolescente y si bien éste se encuentra presente y se proyecta en todo el sistema jurídico, al erigirse como una garantía de amplitud tal que obliga no sólo al legislador sino que a todas las autoridades e instituciones y a los propios padres, interesa de sobremanera el aporte que tiene en el ámbito de la interpretación, al constituir una norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir las situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran”*⁸. Como podemos ver, ha sido difícil determinar un concepto unívoco respecto al interés superior del niño y por ende ha sido necesario

⁷ CORTE DE APLEACIONES DE SANTIAGO, Rol N° 4.105/2009, de 1-09-2004.

⁸ Causa n° 5245/2010, Resolución n° 35932 Corte Suprema de Chile - Sala Cuarta (Mixta), 24 de Septiembre de 2010

entender qué es lo que se quiere lograr. Para ello, determinar qué importancia tiene para la sociedad y el Estado, que más allá de una definición que nos permita aclarar estos cuestionamientos, y que sea un concepto que tanto la legislación como los tribunales puedan influenciarse y dirigir sus decisiones, ha sido más importante determinar la importancia que debe tener para los mismos. Definirlo como un sólo concepto podría llevar a descartar ciertas situaciones y ante un escenario en que se aislen los derechos del menor por no contemplarlos como una premisa, sería imperdonable por la indefensión y por el riesgo que representaría para el estado psíquico y físico del niño.

Es más conveniente para el niño que existan distintas posiciones respecto al concepto, pero que el principio en sí sea uno sólo y que sea comprendido por todos como igual, ya que “(...) *en realidad, cuando hablamos del interés superior del niño no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que le conviene al niño, de lo que el juez cree que es lo mejor para el niño, sino que cuando hablamos del interés superior, del interés primordial del niño, significa simplemente decidir sobre los derechos humanos de los niños*”.⁹

Según lo dicho, podemos concluir que el principio de interés de protección del niño no se puede sintetizar como un concepto en sí mismo, ya que la esfera de protección que indaga no permite definirlo, sería riesgoso entonces por parte de la doctrina y la jurisprudencia definirlo, puesto que un único concepto, como se dijo anteriormente, podría permitir descartar ciertas situaciones, por lo que al no asumir ese riesgo se es preferible guiarse por la noción general que establece la Convención de Derechos del Menor y así también las leyes nacionales como la ley que crea los Tribunales de Familia en su art 16 inciso 3º¹⁰ y los diversos autores que se pronuncian respecto al tema.

⁹ AGUILAR CAVALLO, G: “*El principio de interés superior del niño y la corte interamericana de derechos humanos*”, Editorial Estudios Constitucionales, año 6 n°1, 2008 pp. 229, ISSN 0718-0915.

¹⁰ Artículo 16.- “*Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio*

Con el objeto de dejar por establecido este punto, es que nos validaremos en lo que se dice respecto al tema en investigación por algunos autores: GOMEZ DE LA TORRE establece como conclusión que: “(...) es un concepto jurídico indeterminado, pero hay una cierta unanimidad en cuanto a entender que consiste en garantizar al niño el ejercicio y satisfacción efectiva de los derechos y garantías que surgen de su calidad de persona humana, los que deben ser respetados en el ejercicio de la autoridad de los padres, en las resoluciones que dicten los jueces y en las medidas que tomen los organismos públicos y privados al respecto”.¹¹

Por lo tanto, podemos decir que el interés superior del niño como principio y como concepto es el mismo, lo que importa cuando hablamos de esta temática, es resaltar que se debe tener como prioridad al niño y por tanto conceptualizarlo sólo en cuanto a sus derechos sería minimizarlo; debe entonces enfocarse en los deberes que la sociedad y el Estado deben cumplir para garantizar esos derechos, y con ello, el objetivo que se debe tener y que debe entenderse para todos los individuos y entidades involucrados se engloba en los intereses que involucran al niño.

nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.”

¹¹ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, M; “El sistema filiativo chileno” (filiación biológica, por técnicas de reproducción asistida y por adopción), Editorial jurídica de Chile, año 2007, pág. 46.

2. Legislación

2.1 *Aplicación y desarrollo en la legislación internacional*

2.1.1 **Declaración de derechos del niño y la Convención sobre los derechos del niño**

Fijando nuestra investigación en torno al derecho internacional y haciendo un análisis exhaustivo de las normas que regulan el principio de protección del niño, es obligación y deber hablar de la convención de derechos del niño. Es por esto, que para dar a conocer el origen de esta norma legal es necesario dar una referencia respecto a su aparición.

La primera manifestación que consagró los derechos del niño fue la *Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños* que fue aprobada por la ONU en 1924, posteriormente la asamblea general de la ONU aprobó la *Declaración Universal de derechos humanos* que incluía los derechos del niño. En 1959 ante la necesidad de una protección más directa en cuanto a los derechos del niño, aparece la ***Declaración de los Derechos del Niño***. Pero ante la necesidad de crear un cuerpo normativo de características vinculantes para los Estados y que puedan suscribirse a ella es que aparece la ***Convención sobre Derechos del Niño***, que en la actualidad la convención cuenta con 193 países miembros y que con ello han ratificado la norma, teniendo más suscriptores que la ONU que fue la organización que dio paso a su origen, destacándose que la ONU tiene 192 miembros, y que con ello se resalta la importancia que tiene para los países la necesidad de suscribir esta convención.

Cabe destacar que los países que no se han adherido a este acuerdo son EEUU y Somalia. Hay que señalar también que la convención se ratifica por la

ONU por resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989 cuya entrada en vigor se produjo tan solo 9 meses después de su adopción el 2 de septiembre de 1990.¹²

Es importante mencionar que respecto a Chile la Convención la suscribió en el año 1990 junto a otros 57 países.

QUE DICE LA DECLARACIÓN

Consta de 54 artículos pero que se rigen por cuatro principios fundamentales:

No discriminación: De edad, sexo, raza, color, género, idioma, nacionalidad, origen social o étnico.

Interés superior del Niño: Se debe tener en cuenta el interés del niño por sobre los demás.

Supervivencia, desarrollo y protección: Garantía que deben tener los países en cuanto a su crecimiento físico y social.

Participación: De los niños en las decisiones que le puedan afectar.

QUE DERECHOS SE SINTETIZAN EN LAS SIGUIENTES NORMAS:

Derecho a la familia:

El Artículo 5 señala que el gobierno debe respetar los derechos y las responsabilidades de los padres de brindar orientación a sus hijos de acuerdo con sus edades.

El Artículo 9 asegura el derecho del niño a vivir con uno o ambos padres excepto cuando se considere que ello es incompatible con el interés superior del niño. El niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres.

¹² AGUILAR CAVALLO, G: “El principio de interés superior del niño y la corte interamericana de derechos humanos”, Editorial Estudios Constitucionales, año 6 n°1, 2008 pág. 227, ISSN 0718-0915.

El Artículo 10 garantiza que los niños y sus padres tienen derecho a salir de cualquier país y de entrar al suyo a los efectos de la reunión de la familia.

El Artículo 18 indica que los padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza del niño, y el gobierno les prestará la asistencia apropiada.

Artículo 20 legitima que los niños privados de su medio familiar deberán recibir protección especial.

Artículo 21 asegura que en los países en que se reconozcan las adopciones, las mismas se realizarán teniendo como consideración primordial el interés superior del niño.

Derecho a expresarse libremente y al acceso a la información:

El Artículo 12 imprime que los niños tienen derecho a expresar sus opiniones libremente y a que esa opinión sea debidamente tenida en cuenta en todos los asuntos que le afecten.

El Artículo 13 tiene relación con el derecho de los niños a expresar sus puntos de vista, obtener información y difundir informaciones e ideas de todo tipo.

El Artículo 14 señala que el niño tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, bajo la orientación adecuada de sus padres.

El Artículo 15 esgrima que los niños tienen derecho a formar asociaciones libremente y a celebrar reuniones con otros.

El artículo 16 habla del derecho a la protección contra injerencias en su vida privada, su familia, su domicilio y su correspondencia.

Y el Artículo 17 que el niño tendrá acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales. Esos materiales deberían ser de interés social y cultural para el niño, y se debería desalentar la difusión de materiales perjudiciales para él.

Derecho a la educación:

El Artículo 28 garantiza que los niños tengan derecho a la educación. La enseñanza primaria debería ser gratuita y obligatoria para todos los niños. Todos los niños deberían tener acceso a la enseñanza secundaria.

Y el Artículo 29 menciona que la educación deberá desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño. El niño debería aprender a respetar su cultura y la de los demás.

Derecho a la identidad:

El Artículo 7 dice que todo niño tiene derecho a un nombre y a adquirir una nacionalidad, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Y el Artículo 8 garantiza que el gobierno tiene obligación de proteger la identidad, el nombre, la nacionalidad y las relaciones familiares del niño.

Derecho y protección contra los abusos:

El Artículo 11 dirige que el gobierno tendrá obligación de hacer todo lo posible para prevenir los secuestros y la retención ilícita de niños en el extranjero por parte de sus padres o terceros.

El Artículo 19 esgrima que los niños serán protegidos contra los abusos y el abandono. Los gobiernos establecerán programas orientados a prevenir los abusos y brindar tratamiento a quienes hayan sido víctimas de malos tratos.

El Artículo 34 asegura que los niños estarán protegidos contra los abusos sexuales, incluida la prostitución y la explotación en actividades pornográficas.

El Artículo 35 señala que es el gobierno quién tomará las medidas adecuadas para impedir la venta, la trata y el secuestro de los niños.

El derecho a una vida sana y segura:

El Artículo 6 configura que todos los niños disfrutan del derecho a la vida, y el gobierno debe hacer todo lo posible por garantizar la supervivencia y el desarrollo de los niños.

El Artículo 24 dice que todos los niños contarán con el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y al acceso a los servicios sanitarios y médicos.

El Artículo 27 Los niños tienen derecho a un nivel de vida decente.

El Artículo 33 impone que los niños tienen derecho a la protección contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas y contra su participación en la producción y el tráfico de esas sustancias.

El derecho a la protección contra la discriminación:

El Artículo 2 asegura a que todos los derechos se aplican a todos los niños, y los niños deben ser protegidos contra toda forma de discriminación.

El Artículo 30 indica que los niños de las comunidades minoritarias disfrutan del derecho a tener su propia vida cultural, a practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

El derecho a la protección especial en tiempos de guerra

El Artículo 22 asegura a los niños refugiados o que traten de obtener el estatuto de refugiado serán objeto de protección especial.

El Artículo 38 Los niños menores de 15 años de edad no participarán en los conflictos armados. Los niños afectados por los conflictos armados tienen derecho a cuidado y atención especiales.

El Artículo 39 Los niños que hayan sido víctimas de los conflictos armados, la tortura, el abandono, el maltrato o la explotación recibirán tratamiento especial orientado a lograr su recuperación.

El derecho de los niños impedidos a la atención especial

El Artículo 23 Los niños impedidos tienen derecho a los servicios de rehabilitación, y a la educación y capacitación que los ayuden a disfrutar de una vida plena y decorosa.¹³

Esta síntesis detalla en forma precisa el contenido de la *Declaración de derechos del Niño* y con ello podemos dar a conocer en forma resumida los derechos contenidos en esta carta ley. Así también su contenido nos permite determinar la importancia de que los derechos del niño sean protegidos de forma tal que sean por sobre el interés de la sociedad en común, lo importante en este punto es destacar la necesidad que existe de que el niño debe tener todos los medios necesarios para poder desarrollarse como tal.

2.1.2. Ley Orgánica 1/1996 de 15 enero de Protección Jurídica del Niño, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España

En primer lugar, es importante considerar que el 30 de noviembre de 1990 se ratificó por España la *Declaración de Derechos del Niño* y que junto con otras normas que han sido ratificadas por el mismo país, es que se ha ido progresando respecto a los intereses del niño y su derecho a protección. Tenemos por ejemplo, la ley orgánica de 5 de junio de 1992, sobre *reformas de la ley reguladora de la competencia y procedimiento de los juzgados de menores*; la ley de 12 de julio de 1994, que *incorpora la Directiva 89/522/CEE, relativa al ejercicio de actividades de radio difusión televisiva de 30 de junio de 1997*¹⁴.

Así también en un rango más importante, tenemos la ley 13/1983 de 24 de octubre sobre *la tutela*; le ley 21/1987 de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la *Ley de Enjuiciamiento Civil en*

¹³ BUSTOS, A; “*Chile y los derechos del niño*”, Biblioteca del Congreso Nacional, año 2009, página web; <http://www.bcn.cl/de-que-se-habla/chile-derechos-del-nino>.

¹⁴ LINACERO DE LA FUENTE, M; “*Protección jurídica del menor*”, editorial Montecorvo SA, año 2001, pp. 32.

*materia de adopción, la ley orgánica 5/1998 de 19 de junio, sobre exhibicionismo y provocación sexual en relación a los menores.*¹⁵

Pero por esta cantidad de normas es que aun así, no fue bastante y no se consideró de parte de la legislación española que las leyes revisadas anteriormente fueran suficientes para dar por entendido de que la protección del niño era suficiente y completa, por eso se exigía con urgencia la creación de una ley específica de protección de derechos del niño.

Así fue, como se creó la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del niño, que ha pretendido crear una especie de derecho estatutario del a su entorno, y que se pretende debido a las transformaciones sociales y culturales operadas en la sociedad española provocando un cambio en el status del niño y como consecuencia de ello, se ha dado un nuevo enfoque a la determinación de los derechos humanos de la infancia.

En efecto la mencionada ley 1/1996 pretende en su exposición de motivos “(...) *abordar una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil*”, así como “(...) *construir un amplio marco de protección del menor que vincule a todos los poderes públicos*”. Así, es conveniente abordar el análisis de esta norma.

Para comenzar, es indispensable ver el ámbito de aplicación de la ley 1/1996 que establece en su artículo 1º “*La presente ley y sus disposiciones son de aplicación a los menores de 18 años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable han alcanzado anteriormente la mayoría de edad*”¹⁶.

¹⁵ LEY ORGANICA 1/1996, de 15 de Enero, de “Protección jurídica del Menor, de Modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil”, Exposición de motivos, disponible en <http://vlex.com/vid/juridica-menor-enjuiciamiento-15386623>

¹⁶ El citado Artículo 1º de la *Convención de los Derechos del niño*, “Para los efectos de la presente convención se entiende por niño todo ser humano menor de dieciochos años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad”.

Con respecto al interés superior del niño, la presente ley se pronuncia respecto al tema y establece en su artículo 2º: *“En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo.*

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretaran de forma restrictiva.”

Es importante desatacar que así como en el primer capítulo hablamos de establecer un concepto propio y unificado del interés superior del niño es importante establecer que en la legislación española no se ha podido dar un solo concepto. Sin embargo comprende en que *“(…) se trata de dar un contenido a dicho principio de modo que no se considere como una mera declaración programática y en este sentido baste reflejar algunos esfuerzos doctrinales”*.¹⁷

ALONSO PEREZ también nos ofrece un significado más esclarecedor en cuanto al interés superior del niño y dispone: *“(…) sin duda el interés superior del menor debe referirse al desenvolvimiento libre e integral de su personalidad, a la supremacía de todo lo que le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores, curadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural. La salud corporal y mental, su perfeccionamiento educativo, el sentido de la convivencia, la tolerancia y la solidaridad con los demás, sin discriminación de sexo, raza, etc., la tutela frente a las situaciones que degradan la dignidad humana (drogas, alcoholismo) son otros tantos aspectos que configuran el concepto más vivencial que racional del interés del menor.”*¹⁸

Con esta opinión del autor en referencia, se puede establecer la similitud que se tiene a nivel general del interés de protección del niño, donde se constata la necesidad de protegerlo en todos los ámbitos de su integridad y crecimiento,

¹⁷ LINACERO DE LA FUENTE, M: ob.cit., pág 58.

¹⁸ ALONSO PEREZ, M: *La situación jurídica del menor en la ley orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código civil y de la ley de enjuiciamiento civil: “luces y sombras”*, Actualidad Civil, nº2 (6-12 Enero de 1997) pág. 24.

haciendo entender que la sociedad debe ser un ejemplo para los mismos y que por lo tanto es necesario regular.

A la opinión recién referida, es que podemos complementarla con lo que establece la ley 1/1996 en su artículo tercero: *“Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.”*

En opinión de LINACERO DE LA FUENTE, es que el interés superior del niño y la ley orgánica 1/1996 se puede sintetizar de la siguiente forma:

1. La noción del interés superior del niño debe determinarse poniendo en relación dicho principio con el respeto a los derechos fundamentales consagrados en la Convención de 1989; se materialice tomando como guía el respeto a los derechos fundamentales que le reconoce al niño el derecho internacional.
2. Aunque la valoración judicial del interés del niño sea discrecional, ello no justifica resoluciones arbitrarias. La discrecionalidad debe tener como límite: La racionalidad en la apreciación de los hechos, evitar todo perjuicio para el bienestar espiritual y la protección de los derechos del niño plasmados en la legislación nacional e internacional.¹⁹

¹⁹ LINACERO DE LA FUENTE, M: ob.cit. pp.61-65

2.2. Aplicación y desarrollo en la legislación nacional

2.2.1. Ley 19.585 modifica el Código civil y otros cuerpos legales en materia de Filiación.

En cuanto a esta ley, debemos destacar que su interés se centra en diversos ámbitos del derecho de familia y de filiación, sin embargo, nuestro análisis se enfoca en el principio en cuestión y cómo la ley lo ha desarrollado. Aun así, debemos considerar resaltar las materias que esta ley ha modificado y que se rigen hoy en día, siendo conveniente mencionarlas para entender mejor la norma.

Esta modificación a que alude la ley, terminó con la discriminación que había hacia los niños respecto a su origen familiar, ya que se les clasificaba como hijos legítimos o ilegítimos o naturales; hoy se diferencia en cuanto a si son hijos de filiación matrimonial o de filiación no matrimonial. Con esta modificación es que se ha querido armonizar con el artículo 2° numeral 2 de la *Convención de Derechos del Menor* en el sentido de evitar todo tipo de discriminación.²⁰

La nueva norma de filiación que se presenta en esta renovada ley, es una herramienta para evitar la discriminación de los niños y niñas en nuestro país, así como la instauración de deberes obligatorios para los menores de edad.

Ahora bien, abarcando el interés superior del niño, esta ley incorporó el principio como un fundamento rector del texto y como motivo que el juez deberá tener presente en todas sus intervenciones, por lo tanto esta norma establece que en la decisión del juez es determinante tomar en consideración el impacto que provoca en la autonomía futura del menor.²¹

En rigor, analizando la ley en cuestión, es importante mencionar con detalles los artículos en donde recoge el principio de interés superior del niño. De lo

²⁰ Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

²¹ Síntesis extraída de BAEZA CONCHA, G: “El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”. Revista chilena de derecho, Vol. 28 n°2, pág. 360.

anteriormente dicho se avala en lo dispuesto en su artículo 242 inciso 2° del Código Civil: *“En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.”*

Asimismo, en el **artículo 222 inciso 2°**; *“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.”*

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

Artículo 244 inciso 3°: *“En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente.*

Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá dentro del mismo plazo señalado en el inciso primero.”

Artículo 245 inciso 2°: *“Sin embargo, por acuerdo de los padres, o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse al otro padre la patria potestad. Se aplicará al acuerdo o a la sentencia judicial, las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente.”*

Artículo 268 inciso 2°: *“El juez, en interés del hijo, podrá decretar que el padre o madre recupere la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la suspensión.”*

Artículo 272 inciso 2°: *“Se exceptúa de esta regla la emancipación por muerte presunta o por sentencia judicial fundada en la inhabilidad moral del padre o madre, las que podrán ser dejadas sin efecto por el juez, a petición del respectivo padre o madre, cuando se acredite fehacientemente su existencia o que ha cesado la inhabilidad, según el caso, y además conste que la recuperación de la patria potestad conviene a los intereses del hijo. La resolución judicial que dé lugar a la revocación sólo producirá efectos desde que se subinscriba al margen de la inscripción de nacimiento del hijo”.*

Así, según GOMEZ DE LA TORRE, el interés superior del menor en materia de filiación llevado a la práctica consiste en:

Permitirle la indagación de su filiación, cuando ésta no esté determinada, pues se vincula a su derecho a la identidad personal, uno de cuyos atributos esenciales es tener un nombre y conocer a sus padres.

Garantizarle los derechos que surgen de su calidad de persona humana, los que deben ser respetados en el ejercicio de la autoridad de los padres.

Permitirle manifestar su opinión y tomarla en cuenta de acuerdo a su edad y grado de madurez, en todas las instancias judiciales o extrajudiciales en que tenga interés el niño.

Permitirle permanecer con el padre que mejor asegure su bienestar físico y espiritual y al mismo tiempo facilite su vinculación con el otro padre, en caso de separación, nulidad o divorcio.²²

Velar porque se proteja su interés, para lo cual debe ser escuchado y tomado en cuenta de acuerdo a su edad y grado de madurez, en caso de separación, nulidad o divorcio, tanto en los acuerdos regulatorios como en la mediación, en la

²²En el capítulo tercero resolveremos que esta situación, que consideramos, no es tan cierta en la práctica como plantea el autor en mención.

que los cónyuges decidan sobre el cuidado personal, régimen comunicacional, alimento y patria potestad de los hijos.²³

²³Extraído de GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, M; ob.cit. pp.47

2.2.2. Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia y el interés protección del niño.

Respecto a esta ley es importante también hacer una mención previa respecto a la función que cumple en el ámbito de la familia. A grandes rasgos podemos decir que los objetivos que cumple es concentrar en una jurisdicción única y especializada los asuntos de familia, específicamente los conflictos familiares que se susciten y abordarlos con integridad, reflexionando los múltiples aspectos que se deben considerar y que en estos casos serán asesorados por un consejo técnico.

En cuanto al juez, debe garantizar que tenga un conocimiento directo e inmediato de los asuntos que conoce. Procedimientos orales, flexibles y concentrados. Con todo esto, los conflictos que se originen entre los familiares, los tribunales tienen el deber de promover soluciones pacíficas y consensuadas.

Entre las materias que podemos mencionar en cuanto a esta ley, es la que regula las relacionadas con: La adopción, autorización de salidas de menores del país, bienes familiares, cuidado personal, derechos y deber de mantener una relación directa y regular con los hijos, declaraciones de interdicción cuando una persona está incapacitada de administrar sus bienes, pensión de alimentos, maltrato de niños o niñas, separación judicial, violencia intrafamiliar, entre otros.

En cuanto al procedimiento, este contempla **dos audiencias**; una audiencia preparatoria y otra audiencia de juicio que se caracterizan por ser orales y siempre con la presencia del juez y las partes. **Al procedimiento** se contempla uno ordinario, donde se fija la audiencia preparatoria y una vez que se fijan los medios de prueba, se pasa posteriormente a la audiencia de juicio, y dos **procedimientos especiales**; el de aplicación de medidas de protección y el de violencia intrafamiliar.

Entrando en tema, es entonces que mencionaremos el rol que cumple el principio de interés superior del niño en esta ley. Es así, que la incorpora en su artículo 16 inciso 2°: *“El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”*.

Junto a este artículo, la ley también elabora una definición que para nosotros es importante mencionar y que la podemos entender incorporada por lo que a nuestro principio se refiere, y es así, que define a lo que se entiende por niño o niña y adolescente: *“Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.”*

Esta definición nos da un matiz de qué es lo que debemos entender y qué debemos incorporar al desarrollo de nuestra investigación, por lo que es importante tenerla en consideración.

La ley también menciona al *Principio de Interés Superior* de niño en su artículo 30. A nuestra percepción, es una repetición del reciente artículo citado y que resalta la consideración que debe tener el juez respecto al interés del menor en el desarrollo de un conflicto familiar y que no debe afectar al menor para su integridad, así lo determina el artículo 30 inciso 2° de la ley, que establece *“(…) el juez aprobará sólo aquellas convenciones probatorias que no sean contrarias a derecho, teniendo particularmente en vista los intereses de los niños, niñas o adolescentes involucrados en el conflicto. Asimismo, el juez verificará que el consentimiento ha sido prestado en forma libre y voluntaria, con pleno conocimiento de los efectos de la convención.”*

Relacionando el interés superior del niño y la presente ley, es que podemos destacar la importancia del rol del juez, en donde ante conflictos entre los padres su interés primordial debe ser el menor como individuo. RIVERO HERNÁNDEZ considera que el juez en cuanto al interés superior del niño debe abstenerse de ciertas consideraciones personales y que por lo tanto debe regirse por lo que

establece el sistema constitucional y la sociedad “(...) en la ponderación del interés del menor, en sí mismo (por ejemplo, a la hora de aprobar una adopción o decidir sobre la educación religiosa o laica o sobre una intervención de cirugía estética de una muchacha de quince años) o en conflicto con otros intereses y personas, el Juez no debe regirse tanto por sus convicciones personales (ideológicas, éticas, sociales, jurídicas) cuanto por criterios de valoración generales y bien asentados en la sociedad -una sociedad pluralista: Art. 1.1 C.E.- en el lugar y momento en que se demanda su decisión. Quiero decir que el Juez debe prescindir -hasta donde sea posible, porque en esta materia nada es incoloro o aséptico- de sus principios (ideológicos y otros) personales más o menos conservadores o liberales, de sus convicciones políticas, religiosas o educacionales, su concepción autoritaria o liberal de la familia, los hijos o su formación, a la hora de apreciar el interés del menor, y, declinando de tales opiniones subjetivas, decidir de acuerdo con los principios y valores preponderantes en el sistema constitucional y en la sociedad y momento en que ha de pronunciarse”.²⁴

Podemos concluir que en torno a esta ley, el rol que debe cumplir el juez es primordial en cuanto a abstenerse de criterios personales y que por lo tanto debe respetar el interés que la Constitución y la sociedad le imponen y debe por tanto, siempre respetar la seguridad y desarrollo del niño ante conflictos de Familia.

Por esto, es que el juez se debe formar la convicción necesaria para que en casos en que el niño sufra una situación que afecte su integridad, lograr los criterios adecuados para que no existan situaciones desfavorables para su desarrollo, es así, que siempre se debe velar por que el niño viva en un entorno en que conserve la igualdad entre el papá y mamá, aun cuando puedan estar distanciados como pareja.

²⁴ RIVERO HERNANDEZ, F: ob.cit. pp. 33 y 34.

2.2.3. Ley de Matrimonio Civil N° 19.947 y el Principio del Interés Superior del Menor.

En cuanto a la Ley de Matrimonio Civil (LMC en adelante) también regula el interés superior del menor, debemos agregar que esta ley entró en vigencia a partir del año 2004 y significó un cambio profundo en materia de matrimonio y de régimen matrimonial, además de otras materias como el divorcio, alimentos, relación directa y regular, entre otros.

Enfocándonos en el interés superior del menor la LMC también la menciona y regula, así por ejemplo en su artículo 3° establece “(...) *que las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil.*”

Así también lo reitera en su artículo 27 inciso 2° cuando se refiere a la separación judicial de los cónyuges velando por la integridad del menor “(...) *si la solicitud fuere conjunta, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos*”, con ello el artículo se refiere a que el acuerdo sea completo y suficiente y aquí es donde podemos ver que prima y se menciona el interés del menor al establecer “(...) *el acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita.*”

Así como también la ley que crea los tribunales de Familia, la nueva Ley de Matrimonio Civil se enfoca en el rol que el juez debe cumplir, siendo determinante la actitud que tome el juez respecto al niño en caso de que sus padres quieran la separación judicial, ello no afectará la filiación. Ante ello la ley establece en su artículo 36: “*No se alterará la filiación ya determinada ni los deberes y responsabilidades de los padres separados en relación con sus hijos. El juez*

adoptará todas las medidas que contribuyan a reducir los efectos negativos que pudiera representar para los hijos la separación de sus padres”.

En otras normas de la misma ley, el juez también toma un rol importante en cuanto a la preocupación que debe tener de orientar sus decisiones en torno a lo que quieran las partes, pero por sobre todo, deben mirar a que no afecte la integridad del niño, considerando incluso, el juicio de aquellos que tengan el suficiente discernimiento para emitirlo cuando se vean afectados por una sentencia de divorcio. Así lo dispone la ley en su artículo 85 inciso 2° *“(…) cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oír a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes.”*

En cuanto a esta ley en comparación con las anteriores analizadas, podemos concluir que el criterio que se forma respecto al interés superior del niño es similar y la función que cumplen es la misma para todas; deben tanto los Tribunales como los jueces preocuparse de que su criterio no afecte la integridad y seguridad del niño cuando se presenten conflictos entre sus padres que puedan afectar su desarrollo y su libertad.

CAPITULO 2

PRINCIPIOS VINCULADOS CON EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL

1. El principio del ejercicio progresivo de los derechos del niño.

Para poder entender este principio es importante establecer qué normas son las que la regulan, mencionando en este caso la Convención sobre Derechos del Niño, que en sus diversos artículos se refiere a esta materia, así en su artículo 9° inc. 1° establece: *“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.”*

Como refuerzo se puede establecer lo que dice la Convención en su artículo 3° N° 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”.*

El art. 234.2° del CC consagra un deber de resguardo para el juez, oponible a cualquiera que pudiere menoscabar al niño. La madurez de tal, también es un criterio a tomar en consideración en torno a su interés superior (artículos 245, 225 del CC y 15 y 16 de la Ley que regula los tribunales de Familia).

También los artículos 3.1°, 27.2°, 54.1°, n° 5 y 6, 74.3° y 85.2° de la LMC consagran este principio. Así el convenio regulador del divorcio o la separación,

conforme al art 27.2° de la LMC: “(...) será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos (...)”. A su vez, con relación a la mediación, el art 74 inciso 3° de la Ley de Matrimonio Civil, se refiere al interés de los hijos en los siguientes términos:“(...) el mediador velará, además, porque en el curso de la mediación se tomen en consideración los intereses de los hijos, si los hubiera, así como el de los interesados que no hubieren sido citados a la audiencia, a quienes podrá citar, con las mismas formalidades que a los cónyuges”²⁵.

Con esta introducción acerca del principio, entendemos importante hacer una reflexión en cuanto a la consideración que han tenido los Tribunales de Familia, la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema en su defecto. Por lo que es importante para este principio analizar qué debe entenderse por el “*ejercicio progresivo de los derechos del niño*”, teniendo especial importancia que los Tribunales deben considerar que para la toma de sus decisiones debe ser relevante tener como criterio fundamental el desarrollo del niño en cuanto al entorno en que se ve envuelto o bien considerar en ciertas situaciones, la realidad de los padres y qué puede ser determinante para su progreso.

²⁵Comentario extraído de Barcia, Lehman, R. “*El principio del ejercicio progresivo de los derechos del menor y su influencia sobre la capacidad civil*”, ver:
http://www.infancia.utralca.cl/documentos/abstract/ponencia_Barcia.pdf

1.1. Criterios jurisprudenciales.

A. SENTENCIA ROL: 7220-11, PEREIRA CON PEREIRA, CUIDADO PERSONAL DEL MENOR, RECURSO DE CASACION EN EL FONDO, SALA CUARTA, CORTE SUPREMA.

Se acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto por el demandante de cuidado personal, puesto que en la sentencia de alzada, que confirma la de primera instancia se cometieron errores de derecho que influyen de manera sustancial en lo dispositivo del fallo puesto que sí se configura una de las causales legales para el cuidado personal de la niña pase al padre.

Que en un principio la sentencia de alzada rechazó la demanda de cuidado personal interpuesta por el padre, ya que se estimó que son más importantes los vínculos que se han desarrollado por parte de la hija con su madre y con su familia, a pesar de tener problemas con las drogas y no tener un trabajo estable ni una situación académica. Sin embargo, la situación que mantiene con la familia de la madre se considera como suficiente para la niña ya que garantizan estabilidad y protección.

Que en materia en autos, el juez puede desatenderse de la norma establecida por el artículo 225 del Código Civil que en caso de separación de los padres, el cuidado del menor pasará a la madre y aún desestimar la regla del inciso segundo del artículo 225 del Código Civil, estando obligado a respetar la limitación establecida por el legislador. En efecto, sólo podrá confiar el cuidado del niño al otro padre cuando en su interés se haga indispensable y no podrá así resolverlo cuando éste no hubiere contribuido a su mantención mientras estuvo al cuidado del otro progenitor pudiendo hacerlo.

Que, velando por el interés superior del niño cobran especial importancia los efectos que el referido principio produce en el marco de las relaciones parentales, en las que, por un lado, se encuentra el derecho y responsabilidad de los padres de cuidar y educar a los hijos y por otro, la protección y desarrollo de la autonomía

del niño en el ejercicio de sus derechos, lo que limita las facultades o roles de los padres, precisamente por el interés superior de estos, en aras de la satisfacción integral de sus derechos.

Cabe destacar que en la especie, los jueces del grado lo han preferido al no considerar los múltiples antecedentes que dan cuenta de la existencia de una causa o motivo calificado que justifica que la titularidad del derecho-función del cuidado personal sea atribuido al padre por contar éste con los recursos no sólo materiales sino que personales para hacerse cargo de la crianza de su hija, en contraposición a la demandada que carece de éstos y que ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones parentales, al abandonar e incumplir con sus obligaciones de madre, al extremo de haber delegado el cuidado de la menor en la figura de la abuela materna.

Que, así las cosas, aun cuando en el caso sub lite no se han establecido inhabilidades por parte de la madre para ejercer el cuidado de su hijo, los jueces del fondo debieron considerar el Interés Superior de la niña y en este aspecto las circunstancias que se reseñan en el fundamento anterior, constituyen causa calificada y suficiente a la luz de lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, para determinar que su cuidado personal sea ejercido por el padre, por sobre el derecho que le asiste a su madre en orden a hacerse cargo de su crianza, porque en las particulares condiciones de vida de la niña, la satisfacción plena de sus derechos aparece garantizada de mejor manera al lado y bajo el cuidado de su progenitor.

Que de lo que se viene de decir, fuerza en concluir que los sentenciadores recurridos, al decidir como lo hicieron, incurrieron en errónea aplicación del artículo 225 inciso tercero del Código Civil, en relación con el artículo 16 de la ley N°19.968 y 3° de la Convención de los Derechos del Niño, puesto que han decidido sin atender debidamente al interés superior de la tal, desconociendo la existencia en el caso, de una causa calificada que hace procedente la entrega de su cuidado al padre, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo en estudio.

B. SENTENCIA ROL 186-11, 9 DE SEPTIEMBRE DE 2011, HERMANAS BRAVO PEREZ, “DECLARACION DE SUSCEPTIBILIDAD DE SER DADO EN ADOPCION”, RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA, RECURSO DE APELACIÓN.

En el fallo de la Corte de Apelaciones del año dos mil once se acogió el recurso de casación en la forma interpuesto contra la sentencia, que dio lugar a la demanda, fijando un régimen de relación directa y regular entre el niño y su padre, ausente por varios años, toda vez que durante el juicio este niño no fue escuchado, quien se encontraba en condiciones de comprender y expresar ideas de forma clara y fluida, faltado a una diligencia cuyo carácter es esencial al tenor del artículo 16 de la ley 19.968.

El derecho del niño a ser oído constituye uno de los principios rectores que el juez de familia debe tener en consideración principal en la resolución del asunto, del mismo modo, la Convención sobre los derechos del Niño , impone el mismo deber al consagrar que deberá garantizarse al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, expresar libremente su opinión, para lo cual se le dará la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, toda vez que generar un régimen comunicacional con un padre ausente por muchos años, provocaría en el niño un importante grado de ansiedad, factor determinante al momento de decidir si el derecho que el padre quiere ejercitar debe prevalecer sobre el interés superior del niño.

Escuchar al niño en una materia que es de su directa y total incumbencia, era también posible si se considera que la pericia psicológica da cuenta que tiene un desarrollo físico y de madurez emocional propio del ciclo vital en que se encuentra, su desarrollo de lenguaje es apropiado y tiene la capacidad de comprender y expresar ideas de forma clara y fluida.

Se daba así las condiciones necesarias para cumplir con tal esencial diligencia, cuyo resultado es determinante al momento de decidir si el derecho que el padre quiere ejercitar debe prevalecer sobre el interés superior del niño, que

según el artículo 3° de la convención ya citada, debe tenerse en cuenta como una consideración primordial.

Al no haberse procedido de la manera dicha, se ha faltado a una diligencia, cuyo carácter esencial es incuestionable, siendo la única forma de reparar tal omisión la anulación de la sentencia y del juicio que le sirve de antecedente. En razón de esto se acogió el recurso de casación. Y es donde el ejercicio progresivo del niño a través del tiempo, con su madurez personal permite que los tribunales puedan determinar y darle cabida a sus sentimientos y opiniones, en otras palabras “escucharlos”.

2. El principio de protección del niño en situación de abandono o desamparo.

En materia de los niños en situación de abandono, la realidad de la infancia chilena está sujeta a diversos factores que determinan el futuro de los niños del país. Aspectos como abandono, pobreza, discriminación, violencia y abuso son claves al momento de trabajar por una infancia feliz.

El abuso infantil y el abandono son un problema serio, persistente y transversal, ya que se producen en todos los estratos sociales. En particular, Aldeas Infantiles SOS atiende anualmente a más de mil niños/as que han sido gravemente vulnerados en sus integridades físicas y psicológicas o ambas, por sus padres u otros miembros de su familia de origen.

Otro problema que afecta a la infancia en Chile y en el mundo es la discriminación. En el informe anual sobre Derechos Humanos en Chile del 2008 se señala que “(...) *las principales violaciones a los derechos de los niños en las escuelas en Chile no tiene que ver con el acceso y la permanencia sino con la discriminación*”. Sobre esta problemática, la Oficina de Atención Ciudadana 600 MINEDUC está recibiendo constantes denuncias que, lamentablemente, aumentan considerablemente cada año.

En línea con lo anterior, frente a los más de 190.000 casos atendidos por los diversos programas de SENAME el año 2010 (SENAME, 2010), el Estado de Chile

ofrece 1.249 programas distribuidos en tres ejes temáticos: Protección de Derechos y Primera Infancia, Adopción y Justicia Juvenil. De estos, el eje referente a la protección, abarca la mayor concentración de casos con un 81.80% de ellos.

Es por esto que resulta imperante realizar una difusión permanente de los derechos de los niños y niñas, para dar a conocer los mecanismos de protección de derechos en todos los sectores de la ciudadanía y poder crear una ley de protección de la infancia y la adolescencia en Chile.

Fases de atención de los menores en situación de riesgo o desamparo.-

a.- Actuación de las entidades públicas:

a.1. Respecto de los menores en situación de riesgo social: Los Servicios Sociales Municipales se ocupan de los casos de niños en situación riesgo social, es decir, cuando la situación no es lo suficientemente grave para separarlo del núcleo familiar.

a.2. Respecto de los menores en situación de desamparo: La Comisión de tutela del niño (órgano de ámbito autonómico) es el órgano encargado de determinar la retirada de la misma en caso de los niños que se encuentren en situación de desamparo.

El interés del niño es lo primordial a considerar por la Administración que interviene. La intervención en sí debe influir lo menos posible en su ámbito educativo.

b.- Fase judicial:

La fase judicial puede ser:

Posterior a la administrativa:

Las decisiones de las Comisiones de tutela con las que los propios padres del niño u otras personas que acrediten su relación con el mismo no estén de acuerdo, se pueden recurrir en los Juzgados de familia, manifestándolo por escrito ante el Juzgado y adjuntando una fotocopia de la resolución que recurre.

Previa a la administrativa:

A través de un procedimiento por el que se solicite alguna medida para proteger a un niño que se sabe que se encuentra desamparado o en situación de riesgo, antes de que lo conozcan las autoridades públicas correspondientes. Ejemplo: Abuelos que pretenden obtener la guarda y custodia de sus nietos porque sus padres no los atienden.

Lo que se ha venido configurando en Chile, cuando el Estado comienza a asumir un rol más *protagónico* en la protección de los niños, es un sistema que tomando como modelo la autoridad patriarcal, es decir, un modelo facultado para el reemplazo o sustitución de la autoridad de la familia por la del Estado, puede progresivamente vigilar las relaciones entre los padres y los hijos y a su vez posibilita que el Estado pueda intervenir en una familia. Lo anterior ha derivado que el sustento de nuestro sistema de protección de la infancia se basa principalmente en la vigilancia y el control social amparadas bajo el supuesto que las familias más vulnerables son incapaces de desarrollar adecuadamente la crianza de sus niños y niñas. No es casualidad de que las únicas comunas donde no existan Oficinas de Protección de Derechos (*OPD*) sean Providencia, Las Condes o Vitacura.

La historia hegemónica del sistema de protección a la infancia ha silenciado y vulnerado la memoria de las pequeñas cosas inmersas en la intimidad familiar. En su lugar, nuestro sistema se ha encargado de exhibir con denigración el fracaso de padres, madres, abuelos e hijos. Se les llama incapaces y se los somete a las intervenciones emanadas de la política pública. Así, se configura el

discurso de la sospecha, el discurso acusatorio, la confirmación de que en el origen de la protección está el miedo.²⁶

2.1. Criterios jurisprudenciales.

A. SENTENCIA ROL 16-10, DE 15 DE MARZO DE 2010 DE LA CORTE DE APELACIONES DE ARICA, PARTES: DIRECTOR REGIONAL DEL SERVICIO NACIONAL DE MENORES DE ARICA Y PARINACOTA, SUSCEPTIBILIDAD DE ADOPCIÓN DEL MENOR, RECURSO DE APELACIÓN.

En el otrosí de su libelo recursal, la demandante dedujo recurso de apelación en contra de la sentencia, argumentando al efecto que su parte alegó la concurrencia de las tres causales contenidas en el artículo 12 de la Ley N° 19.620 sobre adopción de menores.²⁷

Se encuentra configurada plenamente la inhabilidad moral que afecta a los progenitores del niño, demandados de autos, para ejercer el cuidado personal de él, de conformidad al artículo 226 del Código Civil. Se acredita la concurrencia de la segunda causal contenida en el artículo 12 de la Ley 19.620 que autoriza a revocar la sentencia que declaró no susceptible de ser adoptado el niño en cuestión, debiendo sentenciarse lo contrario cuando, los padres no le proporcionan atención personal o económica durante el plazo de dos meses, en atención a su edad superior a un año.

La abogada doña Geraldine Ossandón Espic, en representación del demandante don Ricardo Antonio Segovia Yampo, Director Regional del Servicio Nacional de Menores de Arica y Parinacota, ha deducido por vía principal recurso de casación en la forma y por vía subsidiaria, recurso de apelación, en contra de la

²⁶ Extraído de las cátedras de Derecho Civil realizadas por BARCIA, LEHMAN R. profesor de derecho civil de familia de la Universidad Finis Terrae, año 2013.

²⁷ *Procederá la declaración judicial de que el menor es susceptible de ser adoptado, sea que su filiación esté o no determinada, cuando el padre, la madre o las personas a quienes haya confiado su cuidado se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:*

1.- *Se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal, de conformidad al artículo 226 del Código Civil".*

2.- *No le proporcionen atención personal o económica durante el plazo de dos meses.*

3.- *Lo entreguen a una institución pública o privada de protección de menores o a un tercero, con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales.*

sentencia de primer grado pronunciada por doña Lucía Valenzuela Videla, Jueza Titular del Tribunal de Familia de Arica, con fecha seis de noviembre de dos mil nueve, que no dio lugar a la solicitud de declaración de susceptibilidad de adopción del menor L. E. F. T.

En RIT P-441-2006, P-461-2007 y P-309-2007 sobre medidas de protección iniciadas a favor del menor L.F.T., se encuentra configurada plenamente la inhabilidad moral que afecta a los progenitores del niño para ejercer el cuidado personal de éste, de conformidad al artículo 226 del Código Civil, por falta de prueba que lo desacredite, y ser insuficiente al efecto la prueba rendida por los oponentes.

Refrendan particularmente esta conclusión, el contenido del Informe Psicosocial emitido por el Centro de Colocación Familiar "Ampara", signado bajo el N° 4 de la documental incorporada por la recurrente y, el Informe Diagnóstico Psico Social emitido por el Centro "Dam Anataña" de 5 de agosto de 2009, resumidos ambos en el considerando sexto, coincidentes en sus contenidos y en cuanto concluyen a partir de la evaluación sicosocial realizada, que los padres del niño no cumplen con las competencias parentales para asumir el cuidado de su hijo L.F.T. A lo anterior, se agrega la concurrencia de los supuestos descritos en los numerales 2°,3°,6° y 7° del artículo 42 de la Ley N° 16.618, que refiere que "(...) 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: 2°) *Cuando padecieren de alcoholismo crónico*, circunstancia ésta debidamente acreditada, a lo menos respecto del padre del niño, donde la ficha médica del paciente solicitada por el Tribunal da a conocer que del parte del 10 de febrero de 2005 se trata de un paciente "(...) *con ideación suicida, agitación sicomotora, consumo de pasta base y alcohol habitual, siete litros de vino diarios, larguísima historia de consumo abusivo de drogas y alcohol que ya le es difícil de seguir tolerando, abuso de PBC, alcohol y diazepam por más de 35 años, también marihuana y anfetamina antes.*"

Los padres del niño no le proporcionan atención personal o económica durante el plazo de dos meses, en atención a su edad superior a un año; ello se

encuentra acreditado con el mérito del informe sicosocial emitido por el centro de colocación familiar "AMPARA", que en lo pertinente hace constar que desde el primero de octubre de 2008 al diez de diciembre del mismo año, el niño no recibe visitas ni llamadas de sus padres, que el 10 de diciembre los padres se acercan al centro para solicitar visitas y aparecen nuevamente en enero de 2009, lo que se encuentra refrendado por los dichos del testigo Denis Fabián Cristo Rossel, quien trabaja en "AMPARA" como educador de trato directo, por lo que le consta personalmente que el niño se encuentra desamparado por tres meses porque su última visita registrada lo fue en octubre de 2008, lo que también le consta por los informe.

En su considerando duodécimo de la sentencia se estima en la decisión de aceptación de solicitud de susceptibilidad de adopción de un niño debe, necesaria e indefectiblemente, primar el interés su superior, consagrado en la Convención de los Derechos del Niño reconocida por Chile, por sobre el derecho que el artículo 224 el Código Civil reconoce a los padres para hacerse cargo de su crianza y cuidado personal, en particular en casos como el de la especie, en que los progenitores han demostrado carecer de las competencias parentales para hacerse cargo de su cuidado, lo han tornado en un testigo de la violencia intrafamiliar cruzada que les afecta y víctima indirecta de la misma por malos tratos, al permanecer junto a sus padres durante tales episodios, y expuesto a daños físicos producto de la misma.

Ante esta situación los ministros de Corte consideran que respecto al recurso de apelación presentado se revoca la sentencia apelada de seis de noviembre de dos mil nueve, pronunciada en la Carpeta Judicial RIT N° A-12-2009, RUC N° 09-2-0172815-8 del Juzgado de Familia de esta ciudad, y en su lugar se declara susceptible de ser adoptado al niño L. E. F. T., Run 22.267.644-4, nacido el 25 de octubre de 2006.

B. SENTENCIA ROL 10-10 DE 10 DE JUNIO DE 2010, SERVICIO NACIONAL DE MENORES CON CASTAÑEDA VERGARA, CAROLINA A., SUSCEPTIBILIDAD DE ADOPCIÓN, RECURSO DE APELACIÓN.

Corresponde acoger el recurso de apelación interpuesto por el SENAME en contra de la sentencia que desestimó la susceptibilidad de adopción de dos niños, toda vez que de la normativa aplicable a la especie - Convención de Derechos del Niño, artículo 222 y 242 del Código Civil y artículo 1 de la Ley N° 19.620- debe tenerse presente el interés general de estos, que considera su realización personal, espiritual y material, y el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de modo conforme a la evolución de sus facultades.

En el caso sub lite nos encontramos en lo que se ha dado en llamar “*adoptabilidad por desamparo*”, regulada en el artículo 12 de la ley 19.620, puesto que los informes solicitados para la sustanciación de la causa de susceptibilidad de adopción, como aquellos agregados con motivo de la medida de protección a las mismas niñas, se deduce que la madre siempre delegó el cuidado personal y crianza de sus hijas a terceras personas; observándose que desde que las niñas ingresaron al sistema residencial ésta no ha tenido una constancia ni regularidad en las visitas ni ha asistido con la frecuencia requerida a los programas que se le prepararon para que supere las falencias que tuvo en su infancia y adolescencia, producto del desamparo de sus progenitores.

Resulta relevante con los antecedentes expuestos por parte de los sentenciadores, que la Consejera Técnica del Tribunal aconseja que deba accederse a la solicitud del SENAME en orden a declarar a las niñas de autos, susceptibles de adopción, opinión técnica, fundada e informada de acuerdo a las probanzas rendidas en la presente causa.

La madre de las niñas, ha tenido siete y seis años de oportunidades, respecto de cada una de sus hijas, para propender a los fines propuestos por toda madre sin haber concretado acciones positivas que hagan pensar a estos

sentenciadores que su conducta pudiese variar. De hecho, se le ofrecieron oportunidades de tratamiento a las que no ha adherido, y lo que es peor, tampoco ha contribuido con su presencia a las terapias de sus hijas. La enmienda del proceder de la madre, la superación de su propio abandono y las consecuencias psicológicas que le acarreó ello, como la estabilidad emocional y laboral, surgen como meras eventualidades.

Que el tribunal en el caso expuesto no tiene otra opción que decidir que por aplicación subsidiaria del artículo 36 de la ley 16.168 que la madre se encuentra inhabilitada, moralmente para ejercer el cuidado personal de sus hijas, por lo que procede dar lugar a la declaración de que las niñas en cuestión, son susceptible de ser dadas en adopción.

3. El principio del interés superior del niño como aplicación de la autoridad parental y de la patria potestad.

En cuanto a esta materia es conveniente seguir lo que establece el profesor RODRIGO BARCIA LEHMANN al determinar que cuando hablamos de patria potestad estamos hablando también de materia de filiación, específicamente en los efectos de la filiación y, en especial, en cuanto al innovador elenco de facultades y deberes del padre o madre que no ejerce el cuidado personal. Esto tiene vinculación en el principio de intervención mínima del Estado, hilo conductor de toda la importancia del interés superior del niño, sea en cuestiones patrimoniales como extra patrimoniales y que concretiza, en que el Estado no debe imponer un modelo de familia sino más bien asegurar neutralidad en la implementación de políticas públicas referidas a la familia.²⁸

Para hablar de manera introductoria de filiación es que seguiremos lo que ABELIUK comenta respecto de la filiación, así, es que analiza que la ley distingue a los hijos desde tres situaciones:

- a. Hijos cuya filiación está determinada respecto del padre y de la madre.
- b. Hijos cuya filiación está determinada solo respecto de la madre o del padre.
- c. Hijos cuya filiación no está determinada respecto de ninguno de sus progenitores.

Respecto a estos tres puntos es que debemos enfocarnos en cuanto a la determinación de los hijos respecto de padre o madre; ésta también se subclasifica en hijos de filiación matrimonial y de no matrimonial, y a lo que respecta a nosotros es que debemos enfocarnos en los hijos de filiación matrimonial.

Para determinar la filiación matrimonial es que el artículo 185 del Código Civil establece la forma en que puede existir, de esta forma lo divide en tres partes:

²⁸ Extraído de las clases y exponencias de BARCIA, L. RODRIGO en la cátedra de derecho civil de familia de la Universidad Finis Terrae año 2013

1. Matrimonio del hijo durante el matrimonio de sus padres
2. Matrimonio del hijo posterior al nacimiento del hijo y
3. Sentencia dictada en juicio de filiación²⁹.

En consecuencia, los requisitos de la filiación además de la existencia del matrimonio entre los padres, son:

- 1) Que esté determinada la maternidad en la forma que se determina en el artículo 183.³⁰
- 2) Que la paternidad quede establecida en la forma señalada en el art 184.³¹
- 3) Que el nacimiento ocurra durante el matrimonio de sus padres.

Respecto de los hijos nacidos dentro del matrimonio podemos concluir lo establecido en el artículo 185 en donde se establece que “(...) *la filiación matrimonial queda determinada por el nacimiento del hijo durante el matrimonio de sus padres, con tal que la maternidad y la paternidad estén establecidas legalmente en conformidad con los artículos 183 y 184, respectivamente*”.

²⁹“La filiación matrimonial queda determinada por el nacimiento del hijo durante el matrimonio de sus padres, con tal que la maternidad y la paternidad estén establecidas legalmente en conformidad con los artículos 183 y 184, respectivamente”

³⁰La maternidad queda determinada legalmente por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil.

En los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación, según lo disponen los artículos siguiente.

³¹Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges. No se aplicará esta presunción respecto del que nace antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, si el marido no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse y desconoce judicialmente su paternidad.

La acción se ejercerá en el plazo y forma que se expresa en los artículos 212 y siguientes. Con todo, el marido no podrá ejercerla si por actos positivos ha reconocido al hijo después de nacido. Regirá, en cambio, la presunción de paternidad respecto del nacido trescientos días después de decretada la separación judicial, por el hecho de consignarse como padre el nombre del marido, a petición de ambos cónyuges, en la inscripción de nacimiento del hijo.

La paternidad así determinada o desconocida podrá ser impugnada o reclamada, respectivamente, de acuerdo con las reglas establecidas en el Título VIII.

3.1. Criterios jurisprudenciales.

A. SENTENCIA ROL 4709-11 DE 11 DE OCTUBRE DE 2011 “IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD”, VIDELA, MARIA C/ OLIVARES, PEDRO, RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO, CORTE SUPREMA. CITA MJJ29270.

Por sentencia de primera instancia de veintidós de marzo de dos mil diez, se acogió la demanda de impugnación y reclamación de paternidad y, en consecuencia se declara que F. E. G. V., no es hijo de filiación matrimonial del demandado, don O.G.M. y que es hijo de filiación no matrimonial del demandado don P.O.D., condenándose a este último en costas.

El demandado, padre biológico don P.O.D, dedujo recurso de casación en la forma y apelación en contra del fallo de primer grado y la Corte de Apelaciones de La Serena desestimó la nulidad y confirmó la sentencia en alzada.

En contra de esta última decisión, el referido demandado dedujo recurso de casación en el fondo, pero que para nuestro estudio no es importante sino que lo que invoca el análisis de ese fallo, es la sentencia en primera instancia que es necesario examinar a continuación:

En el caso en cuestión, existe un conflicto de filiación en cuanto al reconocimiento de un hijo. Por un lado la sentencia del juzgado de Familia de Coquimbo estimó, por sentencia de primera instancia de veintidós de marzo de dos mil diez, que se acoge la demanda de impugnación y reclamación de paternidad y, en consecuencia, se declara que el hijo en conflicto (el actor), no es hijo de filiación matrimonial del demandado, don O.G.M. y que es hijo de filiación no matrimonial del demandado don P.O.D., condenándose a este último en costas.

Respecto G.M. se estableció sentencia en su favor por haber probado la posesión notoria, en desmedro de P.O.D. que recurrió a pruebas periciales para probar su paternidad pero que sin embargo el tribunal desestimó por considerar

que la posesión notoria del primero, es causal suficiente para considerar que es apto para poder ejercer la patria potestad del niño.

En el caso sub-lite se ha ejercido una acción de impugnación de filiación, conjuntamente con la de reclamación, por un joven que tiene una filiación matrimonial determinada, pretendiendo se deje sin efecto por no guardar coincidencia con la verdad biológica. Por su parte el padre biológico demandado, alega que debe estarse a la posesión notoria de estado de hijo que detenta el actor, respecto de su padre legal, para impedir que ésta sea dejada sin efecto y se acoja la acción de reclamación de filiación deducida en su contra, sobre la base de los resultados de las pericias biológicas practicadas en el proceso, que determinan su paternidad biológica. En esta materia el legislador se aparta de los lineamientos generales del estatuto filiativo, en aras del bienestar del hijo, dándole primacía a una situación de hecho que involucra aspectos afectivos, psicológicos y sociales por sobre una verdad biológica, estableciendo como elemento de prueba suficiente para acreditar la filiación en juicio, la posesión notoria del estado de hijo, al señalar el artículo 200 del Código Civil.³²

En su inciso final el mencionado artículo menciona: *"(…) La posesión notoria consiste en que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal"*.

Así también se puede apoyar en lo establecido en el artículo 201 del Código Civil *"La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas 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"*.

³²"La posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona servirá también para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación, siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos y se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de modo irrefragable."

Con estos preceptos que se mencionan es que en el caso en cuestión, se concluye que probados los elementos de la posesión notoria, esto es, de los hechos que la constituyen "*nombre, trato o fama*", puede establecerse la filiación que se reclama, primando ésta en el caso que en un mismo proceso haya resultado acreditada dicha posesión del estado filiativo y concurra también la pericia biológica que establezca negativamente esa filiación, pues ante una colisión entre estas verdades, el legislador ha preferido la que representa una realidad consolidada, elección que se sustenta en el reconocimiento de que la paternidad y maternidad ejercidas como tales, generan un nexo de afectos y sentimientos que trascienden a lo puramente biológico y que por ello se protege, atenuándose los efectos del factor biológico en materia de determinación de filiación. Aun así, en desmedro de lo mencionado en el anterior artículo en su parte final y considerando que ante esta situación primar el interés superior del niño, es que hay que tener en cuenta su situación y aunque hayan existido medios suficientes para determinar la paternidad biológica del tal, es que hay que velar por el entorno en que el niño se pueda desarrollar y en que no se le puede privar si es que el entorno es propicio para brindarle protección al hijo tanto educacional como económicamente.

Es importante tener en consideración también la situación del niño, que ejerció su derecho a ser oído y en el que tienen como interés primordial, que se tome en cuenta la verdad biológica por sobre la legal, en donde los legisladores la tuvieron en atención a la excepción a la regla general establecida en el artículo 201 del Código Civil, se estará a la prueba pericial biológica por sobre la posesión notoria del adolescente, por haber ratificado éste, al cumplir la mayoría de edad, la acción que su madre presentó en su representación en contra del padre biológico, manifestando así su deseo de que la verdad biológica coincidiera con la realidad legal.

B. SENTENCIA ROL 2489-09 DE 26 DE MAYO DE 2010, IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD, QUER CUMSILLE C/ NOGUERA LECAROS, ALFONSO, CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, RECURSO DE APELACIÓN, CITA MJJ24006.

Se deduce demanda de impugnación y reclamación de paternidad don Antonio Quer Cumsille, Ingeniero Civil, domiciliado en Avenida Presidente Riesco N° 4.123, depto. 125, Las Condes en contra de don Alfonso Noguera Lecaros, empleado, domiciliado en Los Pamperos N° 386, piso 1°, Recoleta y en contra de doña Laura Barthou Christiansen, Publicista, madre de la niña T.F.N.B., estudiante, ambas domiciliadas en Quebrada Huayacolén de la comuna de Lo Barnechea, solicitando que se deje sin efecto el reconocimiento efectuado por el demandado a su hija y se reconozca que el demandante es el padre de la niña antes individualizada.

Señala que mantuvo una relación sentimental e íntima con la demandada producto de la cual nació la niña T.F. el 04 de abril de 1998, estuvo junto a la madre, se preocupó de sus atenciones médicas y de darle todos los cuidados, pagar el parto y que la incorporó como carga de salud, situación que se mantiene hasta la fecha. Agrega que la relación con la madre terminó en el mes de julio del año 1998, sin que él hubiese reconocido en el Registro Civil a la niña, lo que hizo sólo su madre el 14 de abril de 1998, inscribiéndola como T.F.Q.B. Luego, la niña fue reconocida por Alfonso Noguera Lecaros con fecha 11 de enero de 1999. Y agrega que desde el nacimiento ha mantenido un contacto tanto con la madre como con su hija, integrando a la niña a la familia paterna.

En cuanto a la apelación presentada por las partes demandantes, el Tribunal considera que la posesión notoria de la paternidad prevalece por sobre la biológica, y situación que ha prevalecido por parte de la niña, presentando documentos que constan de la autoridad paternal de Alfonso Noguera basándose en la posesión notoria (se indica como apoderado en el colegio de la niña).

El tribunal estima que el hecho de no haberse llevado a efecto las pruebas periciales biológicas para determinar la filiación, no impide que el Tribunal la establezca fundándose en la posesión notoria del estado civil de hija por parte de la niña T.F. respecto de los demandados, pues, ni aun en el evento de haberse realizado tales exámenes y que el resultado hubiese indicado que el demandante es el padre biológico, debe darse preferencia a la posesión notoria del estado civil por sobre las pruebas periciales. La Corte no advierte que se dé la circunstancia prevista en el inciso 2° del mismo artículo que autoriza dar prevalencia a la prueba biológica por sobre la referida posesión notoria del estado civil, pues, no se aprecia la existencia de alguna razón grave que autorice seguir tal predicamento.

Que, por otra parte, al resolver la cuestión debatida, debe tenerse presente el interés superior de niño, tal como prescribe el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, concepto que reitera el artículo 16 de la Ley N° 19.968³³. Al respecto conviene considerar, que los sentenciadores no divisan un beneficio para la niña en cuanto a llevarla a un nuevo entorno familiar, distinto y ajeno al que ha tenido toda su vida, pues, don Alfonso Noguera Lecaros la reconoció como hija el 11 de enero de 1999 y que T.F. nació el 04 de abril de 1998, es decir, ha compartido el hogar de los demandados desde antes de cumplir un año de vida.

Por lo que el tribunal estima bajo estas circunstancias, rechazar el recurso de apelación presentado y dar plena validez a la sentencia en todas sus partes.

³³Artículo 16.- Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.

CAPITULO 3

DESARROLLO Y ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 225 DEL CÓDIGO CIVIL; LEY QUE MODIFICA EL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS.

1. Criterios en torno a la atribución legal de la preferencia materna.

El artículo 225 del Código Civil antes de que sufriera su modificación fue producto de muchas críticas debido a su inciso primero, que establecía la preferencia legal materna, en donde indicaba que *si los padres viven separados a la madre le toca el cuidado personal de los hijos*.

Este precepto legal, como se señaló, ha sido objeto de muchas críticas y que a lo largo del tiempo fue necesario modificar, para nosotros es menester que se entienda cuáles eran las dificultades que presentaba este inciso y que provocaba ciertas situaciones en donde los principales perjudicados eran los padres de los niños.

Es por eso, que debemos enfocar nuestro análisis en la disyuntiva que se creaba en torno a esta problemática. Hay que destacar que la Ley N° 19.585 en su reforma del año 1998 estimó que existían tres procesos en donde se determinaba el cuidado del niño y en los que los padres debían establecer para fijar su cuidado. Con ello, RODRÍGUEZ PINTO clarifica que *el primero es la convención entre el padre y la madre, vehículo que introduce un mayor margen de actividad a la autonomía de la voluntad que el que existía en la legislación anterior y evita la prematura intervención judicial en el conflicto. La convención es el factor privilegiado por la actual legislación y el más beneficioso de todos. El segundo es la ley, que subsiste como criterio de atribución supletorio de la voluntad de los padres, y de funcionamiento automático, sin necesidad de intervención judicial. El*

*recurso al juez de familia es la última opción. Opera si el padre tiene motivos para impugnar la atribución legal a la madre.*³⁴

Con este criterio, es que a falta de acuerdo entre los padres al momento de la separación, se aplica por ley lo establecido en el artículo en mención. ¿Esto qué puede generar?: Desigualdad en una misma norma ante dos individuos con las mismas facultades y derechos frente a sus hijos. En términos simples se puede estimar que esta norma vulnera la igualdad ante la ley que establece la Constitución Política de la República de Chile, al no considerar la igualdad de condiciones que debe existir entre los progenitores cuando ha habido situaciones en que es necesario estimar quién debe tener el cuidado del niño.

Así bien lo estima NARANJO al referirse al artículo en cuestión "(...) *el art. 19 N° 2 de nuestra Constitución establece que "los hombres y mujeres son iguales ante la ley" esto es una constatación que no existe una diferencia entre la calidad de persona de un hombre o de una mujer. Esta igualdad que establece nuestra Carta Fundamental es un derecho por lo que no puede ser privado el padre, de tener la misma prerrogativa que la madre para obtener el cuidado de sus hijos, por el solo hecho de su sexo.*"³⁵

Cuando hay una intención de los padres por separarse o bien de dar término al matrimonio, es conveniente que siempre deben establecer un acuerdo en cuanto a lo que es mejor para el hijo, la idea de estos acuerdos es prevenir los conflictos judiciales que pueden existir entre los padres y que puede perturbar al niño en cuanto a su salud emocional.

Considerando este criterio y vinculándolo con el principio de interés superior del menor, es que la jurisprudencia ha considerado en ocasiones privilegiar este principio, que como ya vimos es de carácter internacional y que por lo tanto prima

³⁴RODRIGUEZ PINTO, María Sara; *"El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia"*, Revista Chilena de Derecho, vol. 36 n°3, pp. 545-586.

³⁵NARANJO, Jaime; boletín 5917-18 de 23 de mayo de 2011, contenido en proyecto de ley 20.680 que 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.

por sobre la norma interna, por eso es que lo podemos ejemplificar en la consideración que ha tenido la Corte de Apelaciones de la Serena en cuanto al desarrollo del menor y ha privilegiado aplicar el principio en cuestión que la norma en discusión; *“(...) pues bien, como ya se ha analizado y concluido en los motivos precedentes, en la especie se han acreditado una amplia gama de circunstancias afectivas y de cuidados materiales referidas a la estabilidad emocional y familiar, que hacen en su conjunto completamente aconsejable hacer prevalecer el interés superior del niño por sobre la regla que inicialmente entrega el cuidado personal a la madre, dejando dicha función asignada al padre”*.³⁶

En la cita anterior, podemos ver entonces que hay situaciones que la norma es de cierta forma considerada vaga en cuanto a los escenarios que puede abarcar, ya que si lo miramos de cierto punto de vista, es que podemos decir que hay situaciones en que no debemos recurrir a la norma, si no que siempre es primordial el deber que debe tener el Estado de proteger a los niños, y se pueden dar acontecimientos en que el hijo no quedaría en la mejor situación si es que permanece con la madre, sino que, más bien es conveniente aplicar normas internacionales que pueden proveer un mejor entorno donde pueda desenvolverse el niño, que en esta situación en particular, la Corte estima, debe ser con su padre.

Siguiendo con el análisis del mencionado artículo, es que debemos seguir enfocando nuestro desarrollo en cuanto a su constitucionalidad. Como se dijo anteriormente, este precepto constituye una vulneración a la igualdad ante la ley, así lo considera BARROS BOURIE al determinar que existe una notoria diferencia en cuanto a la autoridad parental en esta norma, teniendo como consideración que *la “(...) interpretación de la regla como un derecho [subjetivo] de la madre del que solo puede ser privada a título de sanción es una discriminación en contra del padre, que tiene igual derecho al cuidado de los hijos. También la regla podría ser perjudicial para el interés del niño, que puede ser usado como “pieza táctica” en la*

³⁶ Causa n° 31/2011, Resolución n° 12730, Corte de Apelaciones de la Serena, 19 de Mayo de 2011

negociación económica que sigue a la separación de los padres".³⁷ Esto mirándolo en el sentido de las manipulaciones que puede ser objeto un niño respecto a las influencias que puede ejercer su madre sobre él, haciéndole creer ciertas premisas que pueden motivar al alejamiento del padre respecto de su hijo. Esta situación ha sido una de las principales razones que emiten los legisladores para modificar este inciso y que se le conoce como "*Síndrome de Alienación Parental*" que será analizado más adelante.

Con estas consideraciones es que esta norma produce una situación de desventaja respecto del padre en donde aunque aún se presenten situaciones en que el niño puede tener un mejor desarrollo emocional en torno al padre la norma indica que los jueces pueden de igual forma favorecer el cuidado de éste a la madre, así lo ha establecido la Corte Suprema respecto a un recurso de casación en el fondo que estima que "*(...) si bien debe respetarse el derecho del menor a ser oído, como manifestación propia del interés superior del niño, ello debe hacerse, atendiendo también a las particulares situaciones de vida y madurez del hijo de las partes quien si bien expresó su deseo de vivir con su padre, tal anhelo aparece más bien vinculado al querer propio y natural de un niño de su edad de estar con ambos progenitores sin que haya proporcionado elementos que permitan concluir razones que hagan aconsejable alterar la situación de vida que hasta ahora ha tenido al lado de la madre, con quien tiene por cierto un vínculo muy importante*".³⁸

Ante situaciones similares es que se ha considerado que los jueces pueden aún privilegiar la situación de la madre, aunque se vulnere la norma expresa de carácter internacional donde se debe respetar el derecho del niño a ser oído, por sobre el interés él a estar con su padre, siendo que la situación de igualdad que viven entre ellos permite determinar que el hijo puede verse favorecido por

³⁷BARROS BOURIE, Enrique (1999): "*Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación*"; "*El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno*", Santiago, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, pp. 39-56.

³⁸Corte suprema, Recurso casación en el fondo, ROL: 1992-12.

cualquiera de ellos, pero aun así, con la norma en discusión, es que se privilegió la figura de la madre.

Ello también lo siguió ratificando, señalando y puntualizando la Excelentísima Corte Suprema que en este caso la norma a seguir es la que determina el artículo 225 del Código Civil al establecerlo así en su considerando tercero; *“(...) el fallo de primer grado, rechazó la demanda deducida por don O.P.G., por estimar que no existen causas calificadas que permitan alterar la regla general que el legislador ha establecido, esto es, que el cuidado personal de los hijos, en caso de separación de los padres, corresponde a la madre. Para estos efectos, se consideró que no existe inhabilidad o motivo que permita alterar este principio respecto del cuidado de los hijos en el evento de separación de los padres, teniendo presente en este sentido las opiniones favorables de los especialistas que se allegaron al juicio”.*³⁹

Así también ha habido opiniones al respecto en otro caso de la Corte Suprema, en donde aun cuando el niño puede tener una mejor situación junto a su hermano, por disposición del artículo 225 del Código civil es que se ha privilegiado la figura de la madre para su cuidado que la de otros parientes *por el contrario, “(...) se ha respetado la regla de orden natural prevista en el artículo 225 del Código Civil, en cuanto a que la crianza de los hijos, en caso de separación de los padres, corresponde a la madre y si no se acreditó en autos inhabilidad o causa calificada que le impida ejercer su rol, ni se estableció una situación de vulneración, peligro o amenaza para el menor, que justificara, trasladar su cuidado a su hermano; sin que obste a ello la gratificación que le reporta al niño, el estar con aquel, ya que podrá hacerlo en los términos dispuestos en el régimen comunicacional regulado a favor del actor”.*⁴⁰

Otra posición que caracteriza esta situación, es la igualdad que existe entre los padres respecto al cuidado del niño, sin embargo, cuando se está en un proceso de separación judicial el interés del él se puede ver menoscabado, como

³⁹ Op.cit.

⁴⁰ Corte Suprema, ROL:5680-08, MJJ18559, 27 octubre de 2008

se dijo anteriormente, porque la norma privilegia el interés que debe recaer por el proceso que establece la ley, en dar el cuidado a la madre aun considerando que existen razones suficientes de tener la custodia su padre, ya que como lo dice la norma o así lo ha establecido la jurisprudencia debe existir una presunción en contrario que establezca una razón suficiente para no preferir la tuición con el padre, considerando la Corte Suprema que debe prevalecer la norma de nuestro código civil por sobre el interés superior del niño “(...) *siendo el interés superior del niño un principio fundamental en el ordenamiento jurídico nacional, no se advierte del mérito del proceso que los sentenciadores lo hayan preterido en beneficio de la madre, toda vez que por el contrario se ha respetado la regla del orden natural prevista en el art. 225 del Código Civil, en cuanto a la crianza de los hijos, en caso de separación de los padres, corresponde a la madre, no acreditándose en autos una inhabilidad o causa calificada que le impida ejercer su rol, sin que obste a ello es supuesto bienestar general que el padre brindaba a los hijos en un entorno socio-económico más elevado*”.⁴¹

Bajo estas circunstancias, es que se ha querido actuar para evitar estas desproporciones, iniciativas impulsadas por fundaciones como “Papas por siempre” pretendieron derogar este precepto legal, argumentando no sólo la desigualdad que se generaba entre los padres, sino que también la desigualdad y discriminación al género que se generaba en el aspecto constitucional.

Esta fundación también ha pretendido que se recojan experiencias que han sufrido los padres al respecto y que ejemplifiquen en la situación que se pueden ver envueltos por aplicaciones arbitrarias de este precepto legal⁴², todo en base

⁴¹Castro Da Silva, Verónica c/ Garrido, Livio Pino | Tuición de menores , Corte Suprema, 9-jul-2007, ROL:5458-06

⁴²“Durante más de dos años de batalla judicial, la madre y posteriormente la abuela materna de “Sebastián”, utilizaron todo tipo de estrategias, abusando de las herramientas judiciales que la ley establece para proteger a los niños, lograron alejar al niño de su padre en forma injusta, basándose en hechos falsos como las siguientes:

- Que el niño tiene miedo y temor de ver a su padre.
- Según testigos que declararon en el juicio, por la parte de la abuela materna, el niño había hecho un dibujo en que “le disparaba a su padre” dándole muerte.
- Que el terror del niño es insuperable, que ni siquiera quiere hablar por teléfono con el padre.

argumentativa al *Síndrome de Alineación Parental* que como hemos señalado veremos más adelante.

Así se estableció un esfuerzo por modificar esta situación y es en donde NARANJO que fue uno de los principales percusores de cambiar y hacer notar esta desigualdad, presentó un proyecto de ley y la razón principal en que se basó fue la disparidad que se producía, señalando que: *"(...) la actual normativa entonces, que opta por la madre como titular de la tuición no tiene ningún argumento de peso para concluir que el padre no puede estar en iguales condiciones que la mujer para tener el cuidado personal de los hijos lo que debe ser corregido, permitiendo que los padres que estén más capacitados que la mujer para atender necesidades de sus hijos puedan de derecho ejercerla.*

El art. 19 N° 2 de nuestra Constitución establece que "los hombres y mujeres son iguales ante la ley" esto es una constatación que no existe una diferencia

- En su última acción judicial, la abuela materna señaló que, la conducta del padre había generado un sentimiento en el niño de "terror, miedo y profunda tristeza" y que el niño lo considera una "figura agresiva".

- Que el padre del niño, según la abuela materna, se encuentra "inhabilitado para hacerse cargo del cuidado personal de este, atendida su condición psiquiátrica".

- Además, interpuso medidas de protección solicitando se prohibiera al padre acercarse, para proteger el derecho del niño: "A la vida, la integridad física y psíquica, a desarrollarse en un medio ambiente familiar sano y a no ser sometido a torturas ni otros tratos crueles".

Todas estas acusaciones, fueron desvirtuadas judicialmente, gracias a la firme convicción del padre del niño y a la intervención de una jueza como MARCELA VILLEGAS MACUADA, y con la colaboración de una profesional de excepción como la psicóloga KAREM DAMKE, consejera técnica del Juzgado de Familia de Coquimbo. Ambas asumieron la tarea en esta causa, dedicando el tiempo necesario para el estudio de los antecedentes, con ponderación y sin asumir como verdades, los dichos de una parte o de la otra.

Así, este pasado sábado ocho de marzo de 2008, pudimos ser testigos de un reencuentro maravilloso del niño "Sebastián" con su padre "Alberto".

Una imagen dice más que mil palabras.

Todo lo que se dijo y se aseguró, de nada ha servido. El Amor de "Alberto" dejó una huella indeleble en el corazón de su hijo.

Solo agregar que, a las 09:00 A.M. del mismo día en que estas imágenes fueron grabadas, la abuela se presentó en el tribunal, llevando de la mano al niño, insistiendo en que "él estaba atemorizado y que no quería ver a su padre", intentando convencer a la consejera técnica del tribunal para impedir que las visitas se desarrollaran de manera normal.

Afortunadamente una vez más primó la cordura."

Testimonio de uno de los padres que relató su situación a amordepapa.org

*entre la calidad de persona de un hombre o de una mujer. Esta igualdad que establece nuestra Carta Fundamental es un derecho por lo que no puede ser privado el padre, de tener la misma prerrogativa que la madre para obtener el cuidado de sus hijos, por el solo hecho de su sexo”.*⁴³

Aun así, hubo posiciones que fundamentaron que no necesariamente existía una vulneración a la igualdad ante la ley frente a la norma en cuestión, como lo ha determinado el Tribunal Constitucional, donde ha acomodado la situación del artículo 225 en cuanto la realidad que se presenta, según lo avala la sentencia de 30 de mayo de 2013 en su considerando decimoquinto; “(...) *Que, así, cabe concluir que la regla de atribución preferente a la madre del cuidado personal de los hijos no representa, por sí misma, una vulneración a la garantía de igualdad ante la ley, pues aunque introduzca una diferencia de trato entre la madre y el padre, la misma tiene justificación en la realidad social de nuestro país. De ahí que la adopción de esta regla por el legislador es una opción lícita, que, además, por su fácil aplicación, simplifica la solución de un problema que muchas veces requiere de una definición urgente para no lesionar el interés superior de los niños*”.⁴⁴

A pesar de lo anterior, de igual forma existieron opiniones variadas respecto del artículo 225 inciso 3°, que dieron a entender que la posición del Tribunal Constitucional no era del todo unánime, así es que, en fallo con fecha 20 de noviembre de 2012, se presentan importantes votos disidentes a favor de la inconstitucionalidad de dicho inciso. Dichos votos minoritarios fueron presentados por los ministros Raúl Bertelsen, Marcelo Venegas y José Antonio Viera-Gallo. El primero de los votos disidentes señaló en su considerando 3° que la regla contenida en el mencionado artículo “(...) *resulta excesivamente onerosa y desproporcionada pues exige la ocurrencia de circunstancias tan altas y calificadas que constituyen una diferencia de trato que cabe calificar de arbitraria y que no tiene amparo en la Constitución*”, agrega en su considerando 4° “(...) *tal*

⁴³ Op.cit.

⁴⁴ Sentencia n° Rol 2306 de Tribunal Constitucional, 30 de Mayo de 2013

diferencia de trato entre el padre y la madre, excede lo que es lícito hacer al legislador conforme a la garantía constitucional de igualdad ante la ley, puesto que no puede calificarse de razonable o justificada, máxime si la Carta Fundamental, específicamente señala que “hombres y mujeres son iguales ante la ley”, por todo debería declararse la impugnabilidad de la norma impugnada”.

El segundo voto disidente, de los ministros Venegas y Viera-Gallo, en su considerando 12°, falla que: “(...) esta regla de atribución judicial del cuidado de los hijos de padres separados, aunque declara velar por el interés del niño, en la práctica exige para su aplicación atender a consideraciones de otra naturaleza: Primero, a una virtual inhabilitación moral del padre o madre que perderá el cuidado, pues habrá que acreditar que hubo, de su parte, maltrato, descuido u otra causa calificada que haga indispensable la separación de su hijo”, agrega, finalmente, en su considerando 13° que: “(...) no solo es inconstitucional, sino que resulta contraria al sentido común una regla que, concebida para proteger el interés del niño, lleva, en la práctica, al extremo de obligar a un padre a invocar la inhabilitación moral de la madre de su hijo, como único motivo plausible para obtener la custodia del niño, cuando cree que estará mejor a su cuidado (...) una regla que lleva a este extremo no solo es contraria a la igualdad sino que atenta contra la dignidad humana y, por cierto, en contra del interés superior del niño”⁴⁵

A pesar de las diversas discusiones, la opinión minoritaria se impuso y por tanto se hizo necesario legislar respecto a este artículo y establecer criterios que sean de acuerdo a lo que establece la Constitución de nuestro país para nivelar los derechos y obligaciones que tienen los padres frente a sus hijos.

En este sentido BARCIA argumentaba “(...) el cambio de sistema de atribución del cuidado personal, según el interés superior del niño, como criterio rector, está de acuerdo con las modificaciones introducidas en nuestro derecho por las LMC y LTF, la CDN, y obedece a la interpretación realizada frente a normas muy similares a la nuestra por el Derecho comparado; pero ello sólo es

⁴⁵ Ver: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2593>

*compatible con un sistema que pone en el centro de atención las facultades y derechos del padre no custodio. La forma en que se aplicaba el Derecho violaba gravemente los derechos de la infancia, por cuanto dicha aplicación era incompatible con CDN, que nos obliga a que ambos padres estén presentes en la crianza y educación de sus hijos, independientemente de la ruptura de los padres y de la adopción de un sistema de asignación preferente de cuidado personal a uno de ellos. **Este panorama podría modificarse con la promulgación de la Ley N° 20.680**” (lo ennegrecido es nuestro)”⁴⁶*

2. Ley N° 20.680 que reforma el artículo 225 con el objeto de proteger al niño en caso de que los padres se encuentren separados, y sus derivaciones.

2.1. Análisis en torno a la historia de la ley

Como dijimos anteriormente, esta ley nace producto de diversos conflictos que se han producido en las relaciones familiares respecto del cuidado de los hijos y a quien le correspondería ejercerlo: Si al padre o a la madre. Así es que en moción de los Diputados Ramón Barros Montero, Sergio Bobadilla Muñoz, Juan Bustos Ramírez, Francisco Chahúan Chahúan, Eduardo Díaz del Río, Álvaro Escobar Rufatt, Jorge Sabag Villalobos, Alejandra Sepúlveda Orbenes, Ximena Valcarce Becerra, Esteban Valenzuela Van Treek con fecha 12 de junio de 2008 se presentó el primer boletín al respecto.

En consideración al boletín (N°5917-18) arguyen que su presentación se basa principalmente en los cambios que la sociedad ha experimentado, recalcan que en tiempo de antaño el vínculo familiar era mucho más estrecho y había un mayor interés en conservar las relaciones de familia y de preocuparse de los hijos y de su crecimiento. Hoy no es así, producto de la globalización podemos ver todo tipo de situaciones; padres que abandonan a sus hijos, madres solteras, padres

⁴⁶ BARCIA LEHMAN, R. *Hacia un sistema de filiación que consagre facultades y derechos específicos para el padre no custodio*, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Vol. XXVI- N°2, Diciembre de 2013, pag.28 - 29

solteros o bien padres que deciden divorciarse sin tener en consideración como esto puede afectar a sus hijos.

Bajo este concepto es que la Declaración Universal de derechos del niño establece en su principio número 6 "*Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material*". Por ello es que la preocupación fundamental es que aun cuando los padres no estén en condiciones de darle un entorno familiar al hijo, de igual forma tanto el Estado como la ley debe preocuparse de que el niño pueda crecer con ambas figuras paternas y responsabilizarse tanto en ámbitos económicos, educativos y formativos de él.

Sin embargo, ha habido ciertas conductas de los progenitores que configuraban una situación de rechazo por parte del hijo con respecto al padre del que no tiene contacto, todo esto producto de una separación judicial, y se sintetizaba en las pocas o nulas ganas que el niño tenía de estar con el otro padre, producto de la influencia que ejercía en él el progenitor con el que convivía, así es que si consideramos la norma en discusión se producía una situación en que los Tribunales siempre consideraban que el cuidado de la madre era siempre el más adecuado en desmedro de su padre, y donde las manipulaciones de la madre respecto al hijo daban sus frutos y el padre sufría una situación de desventaja y hasta por momentos injusta.

Es por eso que se desarrolló en este proyecto de manera exhaustiva el ***Síndrome de Alienación Parental o de Alejamiento Parental*** (en adelante *SAP*) que era una de las principales consecuencias que el niño sufría frente al comportamiento de uno de sus padres.

El estudio de este trastorno es relativamente reciente. En el año 1985, Richard Gardner, profesor de Psiquiatría Clínica del Departamento de Psiquiatría infantil de la Universidad de Columbia, definió el *Síndrome de Alienación Parental* como un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños, cuando el éste sufre un sistemático "lavado de

cerebro" (programación) por parte de uno de los padres, con miras a obtener la vivificación de la imagen del otro progenitor en la mente del niño, obteniendo en el tiempo un resultado concreto: El alejamiento y rechazo del hijo hacia el padre alienado y el debilitamiento progresivo y, a veces irrecuperable de los lazos afectivos que los unen.

Los elementos que plantea este proyecto de ley para que exista SAP se complementan en 3 requerimientos: 1) Campaña de denigración o rechazo hacia un padre persistente en el tiempo, no se trata de un episodio ocasional; 2) No existe motivo plausible para la promoción de esta campaña de denigración o rechazo. El alejamiento por parte del niño no es una respuesta razonable al comportamiento del padre rechazado. Normalmente, el padre víctima de la alienación es percibido como un padre normal desde un punto de vista basado en la capacidad parental. 3) El otro progenitor ha ejercido una influencia en el hijo, gatillando este tipo de reacción.

El SAP entonces, puede resumirse en una conducta que según la cual el progenitor que tiene el cuidado del hijo realiza maniobras destinadas a que él mismo sienta cierto rechazo hacia el padre que no está bajo su cuidado. En palabras de José Manuel Aguilar Cuenca, plantea que el *Síndrome de Alienación Parental* es un trastorno caracterizado por el 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.

Así también los especialistas describen al progenitor alienador como una "(...) figura protectora", que actúa cegado por sentimientos de rabia, resentimiento o venganza hacia la persona con la que procreó un hijo.

Por lo que respecta a esta situación en particular, es que el SAP es un presupuesto de interés para la aplicación del artículo 225 del Código Civil, por lo que para los parlamentarios que presentaron este proyecto fue necesario esgrimir ciertas medidas para salvaguardar los criterios que existían en torno al tema, es

por ello que en su boletín N° 7007-18 presentado en moción de los Diputados Gabriel Ascencio Mansilla, Carolina Goic Borojevic, Adriana Muñoz D'Albora, Sergio Ojeda Uribe, María Antonieta Saa, Marcelo Schilling Rodríguez, Mario Venegas Cárdenas, con fecha 29 de junio de 2010, consideran que el artículo 225 del presente cuerpo legal *“(...) existe un derecho preferente de la mujer al ejercer el cuidado personal de los hijos, que es congruente con un esquema en el cual se asignan roles a cada sexo en el ejercicio de la parentalidad: a la mujer los niños, al hombre los bienes (El hombre es quien tiene la patria potestad, por regla general). Así, para que el padre pueda ejercer el cuidado personal de sus hijos, debe existir acuerdo con la madre. En caso contrario, en sede judicial, el juez podrá atribuírselo sólo en casos excepcionalísimos: “(...) cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada”.*

Este esquema resulta discriminatorio en relación a los padres, atenta contra el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República y no sigue el principio rector en esta materia, que es el interés superior de los niños, niñas y adolescentes”.

Así es que el proyecto de ley se presentó con la intención de hacer hincapié en dos vertientes: En primer lugar, respecto al SAP y sus consecuencias y en segundo lugar respecto a la crítica social que se hace respecto al rol de los padres, en donde se le ha asignado un rol a cada uno y con esa designación de roles es que se ha privilegiado la figura materna como persona capaz de cuidar a los hijos, dejando a los padres con el rol de los bienes y la mantención del hogar. Bajo esta premisa es que los progenitores que tienen la patria potestad se ven perjudicados en caso de separación judicial por los términos utilizados en el artículo 225 inciso primero.

2.2. Criterios de la legislación extranjera o del derecho comparado en que han acogido los parámetros utilizados por este artículo.

Respecto de la legislación extranjera podremos basarnos en lo que el proyecto de ley habla en sí, los legisladores han enfocado sus estudios en cuanto a los criterios utilizados por el derecho comparado. Esto ha servido como enfoque para continuar con las prácticas de seguir redirigiendo el estudio en la modificación del contenido del artículo en discusión, así es que nuestros legisladores basaron sus justificaciones en cuanto a la legislación de países como España, Francia e Italia.

2.2.1 LEGISLACION ESPAÑOLA

La legislación española consagró las normas que vincula el cuidado compartido de los padres en la Ley N° 15/2005 de 8 de Julio de 2005. El sistema, no obstante, había sido aplicado por los Tribunales de Justicia con anterioridad a la ley en atención a la inexistencia de una prohibición explícita en la materia.

Tales situaciones fueron excepcionales, estimándose por regla general la improcedencia de la declaración, más aún cuando ésta no era propuesta y concertada de mutuo acuerdo por los progenitores que mantienen entre ellos una postura razonable y equilibrada ante la crisis matrimonial.

La regla general en cuanto a esta norma se puede sintetizar en que el cuidado compartido de los hijos constituye un sistema excepcional en España. La regla general es el modelo unilateral.

Así lo establece BARCIA ya que “(...) a pesar de que los tribunales ya venían, hace algún tiempo, aceptando la guarda compartida, la ley n° 15/2005 introdujo de forma definitiva esta figura al derecho español. Sin embargo, la regla general, sigue siendo la asignación de la custodia exclusiva a uno de los padres. Lo anterior no obsta a que los padres pidan al juez la custodia compartida o así lo

*acordaren, como se desprende del artículo 92 N° 5 del CCE. Incluso, excepcional y calificadamente el juez puede decretar la custodia compartida, a pesar de la oposición de uno de los padres, en la medida que se cumplan las condiciones establecidas en el n° 8 del artículo 92 del CCE”.*⁴⁷

De lo anterior, es que la legislación chilena ha tomado gran parte de esta nueva ley en relación a lo analizado por la legislación española, es así, y siguiendo lo presupuestado, es que la manera en que nuestros juristas dirigen su enfoque se enfrasca de sobremanera en el modelo español.

Siguiendo el mismo hilo de ideas, el cuidado compartido de los hijos requiere de un pacto expreso entre las partes, o la iniciativa de una de ellas, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, fundado en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. (Artículo 92 N°s 5 y 8 del Código Civil Español).

En cuanto a la intervención del juez, no se faculta a éste para establecer de oficio el cuidado compartido de los hijos. El establecimiento del sistema requiere, al menos, la solicitud de uno de los pares con informe favorable del Ministerio Fiscal, fundado en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (artículo 92 N°8 del Código Civil Español).⁴⁸

De acuerdo al artículo referido, sentencias de Tribunales españoles han realizado una interpretación resolviendo que el cuidado personal compartido con oposición de uno de los padres es una medida de excepción, solo en atención a que los padres acuerden el cuidado personal compartido. Es así, como en sentencia de Tribunal Supremo Español de fecha 22 de Junio de 2011 resuelve;

⁴⁷BARCIA L., Rodrigo; *Facultades y Derechos compartidos respecto de los hijos; una mirada desde el derecho Compartido*; Revista de derecho de Universidad Católica del Norte, año 20, N°1, 2013, pp, 21-60.

⁴⁸El artículo 92.8 del CCE dispone: “*excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo (posibilidad de pedir al juez el cuidado compartido o por mutuo acuerdo), el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio del Fiscal, podrá acoger la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (el paréntesis es nuestro).*”

la excepcionalidad a que se refiere el inciso del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación al párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el artículo 92.8 no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el juez acordarla fundamentándola en que solo de esta se protege adecuadamente el interés superior del niño.

Respecto a la residencia que debe determinar en donde el niño pernocta, la ley no predetermina cuál debe ser la residencia del menor de edad y le otorga al juez de la facultad de resolverlo en cada caso. Tampoco existe una prohibición expresa para optar por alguno de los sistemas de residencia habitual o alternada que pueden darse en estos casos.

2.2.2 LEGISLACIÓN FRANCESA

Consagración de la ley La Ley 2002-305, del 4 de marzo de 2002, estableció el principio del ejercicio conjunto de la autoridad paterna, mediante la sola determinación de la filiación.

El régimen de cuidado compartido de los hijos se consagraba desde los años setenta. La modalidad adoptada entonces ya establecía la igualdad entre hombres y mujeres, respecto de la dirección de los hijos. Su ámbito de aplicación se limitaba a uniones que hubiesen mantenido una vida en común al momento del reconocimiento del hijo, el que debía otorgarse con anterioridad a que el niño cumpliera un año de edad.

Por regla general el sistema de cuidado compartido de los hijos constituye la regla general en Francia; procede en todos los casos de separación de los padres, salvo las excepciones legales.

Como se desprende del artículo 373-2 inciso 1 del Código Civil Francés, el régimen posee una vocación general, más allá de la situación que, en concreto, origina su adopción, recibiendo aplicación por la sola separación de los padres, salvo en los casos de excepción previstos por el legislador.

Corresponde a la autoridad judicial verificar las circunstancias que permiten alterar la regla general del cuidado compartido, otorgándole el cuidado de los hijos a sólo uno de los padres o a ambos a falta de acuerdo.

Para determinar el régimen de cuidado el juez ponderará (artículo 373-2-11 del Código Civil Francés): La práctica anterior de los padres y los pactos acordados; los sentimientos expresados por el niño; la aptitud de cada padre para asumir deberes y respetar los derechos del otro; las pericias efectuadas, considerando la edad del niño; la información obtenida de investigaciones sociales, y la presión o la violencia, física o psicológica, llevada a cabo por uno de los padres en la persona del otro.

A partir de la ley 2002-305 del 4 de marzo, esta regla se invierte y se permite la residencia alternada que hasta entonces había sido mayoritariamente rechazada por la Corte de Casación Francesa.

Se establecen deberes de información para el padre que altere su residencia y derecho de oposición del otro padre (artículo 373-2, inciso tercero, Código Civil Francés). Cabe señalar que la regla del cuidado compartido en Francia ha implicado la alteración del sistema de residencia del niño, sustituyéndose así el sistema de residencia habitual por el alternado, consagrado en la ley 2002-305, del 4 de marzo de 2002. El legislador francés ha seguido así una modalidad de residencia opuesta a la hasta entonces aplicable.

Desde 1987 se reconocía la facultad del juez para radicar la residencia del niño en alguno de los domicilios de sus padres, aunque existiera cuidado compartido.

2.2.3 LEGISLACIÓN ITALIANA

En cuanto a esta legislación, es importante destacar que el actual sistema se rige por uno de asignación de derechos y facultades de afiliación según lo que dispone el artículo 155 del *Codice Civile*, modificado por la Ley N° 54 de 8 de febrero de 2006 que dispone:

“Art. 155: Además, en caso de separación de los padres, el hijo menor tiene derecho a mantener una relación directa y regular con cada uno de ellos, para recibir el cuidado, la educación y la instrucción de ambos y sostener vínculos significativos con los ascendientes y parientes del progenitor.

Para alcanzar los fines establecidos en el inciso primero, el juez que dictamina la separación de los cónyuges deberá adoptar las medidas relativas a la descendencia con exclusiva observancia al interés moral y material de la misma. Ponderará preeminentemente que los hijos menores sean custodiados por ambos padres o bien, determinará a cuál de ellos se les asignará el cuidado personal de los hijos, fijando la periodicidad y el modo en que cada uno de ellos debe contribuir a la manutención, cuidado personal, instrucción y educación de los hijos. Se levantará acta de los acuerdos logrados entre padres, siempre que no sea contrario al interés superior de los hijos. Resolverá cualquier otra medida relativa a la prole. La patria potestad será ejercida por ambos padres”.

Las decisiones de mayor relevancia para los hijos relativas a su instrucción, educación y salud se tomarán de común acuerdo, teniendo en cuenta la capacidad, la inclinación natural y las pretensiones de los hijos.

“(…) En caso de desacuerdo, la decisión quedará en el poder del juez. En cuanto a las decisiones que se limitan a la administración ordinaria, el tribunal podrá determinar, que los padres ejerzan la patria potestad por separado.

Salvo acuerdo en contrario libremente suscrito por las partes, cada padre proveerá a la manutención de los hijos en proporción a sus ingresos, el tribunal establecerá, cuando sea necesario, la correspondiente pensión periódica conforme a la principio de proporcionalidad, que se determinará teniendo en cuenta:

- 1) Las necesidades actuales del hijo*
- 2) El nivel de vida disfrutado por el hijo en coherencia a la convivencia con ambos padres;*

- 3) *El tiempo de permanencia con cada padre*
- 4) *Los recursos económicos de los padres*
- 5) *La valoración económica de las tareas domésticas y el cuidado asumido por cada padre.*

La pensión se adaptará automáticamente conforme al índice ISTAT, en ausencia de otro parámetro proporcionado por las partes o por el tribunal. Cuando la información económica proporcionada por los padres no sea suficientemente documentada, el juez corroborará la información a través de la policía tributaria respecto de los ingresos y los bienes objeto de la contestación de la demanda, determinando también si fueron atribuidos a personas diversas”.

Respecto de la legislación citada, es importante desarrollar la relevancia que ha establecido para el desarrollo la modificación de la presente reforma. Esto pues, delimita de manera certera la importancia que debe tener los entes reguladores respecto a la relación que existe de los padres, respecto del hijo, así, cuando se habla de interés superior del niño, se puede apreciar una normativa vigente y que se adecua al entorno social. Por ello es que se puede resaltar que la legislación chilena se ha guiado respecto a la posición que muestra la legislación italiana respecto a los hijos cuyos padres viven un proceso de separación judicial, dando a entender la igualdad que debe existir como pares.

En relación a la norma contenida en el código italiano, DEL VAS establece “(...) que las decisiones de mayor interés para los hijos, relativas a sus instrucción, educación y salud, serán adoptadas por ambos de común acuerdo, teniendo en cuenta la capacidad, las inclinaciones naturales y las aspiraciones de los hijos. En caso de desacuerdo, la decisión corresponderá al Juez (...) se percibe aquí que es el Juez quien adopta la decisión, sin atribuirla a aquel de los progenitores que él estime más idóneo para la protección de los intereses del menor”.⁴⁹

⁴⁹DEL VAS, GONZALEZ, Juan María: “Rotura della famiglia e interesse dei figli en el Derecho Civil Italiano” en *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, num 717, p.212

En concordancia con lo anterior, es que BARCIA L. estima que el sistema Italiano se sustentaría sobre las siguientes bases:

- 1) *“El Derecho debe velar por la mantención del vínculo de filiación y por el ejercicio por parte de ambos padres de las facultades y derechos de filiación; incluso en el caso de separación de los padres. Los hijos tienen derecho a mantener una equilibrada y continua relación con cada uno de los padres para recibir la atención médica, la educación y la instrucción de ambos y mantener relaciones significativas con ancestros y familiares de cada rama de la familia de sus padres. Para alcanzar dichos fines, el juez que dé lugar a la separación de los cónyuges, guiará las bases respecto de la descendencia exclusivamente por criterios morales y materiales.*
- 2) *El juez puede dar lugar al cuidado o custodia exclusiva a favor de uno de los padres, pero debe preferir la custodia conjunta. En los casos en que el juez otorgue el cuidado de forma exclusiva debe velar y determinar que funciones se ejercen de forma conjunta. La jurisprudencia italiana, ha resuelto que la custodia compartida no tiene que ver necesariamente con el establecimiento, sino que con las facultades y derechos de la filiación sean conjuntos como la educación o el esparcimiento”.*⁵⁰

Hablando de la “custodia compartida”, DEL VAS aclara que esta expresión “(...) evoca una idea de coparticipación de los progenitores en las funciones del cuidado y crecimiento del hijo. “Compartir” significa literalmente partir con alguien y, en el caso que nos ocupa, cada progenitor parte con el otro el cuidado y funciones educativas de los hijos”.⁵¹

De las legislaciones comparadas anteriormente mencionadas, podemos exponer ciertas conclusiones que nos permiten obtener una idea más profunda de la reforma elaborada por nuestra legislación chilena; tenemos en términos generales un sistema de actuación conjunta de los padres, tanto en lo que

⁵⁰ BARCIA L., Rodrigo (2013) p. 32 y 33.

⁵¹ DEL VAS G., José María (2010) p. 215

respecta a la titularidad como al ejercicio de la patria potestad en algunos supuestos excepcionales regulados por ley.

En España por ejemplo, existe un sistema de actuación conjunta, donde el padre no custodio obtiene facultades y derechos, sin embargo, la jurisprudencia se ha ido inclinando por un sistema de actuación conjunta. Es así, como la dirección de las diversas legislaciones han ido en favor de velar por un sistema adecuado siempre teniendo como ulterior y máxima prioridad el interés superior del niño.

3. Prerrogativas en torno a la modificación:

Es importante ahora, establecer el criterio que se ha determinado en torno al interés superior del niño y por sobre todo, a las hipótesis utilizadas en torno al artículo 225 del código civil, es decir, la valoración final que se originó en relación a esta norma.

Así, es que la discusión en el parlamento y habiendo analizado las premisas utilizadas por los legisladores y basándose en las apreciaciones internacionales citadas, se estableció con fecha de 21 de junio de 2013 la siguiente norma:

"Art. 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.

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”.

Como podemos dilucidar, el gran avance que se originó, es la eliminación del inciso primero previo, en donde el legislador daba a la madre todas las facultades de cuidado respecto del menor. Sin embargo, la norma actual no establece diferencias entre los progenitores, eliminado de lleno la norma que daba la preferencia a la madre y que ahora involucra a ambos por igual.

Haciendo un análisis, es que debemos decir que necesariamente cuando los padres se separan o tienen un procedimiento de separación judicial, es primordial que exista un acuerdo entre ellos para que se determine el cuidado del niño no habiendo una preferencia en particular. La ley se preocupa en establecer la importancia en que exista un acuerdo entre los pares. Además, a este acuerdo,

se establece una solemnidad de carácter legal al reducirlo a escritura pública ante el oficial del registro civil y también, que consideramos que es la inclusión más importante, es que el acuerdo deberá contener el régimen de visitas, en donde el progenitor que no tenga el cuidado podrá obtener por medio de una convención con su par, la frecuencia y libertad con que se podrá establecer las visitas del menor.

Debemos tener en consideración los criterios que se han dado en torno a la legislación de nuestro país. Cuando este proyecto se encontraba en tramitación, importante fueron las opiniones que se dieron y que justificaron la urgente modificación de este precepto, así por citar algunos ejemplos con diputado Gabriel Ascencio en discusión en Cámara de diputados con fecha 14 de marzo de 2013 en su sesión 14, propuso la necesidad de modificar la normativa existente argumentando *“(...) las modificaciones introducidas por el Senado son muy importantes, de modo que queremos mantenerlas. De hecho, la organización Amor de Papá está de acuerdo con ellas, porque constituyen un avance notable. Es fundamental que se establezca que los padres deben ponerse de acuerdo en relación con las responsabilidades, los derechos y las obligaciones respecto de los hijos comunes, y que, en el caso de que no exista acuerdo, un juez deberá resolver quien tendrá a cargo el hijo”*.

De la misma forma, BARCIA sintetiza de manera muy elocuente los principales derechos y obligaciones que los padres tienen en cuanto a los criterios que se adoptan bajo el foco de la nueva ley. Así, las principales modificaciones al sistema de cuidado personal, en caso de que los padres estén separados, son las siguientes;

I. En torno a las facultades y derechos conjuntos:

a) Se establece la corresponsabilidad de los padres en los siguientes términos; ambos padres, vivan juntos o separados, participaran en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos (nuevo artículo 224 del CCh). De esta forma, la ley reduce el ámbito de aplicación del cuidado

personal, sino que exige que los padres se vean activamente involucrados en la crianza y educación de sus hijos en los aspectos cotidianos.

b) Se consigna una forma reducida de cuidado personal compartido por cuanto solo contempla dicho cuidado de común acuerdo (artículo 225.1° y 2° CCCh)

II. En cuanto a las facultades y derechos indistintos del padre no custodio:

a) Se desecha la regla de la atribución legal de la preferencia materna, optándose por la mantención del cuidado personal a favor del padre que convive con el niño.

b) La nueva ley, se preocupó de incorporar al CCCh el artículo 225-2 que establece las circunstancias que debe ponderar el juez al momento de asignar el cuidado personal a uno de los padres.⁵²

c) El padre no custodio tiene una serie de facultades y derechos que se desprenden de la relación directa y regular. En este sentido, la ley modificó los

⁵² El referido artículo establece lo siguiente;

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

- a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.
- b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
- c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.
- d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.
- e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
- f) La opinión expresada por el hijo.
- g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
- h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
- i) El domicilio de los padres.
- j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo”.

artículos 225.6⁵³ y 229° y agregó un artículo 229-2 y concretizó lo que se entiende por relación directa y regular estableciendo lo siguiente:⁵⁴

"Art. 229. El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado según las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

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.

Para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades, y considerando especialmente:

- a) La edad del hijo,*
- b) La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus pariente cercanos,*
- c) El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado,*
- d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.*

⁵³ Art 225.6° "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".

⁵⁴ Dichas clasificaciones se extrajeron de BARCIA, R.; "Hacia un sistema de filiación que consagre las facultades y derechos específicos para el padre no custodio", pp. 30- 31.

Sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana.

El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo.

Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente."

Así, es que nuestro Código Civil ha instaurado un nuevo sistema en que se regula de manera equitativa y de acuerdo a los principios establecidos en nuestra Constitución, los efectos paliativos que la antigua ley establecía respecto a la situación de los padres y ha determinado un sistema en que el juez tiene el rol principal respecto al cuidado y custodia del niño, eliminando el precepto en que dejaba al cuidado de la madre en caso de separación judicial, sin embargo, aunque el tema en análisis es algo considerablemente moderno para nuestro país, es necesario determinar si la jurisprudencia ha tomado los criterios en que se basa los nuevos artículos de la presente ley.

4. LA JURISPRUDENCIA Y EL CUIDADO COMPARTIDO

Hay que dirigir nuestro presente estudio a la relación que han creado los Tribunales respecto a la nueva normativa que rige respecto al cuidado compartido de los hijos, así es necesario hacer un análisis en relación a las sentencias donde se pronuncian respecto a este tema, tomando en cuenta que si bien el material puede ser escaso por lo reciente de la normativa, es importante dar a conocer la posición de los Tribunales al respecto. Con ello, es que centraremos el estudio en cuatro fallos recientes.

La primera sentencia anexada, fue dictada por la Excelentísima Corte Suprema, con fecha 15 de julio del 2015, en relación al Interés Superior de un niño, a quién su padre, había sido expulsado del país, por motivo de las presentes leyes migratorias, puesto que era de nacionalidad colombiana. La Corte, en prevalencia de los derechos de éste, de resguardar la familia, y por velar que no sea separado de su padre contra su voluntad, revoca y deja sin efecto la prohibición para entrar a territorio nacional.

La segunda sentencia, dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, con fecha 19 de enero de 2015, tiene por núcleo central la disputa del Cuidado Personal de una niña, que en sentencia de primera instancia, fue dado a su madre; sin embargo, su padre apela, ya que éste es quién la cuidaba y mantenía junto con su actual cónyuge, solicitando al Tribunal de alzada no confundir el cuidado cotidiano, que usualmente se le da a la madre, con el cuidado real e interés superior de su hija. Ampara su petición en virtud de que la madre de la menor, se dedicaba a actividades ilícitas, además de tener antecedentes penales y demostrar que no tenía habilidades parentales para hacerse cargo de la menor. Conforme a ello, la Corte revoca la custodia de la madre, y le da el cuidado personal al padre, quién tenía todas las aptitudes que garantizaban el buen cuidado de su hija.

La tercera sentencia, tiene relación con los Derechos y Deberes que tienen ambos padres. Esta sentencia dictada por la Excelentísima corte suprema, el 14 de julio de 2015, destaca la impronta que el legislador desea en cuanto a la labor que ambos padres deben contribuir de forma permanente en la crianza, desarrollo y educación de los hijos, independiente del estado civil que detenten. Este deber, se concreta en la igualdad entre hombres y mujeres en la crianza de los hijos y por tanto, todo ser humano debe tener acceso a los derechos y libertades enunciados en la ley y la Declaración Universal de los Derechos Humanos y pactos internacionales sobre la materia. En este caso en particular, los padres disputan el cuidado personal de su hijo, donde ambos están posicionados favorablemente para desarrollarlo, destacándose su relación individual con el niño, no así las

vinculaciones entre ambos padres. El tribunal le da la corresponsabilidad a ambos padres en la educación y formación del menor.

La cuarta y última sentencia anexada, fue dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones, de fecha 9 de octubre de 2015, en relación al Derecho de Salud de un lactante nacido en la Clínica Bío Bío, quién por una patología producto de su nacimiento prematuro, necesita por prescripción médica transfusiones de sangre. En desmedro de ello, sus padres biológicos se oponen, en virtud que su religión “Testigos de Jehová” lo prohíbe. El médico tratante, decide interponer un recurso de protección, ya que estima que la negativa de los padres es arbitraria, ilegal y atenta contra la integridad física y vida de la niña, cuyos derechos se encuentran reconocidos en la Carta Fundamental, que señala que en caso de complejidad médica en que el interés superior pueda verse afectado, el parámetro que se emplea lo constituye la salud física y la atención médica asegurando sobre todo la vida y la integridad física y psíquica de las personas, siendo de carácter absoluto y no puede ser limitado ni aún con la voluntad o anuencia de aquellas personas en quienes está destinada la acción cautelar del niño. El Tribunal determina que es inaceptable que las creencias religiosas sirvan de justificación legítima para cuestionar mecánicamente su capacidad de pensamiento racional e invalidar su decisión informada respecto del mejor tratamiento médico para su hija, y sentencia que el Interés Superior de la lactante prima por sobre la voluntad de los padres, y que por tanto, se efectúen todos los tratamientos necesarios que procuren mantener con vida a la niña y respetar ante todo su Derecho a la Salud.

1. Sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema, con fecha 15 de Julio de 2015, Materia; Interés superior del niño; ROL: 8759-15.

Santiago, 15 de julio de 2015. A fojas 77: téngase presente.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus razonamientos tercero y cuarto que se eliminan.

Y se tiene en su lugar, y además, presente:

1°.- Que son hechos de la causa, conforme con la documental rendida entre fojas 1 y 8 de estos antecedentes, que el amparado Milton Bernal Grajales, expulsado del país, ha conformado una familia que actualmente está separada, al encontrarse en territorio nacional su pareja, la ciudadana colombiana Marivel Restrepo Gallego y su hijo de ocho años Jhoan, además de presentar aquélla un avanzado estado de embarazo. Asimismo, consta que su núcleo familiar está inserto tanto en el mercado laboral como en el sistema escolar, contando ambos con autorización para permanecer en Chile y cédula de identidad para extranjeros.

2°.- Que para calificar los actos de autoridad que ahora se revisan, dadas las circunstancias personales y familiares del amparado, cabe advertir que ellos traen inevitables consecuencias en su ámbito familiar, afectando a su pareja como a sus dos hijos, tanto por la posibilidad cierta de disgregar al núcleo familiar, separando a los niños de uno de sus progenitores con la consecuente merma de su pleno desarrollo emocional y social, como por la eventual interrupción de su etapa escolar. Este hecho demuestra, además, un arraigo ostensible de parte de la familia del recurrente en este país que torna la decisión de expulsión en ilegal por el hecho de afectar lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta; derechos también consagrados en favor de los menores en la Convención de los Derechos del Niño que, entre otros, en su

artículo 3° obliga a la autoridad administrativa a tener especial consideración al interés superior del niño, y en su artículo 9° compele a los Estados Partes a velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos.

3°.- Que la ponderación de las antes dichas circunstancias, es bastante para que la autoridad administrativa se inhiba de ejercer la facultad que le confiere el artículo 16 número 2 de la Ley de Extranjería en orden a impedir el ingreso del amparado a territorio nacional por cuanto aquellas tienen preponderancia sobre las disposiciones migratorias.

4°.- Que de lo anterior es concordante con lo dispuesto en el artículo 21 inciso tercero de la Carta Fundamental que permite a toda persona reclamar de amparo por una situación como la de autos y faculta a la jurisdicción para dictar las medidas pertinentes que garantizan el ejercicio del derecho a la libertad individual que se ha afectado con la medida de que se trata.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se revoca la resolución apelada de seis de julio del año en curso, escrita de fojas 66 a 68 y en su lugar se declara que se acoge el recurso de amparo interpuesto en lo principal de fojas 9, en favor de Milton Cesar Bernal Grajales, dejándose sin efecto la prohibición para entrar a territorio nacional que deriva de la Resolución Afecta N° 311/2013 dictada por la Intendencia Regional de Tarapacá. Comuníquese inmediatamente lo resuelto, regístrese y devuélvase. Rol No 8759-15.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R. y el abogado integrante Sr. Jorge Lagos G.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a quince de julio de dos mil quince, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

2. Sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, con fecha 19 de Enero de 2015, Cuidado Personal, ROL: 589-14,.

“C.A. de Valparaíso

Valparaíso, trece de enero de dos mil quince.-

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, sustituyendo en la parte expositiva, en el basamento "Primero" la expresión "cinco años de edad" por "seis años de edad", y se eliminan los considerandos sexto, undécimo y duodécimo.

Y se tiene en su lugar, y además presente:

PRIMERO: *Que, en estos autos, sobre cuidado personal de menor, caratulados "GUERRERO con NAVARRO" seguidos ante el Tribunal de Familia de Valparaíso, RIT C-xxxxx, se ha deducido recurso de apelación por la parte demandada, xxxxx, el que fue ingresado bajo el Rol Corte N° 589-2014, impugnándose por ésta vía la sentencia de 14 de agosto de 2014, que concedió el cuidado personal de la menor xxxxx a la madre y demandante en ésta causa, xxxxx.*

SEGUNDO: *Que a través del recurso deducido, el apelante, xxxxx, solicita que se revoque la sentencia de primer grado, dictada por el juez de Familia de Valparaíso don Diego Téllez Martínez, quien conociendo de la demanda de cuidado personal de menor de edad, interpuesta por doña xxxxx, respecto de su hija menor de xxxxx, de actuales siete años de edad, habida de una antigua relación con el demandado don xxxxx, circunstancia de la que da cuenta el certificado de nacimiento de la niña, xxxxx, agregado a la causa, donde consta que nació el 27 de octubre de 2007, y que sus padres son, la actora y el demandado en ésta causa, entregó el cuidado personal de la menor xxxxx a su madre.*

TERCERO: *Que el recurrente, fundamenta su apelación en que la regulación actual del régimen de cuidado personal de los hijos menores, al tenor del artículo 225 del Código Civil. Estima que la prueba rendida por la contraria no es suficiente para dar cuenta de las actuales condiciones de la actora y de sus capacidades para detentar el cuidado personal de su hija. Señala que el único documento en que la demandante puede sostener sus dichos es en un informe social, pero que el sentenciador no considera que fue realizado un año antes, y que no se consigna en él ni la metodología ni la veracidad de la información que contiene se respalda con ningún documento. Señala además que se vulnera el artículo 32 de la Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia y que el Juez no se hace cargo de toda la prueba rendida por su parte. Indica que la contraria no acreditó con documentos todas las circunstancias que alegó y que tampoco se respetó el interés superior del menor y que sin base probatoria suficiente, se concede el cuidado personal de la niña a la madre, lo que va a provocar un desarraigo manifiesto a la menor y que se confunde el estatuto jurídico de cuidado personal con el cuidado cotidiano. Agrega que en ausencia del padre, la pequeña tiene una red de apoyo que se encarga de su cuidado y concluye a partir de un supuesto erróneo el Juez a quo afirma que la demandante se encuentra en un proceso de superación de su condición de vida y que no habiéndose aplicado lo dispuesto en el artículo 225 del Código Civil, en todas sus letras, se causó agravio a su parte, ya que no se acompañó ninguna prueba, para entender cumplidos los supuestos del pre citado artículo.*

CUARTO: *Que, se tuvo por interpuesta la demanda y se realizó la audiencia preparatoria, oportunidad en la que la actora ratificó íntegramente la demanda interpuesta, y a su turno xxxxx, se opuso en todas sus partes a la acción deducida por doña xxxxx, y al contestar la demanda señaló que efectivamente se le habría concedido el cuidado personal provisorio de la menor en causa rit P-xxxxx, y que ello actualmente estaría zanjado por lo dispuesto en el artículo 225 del Código Civil, y que el supuesto cambio de actitud de la demandante respecto de su relación con la menor, no es tal, ya que hace cinco años que el contacto entre ambas es extremadamente limitado. Agrega que la actora se dedica a actividades*

ilícitas, concretamente hurto y que por sus antecedentes penales, carece de habilidades parentales para hacerse cargo de la menor, y que durante el período que xxxxx ha estado bajo el cuidado del demandado, la madre en nada ha contribuido a la manutención de la pequeña.

QUINTO: *Que para los efectos de acreditar su pretensión, la parte demandante acompañó sólo prueba documental y pericial, consistente en Certificado de nacimiento de la menor xxxxx, certificado de nacimiento de xxxxx, certificado de alumna regular de la demandante, certificado del Centro de Apoyo para la Integración Social de Valdivia, que indica que la demandante inició trámites para la eliminación de antecedentes penales y el informe de la Asistente Social Cecilia Lovera González, fechado en junio de 2013, es decir un año antes del juicio, y que en sólo cuatro páginas, sin respaldar con ningún documento su pericia, sin tampoco entrar a analizar -el detalle no menor, en concepto de ésta Sala- que la actora presenta episodios de violencia intra familiar, por lesiones menos graves en la persona de su abuela, que derivaron en una sentencia condenatoria, lo que denota escaso control de impulsos, la asistente social concluye que los factores expuestos "favorecerían la permanencia de la menor junto a su madre". Se incorporó también como documental, Oficio de la Armada de Chile suscrito por Otto Mrugalski Meiser, Director de Intereses Marítimos subrogante donde constan los períodos que ha permanecido embarcado el xxxxx.*

SEXTO: *Que por su parte, el demandado rindió prueba testimonial, consistente en la declaración de xxxxx y xxxxx, las que constan en el Registro respectivo, y estimándose relevante dicha probanza se oyó la declaración de los testigos de la demandada. Depone xxxxx, y da cuenta que hace cuatro años, ella y su marido en medio de una actividad de confraternización conocieron al demandante, y que él vive con ellos hace cuatro años, que es motorista y trabaja en barcos, y que él está embarcado, 40 días a veces un poco más, pero cuando llega está veinte días en la casa con la niña. Señala que la madre de la menor antes venía una vez al año, pero que el último tiempo por la demanda, ha venido más y que la niña está con ella desde los dos años y medio de edad, y que ella ha participado las cosas*

importantes, de la niña, pero ella no ha venido. Doña xxxxx nunca ha colaborado en la mantención de la niña, xxxxx es el que se ha preocupado siempre de todos los gastos de la niña, ella nunca ha traído ni un kilo de leche ni nada, todo lo paga xxxxx. Indica la testigo que el hijo de la actual relación de xxxxx es agresivo y le pega a xxxxx, la deja moreteada, por eso yo le dije que cuando viniera no lo trajera, para que no le pegara a xxxxx. Señala la testigo que el hijo de la demandante le dijo que la pareja le pegaba a su mamá y que cuando ella le preguntó, xxxxx no le negó, sólo le dijo que de eso no había testigos.

La testigo indica que la niña pasa la mayor parte del tiempo con ella, y que no tienen relación de parentesco.

A su turno el testigo xxxxx, quien señala que conoce a xxxxx y que lo conoció en la Plaza O'Higgins, ya que él es Pastor de la Iglesia Evangélica y ahí xxxxx se acercó a conversar y que él invitó a xxxxx a la Iglesia. Señala que xxxxx actualmente vive con ellos, con el grupo familiar que forme él con su esposa, sus hijos, y con ellos, xxxxx. Agrega que xxxxx es motorista segundo y que trabaja en barcos, actualmente en Puerto Montt, trabaja 40 días y tiene 20 de salida. Declara que cuando el demandado no está, es la esposa del testigo, de nombre xxxxx, quien cuida a xxxxx, la viste, se ocupa de ella y que cuando xxxxx no está, siempre está llamando a la niña por teléfono, y que sabe que xxxxx es la madre de xxxxx y que ella vive en Valdivia y que mientras la niña ha estado al cuidado del padre, su madre nunca ha mandado algún dinero y que las visitas han sido a dos cumpleaños, no mucho más y que no le consta que la familia materna llame a xxxxx. Señala que el demandado siempre está pendiente de la niña, cuando no está en casa. El cuidado lo tiene él, pero en la práctica cuando sale a trabajar, su mujer xxxxx se ocupa de la menor y que xxxxx cubre los gastos de alimentación de todo, él lleva todos los gastos de la menor. xxxxx cuando está en tierra la va a dejar al Colegio, la ayuda en las tareas, la saca a pasear, a los actos del Colegio. Agrega que su esposa siempre le ha avisado a la madre de xxxxx las graduaciones y actividades de la niña, pero la madre nunca ha venido, y cuando viene se levanta tarde, no la atiende, no la baña, ni le da desayuno, eso lo hace

xxxxx. Acompañó también como prueba documental contrato de trabajo del demandado, seis últimas liquidaciones de sueldo, certificado de afiliación a Isapre Cruz Blanca, certificado de alumna regular de la menor xxxxx, en el Colegio xxxxx de Valparaíso, informe pericial evacuado por la asistente social Catherine Méndez Henríquez y la psicóloga Mariella Salazar Olguín

OCTAVO: Que resulta útil señalar que el concepto de cuidado personal, es un concepto amplio que está más allá del día a día, y dice relación con la adecuada calidad de vida, de acuerdo a la etapa que vive el menor, y que le asegure un una infancia en la que se respeten sus derechos y se garantice la provisión de recursos no sólo materiales, sino afectivos, valóricos, y una adecuada red de apoyo social y moral que le asegure bienestar, una existencia plena, y un paso por cada etapa de su vida que le permita llegar a una adultez con bases sólidas.

NOVENO: Que los hechos a probar fueron las circunstancias que inhabilitaren a la demandante para el cuidado de la menor; Habilidades parentales de la demandante; Habilidades parentales del demandado;

Si la demandante ha contribuido con ayuda económica para la manutención de la menor, y las circunstancias socio domésticas de las partes, y al efecto se ordenó practicar informe social a la actora.

Así las cosas, del análisis de la prueba rendida se advierte que la demandante, sólo rindió documental tendiente a acreditar que el demandado por su actividad laboral ha permanecido embarcado en los últimos años, hecho no controvertido, en cuanto los propios testigos del demandado y los informes sociales y contrato de trabajo dan cuenta de la actividad laboral de xxxxx. Se acompaña además por la actora un certificado de fecha 13 de mayo de 2014, suscrito por la asistente Social Macarena Alegría que da cuenta xxxxx, inició en el Centro de Apoyo para la Integración Social de Valdivia, procedimiento para eliminación de los antecedentes penales se acoge al tenor de lo establecido en el Decreto Ley 409, lo que unido a su extracto de filiación tenido también a la vista, objetivamente dan cuenta al día de hoy, de la existencia de anotaciones penales de la madre, las que son tanto por

delito contra la propiedad, como delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar y que no se pueden desconocer, más allá que de culminar el proceso puedan eliminarse. En cuanto al certificado de nacimiento del otro hijo de la actora nada aporta al fondo de la cuestión debatida. A su turno el certificado que da cuenta de la encontrarse actualmente la demandante regularizando su situación educacional, es parte de un proceso de escolarización, pero ese sólo hecho, puesto en contexto, con los antecedentes ya referidos, en concepto de Tribunal no la habilita para ejercer el cuidado personal de la menor, más aun teniendo en consideración que se tuvieron a la vista causas del Tribunal de Familia de Valdivia, incluso una medida de protección a favor de xxxxx, hijo de la demandante con su actual pareja, hecho que en concepto de estos sentenciadores no se puede soslayar.

En consecuencia no se advierte que se hayan allegado antecedentes suficientes que den cuenta, al tenor del artículo 225-2 del Código Civil de que la demandante se encuentre en algunas de las circunstancias que previó el legislador en las letras a), b), c), d), ni e), de la pre citada norma. Por el contrario, los testigos están contestes en la nula contribución económica de la demandante a la manutención de su hija, al escaso contacto que ha tenido durante estos años, que no ha estado presente en momentos importantes de la menor, habiéndole sido comunicados. Por otro lado ha de tenerse en cuenta la distancia que media entre Valparaíso y Valdivia, y lo que ello conlleva, en cuanto a desarraigo de la menor, falta de contención, inestabilidad emocional y psicológica que son inherentes a todo situación de traslado, debiendo insertarse en un grupo social distinto, en un programa educacional diverso, y dejar las redes afectivas que han sido su soporte estos años. Baste recordar lo señalado por la testigo xxxxx quien indicó que le pidió a xxxxx que no trajera a su hijo cuando viniera, porque su hijo xxxxx agredía a xxxxx y "la dejaba moreteada".

Se disiente pues, de la opinión del Juez a quo, en cuanto se estima no resultó suficientemente probado el argumento de que la madre se encuentre en un

proceso de superación de situación de vulneración que la han llevado a cometer ilícitos,

DÉCIMO: *Que la prueba de la demandada, tanto los antecedentes aportados por los testigos xxxxx y xxxxx, parecen claras, precisas, concordantes entre sí, y coherentes con los restantes medios de prueba, en particular con la documental y pericial, -que a diferencia del informe social de la demandante, que impresiona por la brevedad, simpleza, falta de metodología y respaldos documentales habituales en este tipo de pericias- la pericia sicosocial realizada por la profesionales Viviana Méndez y Mariella Salazar, aportan múltiples elementos de la situación en que vive actualmente la menor, se indagó incluso en el Consultorio del sector donde tiene sus controles al día, se acompañan fotografías del dormitorio de la xxxxx, dependencia que se observa adecuada, individual y ambientada acorde al rango etáreo de la niña, denotándose preocupación por su bienestar y por darle un espacio acogedor. A su turno la sicóloga hace un análisis pormenorizado de las imágenes que dibuja la menor en los test aplicados lo que denota la importancia para ella de su imagen paterna, la que está presente en todos sus dibujos.*

UNDÉCIMO: *Que conociendo de la apelación este Tribunal de Alzada debe tener en vista el interés superior del menor referido en el artículo 16 de la Ley 19.968 y que como "interés superior del hijo" refiere también el artículo 222 del Código Civil, ello entendido dentro del contexto, y de las múltiples situaciones que influyen directamente en el normal y adecuado desarrollo y crecimiento físico, psicológico y espiritual de los menores, que propendan a que ello sea en un entorno adecuado a sus necesidades no sólo materiales, sino afectivas, de contención y sobre todo que se les asegure que sus derechos no sean vulnerados, circunstancia que los Tribunales están llamados a cautelar y precaver.*

Que en tal sentido se oyó a la menor, en audiencia confidencial, -por lo que no cabe explayarse en su contenido- y si bien la niña hace referencia a su madre, el Tribunal entiende que claramente la figura de adulto significativo, corresponde a xxxxx.

Que se oyó también a la curadora ad litem, xxxxx, quien estima que el cuidado de la menor no sería ejercido por el padre, sino que está a cargo de terceros, que parecen más bien tener motivaciones económicas, circunstancia ésta última, que no resultó probada.

Que del análisis de los informes sociales, el informe pericial practicado a la madre por doña Cecilia Lovera señala que los factores expuestos "favorecerían la permanencia de la menor junto a su madre", lo que al tenor del concepto que da el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua de permanencia, que define como "mantenerse sin mutación en un mismo lugar, estado o calidad" debe entenderse pues que la profesional estima que debe "mantenerse" la situación actual de xxxxx, es decir con su padre, lo que resulta coherente con lo consignado en la pericia sico social practicada como afectivas, es uno de los aspectos más relevantes de la evaluación realizada, ya que obtiene el mayor puntaje debido a la constante preocupación que manifiestan a través de acciones concretas de don xxxxx y la familia por atender a la niña". Finalmente en la opinión profesional señala que el contexto actual donde reside la niña es favorable a su desarrollo bio-psico-social es favorable y que el padre y la familia poseen recursos para satisfacer las necesidades de la niña en la etapa que se encuentra.

De otro lado, en contraposición a los antecedentes prontuarios de la madre, no se acreditó que el padre de la niña, ni el grupo familiar con el que viven el padre y la niña, se hayan visto envueltos en conductas disruptivas. Todo el cuestionamiento a que el cuidado de la niña lo siga ejerciendo el padre, radica en las prolongadas ausencias de éste por su actividad laboral, -lo que permite que sean satisfechas todas las necesidades materiales de la niña- no obstante ello NO se acreditó por la demandante, con medios probatorios idóneos que dicha circunstancia haya influido negativamente en la persona de xxxxx, en su crecimiento, desarrollo, bienestar, ni en ningún aspecto de la vida de la menor, toda vez que durante sus ausencias, xxxxx queda al cuidado del matrimonio xxxx, con quienes ha tejido lazos de afectividad y confianza.

DUODÉCIMO: Que acorde a lo razonado en el fundamento que antecede, y analizando la prueba rendida al tenor del artículo 32 de la Ley 19.968 prueba pericial y documental de la demandante y testimonial, pericial y documental del demandado, referida en los basamentos que anteceden, se estima que siendo más beneficioso para la menor deberá desecharse la demanda, y en consecuencia continuar la menor xxxxx, bajo el cuidado personal de su padre. Por estas consideraciones, normas legales citadas, y lo previsto en los artículos, 222, 225-2 y demás pertinentes del Código Civil, artículos 8 y siguientes

De la Ley 19.968, Ley 16.618 sobre Protección de Menores, Convención Internacional de los Derechos del Niño y artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se decide:

I.- Que se revoca la sentencia de catorce de agosto de dos mil catorce, en cuanto por ella se entregó el cuidado personal de la menor xxxxx a su madre, y en su lugar se resuelve, que se la rechaza, sin costas, por haber sido la actora representada por la Corporación de Asistencia Judicial.

II.- Que el demandado xxxxx, deberá continuar a cargo del cuidado personal de su hija menor de edad xxxxx, a fin de que vele por su adecuado crecimiento, desarrollo e integridad física, afectiva, psicológica y moral.

III.- Que atendido lo resuelto, en la oportunidad procesal respectiva, deberá establecerse el régimen de trato regular y directo de la demandante xxxxx, con su hija menor, xxxxx.

Redacción del Ministro Suplente doña María del Pilar Labarca Rocco.

Regístrese, notifíquese y comuníquese.

NºFamilia-589-2014.

Pronunciada por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, integrada por el Ministro Titular don Julio Miranda Lillo, Ministro Suplente doña María del Pilar Labarca Rocco y Abogado Integrante don Fabián Elorriaga de Bonis.

En Valparaíso, diecinueve de enero de dos mil quince, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.

C.A. de Valparaíso

Valparaíso, veintiuno de enero de dos mil quince.

Advirtiendo este tribunal el error en la fecha de la sentencia de fs. 45, de estos autos, la cual dice:

"Valparaíso, trece de enero de dos mil quince", debiendo decir "Valparaíso, diecinueve de enero de dos mil quince", corríjasele en tal sentido.

Téngase la presente resolución como parte integrante de dicho fallo.

Regístrese, notifíquese y comuníquese.

NºFamilia-589-2014.

En Valparaíso, veintiuno de enero de dos mil quince, se notificó por el estado diario la resolución que antecede".

3. Sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema, con fecha 14 de Julio de 2015, Derechos y deberes de los padres, ROL 23113-14.

Santiago, catorce de julio de dos mil quince.

Vistos:

En autos RIT No C-xxxxx, RUC No xxxxx del Juzgado de Familia de Puerto Montt, por sentencia de veinticuatro de mayo de dos mil catorce, se acogió la demanda deducida por doña xxxxx y, en consecuencia, se le entregó el cuidado personal de su hijo xxxxx, nacido el día 6 de marzo de 2007.

Se alzó el demandado en contra de la referida sentencia y una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, por fallo de veinticinco de julio de dos mil catorce, la confirmó.

En contra de esta última decisión, la misma parte dedujo el recurso de casación en el fondo, que pasa a analizarse.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurrente, en un primer capítulo, señala que se vulneró el artículo 225 inciso 4o en relación al artículo 226 del Código Civil, porque se resolvió acoger la demanda fundándose sólo en suposiciones y apreciaciones personales de los jueces del grado, alejándose de los hechos y la prueba rendida. Indica que el fallo impugnado, concluyó que el traslado del niño a la ciudad de Santiago sólo favorece al padre, sin embargo, no explicitó las razones por las cuales arriba a dicho supuesto, lo que evidencia una interpretación restrictiva del interés superior del niño puesto que, en la oportunidad legal, se acreditó que el referido cambio tuvo como fin mejorar la calidad de vida de su hijo y sus posibilidades laborales. Agrega que la actora tampoco probó sus alegaciones sobre supuestos incumplimientos al régimen comunicacional; el que suscribió el acuerdo por el cual le entregó el cuidado del niño, porque habría sido víctima de violencia intrafamiliar

por parte del recurrente y menos, que dicho acuerdo tuviese el carácter de temporal, atendido que sólo se señaló, que en caso de concurrir modificaciones a las circunstancias de vida, permitirían evaluar -en su oportunidad- la posibilidad de un cambio del cuidado personal del niño, es decir, su cumplimiento no se encuentra sujeto condición alguna. Asimismo, indica que no se acreditó lo sostenido por la consejera técnica, en cuanto a que el traslado a la ciudad de Santiago, correspondía a una decisión unilateral del padre que desatendió las necesidades emocionales y afectivas de su hijo, debido a que no se consideró que el 1o de agosto de 2013 informó al tribunal el mentado cambio; por lo que estima, que el fallo impugnado desconoce la prueba rendida y en especial el interés superior del niño.

En un segundo acápite, sostiene que se transgredió el artículo 32 de la Ley No 19.968, explica que es de común ocurrencia que en un proceso de mediación una de las partes con posterioridad, quiera retractarse, más aun en estas materias, tal como ha ocurrido en la especie, de manera que los sentenciadores, al acoger la demanda, "no cumplieron con el sistema de valoración de prueba conforme a la sana crítica, porque no aplicaron correctamente los artículos 225 inciso 4o en relación al 226 ambos del Código Civil y 32 de la Ley No19.968" (sic), atendido que no existían elementos para estimar que lo mejor para la vida de xxxxx era retornar a vivir junto a su madre, ya que no consideraron que no vive junto a ella hace más de un año; que manifestó en la audiencia reservada su deseo de permanecer con su padre y que no se demostró vinculación alguna del niño con la familia materna, vulnerando su interés superior, y pasando por alto lo acordado por las partes, sin dimensionar las consecuencias de vida que la decisión impugnada conlleva para su hijo.

Segundo: Que, en el fallo impugnado se asentaron como hechos de la causa, los siguientes:

a) xxxxx es hijo de filiación no matrimonial de los litigantes y nació el 6 de marzo de 2007.

b) *Antes de la separación de sus progenitores, es el padre, quien atendida la naturaleza liberal de los servicios profesionales que presta, pasaba más tiempo con el niño, por lo que tuvo más dedicación a sus requerimientos.*

c) *En la causa Rit xxxxx, con fecha 4 de febrero de 2013, los litigantes acordaron que el cuidado personal de xxxxx lo ejercería su padre, afirmando, además, que desde el término de la convivencia, la que se produjo en el mes de octubre de 2012, compartieron dicho cuidado. Se pactó un régimen comunicacional con la madre el que contemplaba un contacto diario y vacaciones de verano e invierno compartido.*

d) *No existe sentencia condenatoria en contra del demandado por violencia intrafamiliar.*

e) *Durante los años 2011, 2012 y hasta el mes de agosto de 2013 xxxxx asistió regularmente al Colegio Creación de Puerto Montt, figurando su padre como apoderado. En el mes de agosto de 2013, se trasladó junto a su progenitor a la ciudad de Santiago, lugar donde terminó su año escolar y fue matriculado en el curso siguiente para el año 2014, siendo el demandado quien asume dichos costos, presenta un buen rendimiento escolar y una muy buena conducta.*

f) *Ambos padres cuentan con habilidades parentales suficientes para asumir el cuidado personal de su hijo, no resultando ninguna evaluación mejor que la otra.*

g) *El informe pericial psicológico del niño da cuenta que emocionalmente es sano, evidencia conflictos de lealtades al ser sometido a tener que elegir entre un padre y otro. Lo que se ratifica en la entrevista reservada, donde se indica que impresiona como un niño capaz de darse cuenta de los alcances de este juicio y el hecho de que se vincula favorablemente con ambos progenitores, aunque un poco más cercano a su padre.*

h) *El demandado es de profesión ingeniero cuenta con los recursos económicos para mantenerse al cuidado personal de su hijo y actualmente habita una vivienda en la que cuenta con espacio y mobiliario suficiente para albergar a xxxxx, se*

destaca que los principales clientes del demandado se encuentran en Puerto Montt.

i) La madre ha mantenido contacto con el niño, viajando regularmente los fines de semana a esta ciudad desde Puerto Montt.

j) Las partes asistieron a terapia familiar, pero fue abandonada por ambas.

Tercero: Que, sobre la base de los hechos referidos en el motivo anterior, los jueces de alzada al confirmar el fallo de primer grado, concluyeron que: "El sólo hecho del traslado, que no obedeció en ningún caso al interés superior del niño, afectó en su esencia el derecho de xxxxx de relacionarse con su figura materna en los términos que se pactó entre sus progenitores y en beneficio del propio niño. A mayor abundamiento, la decisión unilateral por parte del padre, no fue aceptada por la madre, ya que no se entiende de otro modo si la madre demanda el cuidado personal de su hijo en un corto periodo de tiempo desde que se produjo el cambio de domicilio, bastando para ello constatar que la causa se inicia el 9 de agosto de 2013." Se agrega que, además, la madre "ha mejorado aquellas condiciones"-falta de estabilidad laboral y económica- que justificaron que ella entregara el cuidado personal de su hijo al padre, por lo que en estas condiciones sería procedente volver a ella su cuidado.

Cuarto: Que, de la lectura del recurso, se advierte, en primer lugar, que se construye contra los hechos del proceso, establecidos por los sentenciadores del grado e intenta variarlos, proponiendo otros que, a juicio del recurrente, estarían probados, lo que se evidencia al expresar que se "acreditaron" los beneficios que reporta para xxxxx su traslado a la ciudad de Santiago y las razones de tipo laborales de dicho cambio y, que por el contrario, la actora no "probó" su defensa. Alegaciones que son contrarias a lo resuelto por los jueces de la instancia quienes estimaron, que el traslado del niño afectó su interés superior, puesto que no pudo conservar el régimen comunicacional que sus padres, en su oportunidad, pactaron en su favor y por el cual se relacionaba diariamente con su madre; de forma tal que así entablado el recurso, éste carece de los fundamentos fácticos que

integren las causales sustantivas de nulidad que invoca, y sobre los que este tribunal pueda conocer y resolver, razón por la cual, al carecer de fundamentos acordes con la naturaleza del arbitrio impetrado, este debe ser desestimado.

Quinto: Que, sobre la base de lo expuesto, es improcedente, también, la vulneración a las reglas de la sana crítica, porque los planteamientos de la nulidad, como ya se dijo, llevan consigo un reproche a los hechos fijados en la sentencia que se trata, los cuales se intenta modificar, a través de una nueva ponderación de la prueba rendida, pretendiéndose una distinta a la que se efectuó en el fallo impugnado, en circunstancias que dicha labor, como reiteradamente ha sostenido este tribunal, corresponde a facultades privativas de los jueces del grado y se agota en las instancias respectivas, salvo que en dicho establecimiento se hayan quebrantado las reglas que informan al sistema de la sana crítica, lo que tampoco se produjo, puesto que el recurrente no explicó cómo y cuáles principios que integran dicho sistema probatorio se transgredieron, razones por las que el recurso de casación en el fondo será desestimado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764 , 765 , 767 , 768 y 783 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza, sin costas, por existir motivo plausible para litigar, el recurso de casación en el fondo deducido por el demandado don xxxxx en contra de la sentencia de veinticinco de julio de dos mil catorce.

Acordado con el voto en contra del Ministro señor Sergio Muñoz y del Abogado Integrante señor Jorge Lagos, quienes estuvieron por acoger el presente recurso, sobre la base de los siguientes fundamentos:

1o Que, la coparentalidad, exige, según se desprende, de los artículos 18.1 de la Convención de los Derechos del Niño y 225 del Código Civil, que ambos padres contribuyan permanentemente en la crianza, desarrollo y educación de sus hijos, cualquiera que sea su estado civil. Deber por medio del cual se concreta la igualdad entre hombres y mujeres en la crianza de los hijos, reconociendo con ello, como lo contempla la Declaración Universal de Derechos Humanos y los

pactos internacionales sobre la materia, de los cuales se desprende que todo ser humano debe tener acceso a los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2° Que, en lo pertinente, el citado artículo 225 dispone: "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...", agrega en su inciso 3°, "A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuaran bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo" y luego su inciso siguiente señala: "En cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo o haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido", texto normativo del cual se desprende que el artículo 225 impone al juez el imperativo de dar 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; "este proceso de integración fáctico y normativo debería consistir en la subsunción de hechos y de juicios de experiencia y de valor en la norma, conforme a su ratio. Esta integración-interpretación teleológica es la operación lógica que el legislador exige al juzgador para conseguir la flexibilidad judicial que auspicia", (María Sara Rodríguez Pinto. "El Cuidado Personal de Niños y Adolescentes en La Familia Separada: Criterios de Resolución de Conflictos de Intereses entre Padres e Hijos en el Nuevo Derecho Chileno de familia". Revista Chilena de Derecho, vol 36 No 3, p. 545-586, 2009).

3° Que, esta facultad del juez de decidir, sobre la vida futura del niño, niña o adolescente, debe ser el resultado imprescindible de la armónica conjugación de todos los elementos de juicio que hayan sido allegados al proceso, atendida la naturaleza de la materia debatida y los valores en ella comprometidos, junto con los objetivos adicionales que se presentan para la debida protección que debe

darse a los niños involucrados a quienes se reconoce como sujetos y titulares de derechos. En este sentido cabe considerar que si bien la ley permite al juzgador un grado de discrecionalidad limitada, debe integrar teleológicamente el supuesto fáctico que se establezca en la hipótesis normativa -indeterminada o incompleta- en la que habrá de encuadrar su resolución, sin que pueda sustraerse del imperativo de ponderar las razones de experiencia y juicios de valor en función de la finalidad de la regla de atribución que gobierna su decisión, el "interés superior del niño". Su resolución entonces, aunque discrecional, exige rigurosa fundamentación, expresión de motivos y respeto al marco legal y constitucional vigente, reduciéndose de ese modo los márgenes de la discrecionalidad judicial.

4° Que, en la especie, la prerrogativa que se otorgó a los jueces de la instancia, se tradujo en dar sustancia al concepto del interés superior del niño, sobre la base de los antecedentes y hechos establecidos por ellos en la causa, lo cierto es que también les ha impuesto el deber de calificar la entidad y gravedad de los hechos y situaciones del caso en concreto a fin de verificar la necesidad de una medida que altera el derecho de coparentalidad que existe para ambos padres. Así es como en el presente caso, el fallo impugnado, resolvió la litis argumentando que "es tan grave la falta cometida por el progenitor, -el traslado de xxxxx a Santiago- que hace que la decisión del asunto controvertido favorezca a la madre en esta ocasión, considerando además que se mejoraron aquellas condiciones que justificaron para la madre entregar el cuidado personal de su hijo al padre", para luego adicionar, "frente a la igualdad entre los padres en torno a la atribución del cuidado personal de los hijos comunes que a su vez se refleja en la coparentalidad, concluye que en la especie el interés superior y las circunstancias concretas del caso justifican que se acceda a la demanda de autos, por estimarse que la madre garantizará de mejor manera los derechos que le asisten" (sic).

5° Que de la sola lectura del considerando resolutivo de la sentencia impugnada y que induce a los jueces del grado a acoger la demanda de cuidado personal deducida por la madre de xxxxx, se advierte que éste carece de elementos explicativos que permitan comprender su decisión, en los términos antes

expuestos, atendido a que son hechos de la causa el que ambos padres se encuentran habilitados para ejercer el cuidado de su hijo; el niño vive con su padre desde febrero de 2013, pero incluso antes de concluida la vida en común de los litigantes, era éste quien se dedicaba en mayor medida a su cuidado; el niño tiene un excelente rendimiento académico, buena conducta escolar, ha señalado preferir vivir con su padre y ha mantenido el contacto con su madre, quien viaja periódicamente a verlo a esta ciudad. Sin embargo la sentencia, como ya se transcribió precedentemente, sobre la base de "la grave falta" cometida por el padre al trasladar el niño a Santiago, impidiéndole con ello relacionarse de "manera cotidiana" con su madre, resuelve acoger la acción impetrada, sin emitir pronunciamiento alguno sobre los factores antes reseñados, los que atendida su cuantía y naturaleza, hacían obligatorio a los sentenciadores el hacerse cargo de los mismos, ya sea para acogerlos o desecharlos como lo ordena el propio Derecho de Familia.

6° Que la falta de razonamiento sobre dichos factores, no sólo infringe la normativa legal, como lo es el artículo 62 de la Ley No 19.968 que obliga al juez a hacerse cargo de todos y cada uno de los elementos vertidos en el juicio o porque éstos participan del núcleo fáctico de los criterios que el artículo 225-2 del Código Civil establece como hilo conductor para resolver en estas materias, sino porque, además, y eso es lo fundamental, la necesidad de desarrollar un argumento sobre los mismos, implicaba otorgar a la resolución judicial una base sobre la cual se cimentaran las razones de la decisión adoptada, sustancia que es de la esencia de toda resolución judicial, puesto que aquéllos constituyen los elementos integrativos de la misma que permiten considerarla como tal. Es decir, toda resolución judicial debe contener los motivos que llevaron a los jueces a encuadrar los supuestos fácticos que establecieron en las normas legales o principios que luego fundamentan su decisión, si ello no existe, entonces dicha decisión se deviene, no sólo en ilógica e incomprensible sino que además es arbitraria porque no permite al destinatario de la misma debatir sobre ella porque carece de argumentos sobre los cuales pueda conocer y controvertir.

7° Que, en la especie, se estableció la igualdad de condiciones de los padres para ejercer el cuidado de su hijo, por lo que para discernir sobre quien debía ejercerlo, los jueces del grado señalaron que harían aplicación del interés superior del niño, sin embargo, en su decisión no se explicitaron las razones del porqué, en este contexto fáctico, prefieren entregar dicho cuidado a la madre, limitándose a indicar que el progenitor ha cometido una "grave falta" al no permitirle a xxxxx un contacto cotidiano con su madre, haciendo presente las dificultades de los viajes que para la demandante resulta viajar de Puerto Montt a Santiago y, que en la actualidad, ella cuenta con la estabilidad laboral y económica, para hacerse cargo de su hijo. Fundamentos todos que se relacionan más bien con la actora, salvo el primero, que se refiere al régimen comunicacional, lo que unido a la igualdad de los padres para ejercer el cuidado personal de sus hijos y, en especial, el bienestar del niño, el que de acuerdo a los hechos establecidos en el fallo y señalados precedentemente, se transforma en precario y desconectado de los hechos del proceso, puesto que acoger la demanda, significa que el niño sería desarraigado del hogar en el que ha permanecido por dos años a la fecha, donde se ha desarrollado, -como indica el fallo impugnado-, tanto intelectual como emocionalmente de manera sana y feliz; desconocer su deseo, manifestado en la audiencia reservada e informes periciales, de permanecer junto a su padre y que el régimen comunicacional con su madre se ha mantenido, sólo que ahora de forma distinta, sin que se haya evidenciado con ello, -según los hechos de la causa-, afectación alguna para él con esta nueva modalidad, lo que se destaca porque no se debe perder de vista que es el niño a quien el Derecho de Familia, en estos juicios, pretende proteger.8° Que, en consecuencia, el referido fundamento no se condice con los elementos del proceso y tampoco, como ya se expresó, los jueces de la instancia entregaron los motivos que los indujeron a llegar a dichas conclusiones sobre la base de los supuestos fácticos antes reseñados, los que si bien y, como ya se dijo tienen la facultad discrecional de ponderar la prueba y establecer los hechos de la causa, en esa tarea y, con mayor razón en un proceso donde el sistema de ponderación de la prueba es el de la sana crítica, debe ser cumplida con mayor rigurosidad, lo que se traduce en que

dichas conclusiones deben contener los fundamentos fácticos y derecho que la integran, por medio de los cuales permita al destinatario de las mismas comprender -no necesariamente compartir-, las razones por las cuales se encuadró las normas de la manera que se decidió. Requisito que se erige, entonces, como un derecho no sólo legal sino que fundamental de todo individuo de tener un proceso racional y justo, en la medida que conoce las razones por las cuales se adquiere la convicción de establecer un hecho de la causa y, principalmente, de la decisión que se adopta en la resolución de la controversia, elementos todos que no se encuentran en el fallo impugnado, por lo que así planteado, permite acoger el libelo recursivo.

9° Que, en cuanto al fondo, cabe agregar, que el interés superior del niño, como principio fundamental e inspirador de nuestro ordenamiento jurídico, de relevancia transversal en la legislación de familia, cuyo contenido se concreta en el caso específico, y el mismo, como lo ha señalado reiteradamente esta Corte, alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, buscando a través del mismo, asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de aquéllos y posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad. En la especie, el referido interés se relaciona con dos aspectos, por un lado, con el permitir que xxxxx 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 que se tradujo en que manifestó su voluntad de quedarse con su padre.

10° Que por consiguiente 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 el niño, esto es, que su vida desde febrero de 2013, se ha desarrollado junto a su padre y en agosto de ese mismo año, vive en esta ciudad, por lo que resolver entregar su cuidado personal a su madre, significaría disponer de un cambio sustancial en su vida, que involucra incluso radicarse nuevamente en Puerto Montt, todo lo cual trae consigo necesariamente alteraciones y adaptaciones, que si ya para un adulto son difíciles de sobrellevar,

con mayor razón lo será para un niño, más aún si se tiene presente su resistencia al cambio, tal como lo manifestó en su oportunidad, elementos que no son 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 y que en el niño se encuentra en excelentes condiciones emocionales y materiales con su padre.

11° Que lo expuesto se encuadra dentro de la hipótesis que al efecto contempla el artículo 225 del Código Civil en cuanto a que: "...a falta de acuerdo entre los padres sobre el cuidado personal de los hijos,... 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...", de manera que al haber resuelto los jueces del grado, acoger

la demanda -en el primer grado- y confirmar dicha decisión -en segunda instancia-, sobre la base de una falta grave del progenitor, en los términos antes expuestos, 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 y su interés superior, de la manera que se expuso precedentemente.

12° Que sin perjuicio de lo expuesto, en el acta de mediación entre don xxxxx y doña xxxxx se dejó constancia del acuerdo respecto del cuidado personal del niño que correspondería al padre. En la misma acta se conviene respecto de la relación directa y regular de la madre respecto de su hijo en los siguientes términos: "Cualquiera que sea el régimen fijado, éste siempre tendrá en cuenta el interés superior del hijo. Todo cambio, imprevisto o situación especial que las partes quisieron hacer en relación con este sistema de visitas deberá ser comunicado oportunamente al otro padre o madre. En especial, se consideraran los casos de fuerza mayor por, viajes razones de trabajo de los padres y a contingencias de salida de los padres o del hijo que impidan realizar las acciones señaladas en este

acuerdo".

Los informes profesionales emanados en este proceso poseen favorablemente a ambos padres para desarrollar el cuidado personal del hijo en común, destacándoles en su relación individual con el niño, no así en las vinculaciones entre ambos progenitores.

Sin embargo, producto del cambio de domicilio del padre, llevan a los jueces de la instancia a privarle del cuidado personal de su hijo, expresando como fundamento que se le revinculará con su familia extensa, paterna y materna.

13° Que de todo lo anterior se advierte que el fundamento no resulta sustentado en aspectos determinantes como queda expresado con anterioridad en este voto particular.

14° Que, sin perjuicio de lo anterior, procede destacar que la corresponsabilidad de los padres en la educación y formación de los hijos importa un vínculo de cada progenitor y en conjunto, ambos, con su hijo, situación que no es posible resolver por los jueces de la instancia sustentado en una sanción al padre, competencia que no le está asignada a los magistrados quienes deben tener siempre presente el interés superior del niño, no otros aspectos secundarios o consideraciones emocionales personales.

15° Que es por lo razonado que el recurso debió ser acogido, puesto que no solamente se dejaron de aplicar las normas legales en referencia, sino que se contrarió el principio que constituye la base en la regulación de la relación entre los padres con sus hijos, a lo cual se une la falta de antecedentes en que se sustentó la decisión, como también se dejó de atender el mérito del proceso, al sancionar al padre y no atender al interés superior del niño.

Regístrese y devuélvase. Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos y el voto de sus autores. Rol No 23.113-14

Pronunciado por la Segunda Sala de Febrero integrada por los Ministros Sres.

Sergio Muñoz G., Haroldo Brito C., Ricardo Blanco H., Carlos Cerda F. y el abogado integrante Sr. Jorge Lagos G. No firma el Ministro Sr. Brito, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a catorce de julio de dos mil quince, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

4. Sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, con fecha 9 de Octubre de 2015, Derechos a la salud del niño, ROL 6735-15.

Concepción, 9 de octubre de 2015.

VISTO Y TENIENDO PRESENTE:

1) A fojas 21 y siguientes comparece José Antonio Santander Gidí, abogado, en representación de Clínica Bio Bio S.A., ambos domiciliados en Avenida Jorge Alessandri N° 3515, Talcahuano, deduciendo recurso de protección a favor de la paciente I.S.B., nacida el 19 de septiembre de 2015, en atención a los argumentos que expone:

1.1) Señala que I.S.B., es paciente de su representada y que se encuentra internada en la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatal de Clínica Bío Bío, pues el 21 de septiembre del 2015 se le detectaron problemas cardíacos, como se consigna en la ficha respectiva, donde consta que a las 14:00 y 18:00 horas de ese día la lactante presentó sangramiento y a partir de las 19:50 horas presentó mayor apremio respiratorio. Agrega que siendo las 04:00 horas del 22 de septiembre, la recién nacida volvió a presentar en forma espontánea sangrado y se mantiene grave, conectada a ventilador mecánico, presentando anemia en rango de transfusión.

1.2) Que esta situación fue informada a los padres de I.S.B. y se les planteó la necesidad de transfusión de glóbulos rojos, explicándoles los riesgos y

probabilidades de fallecimiento frente a un nuevo episodio. Sin embargo, ellos manifestaron que por ser de la confesión "Testigos de Jehová", no aceptaban bajo ninguna circunstancia una transfusión sanguínea para su hija I.S.B., insistiendo en que se respetara su decisión; que a las 12:30 horas del mismo 22 de septiembre recién pasado, nuevamente se informó a los padres de la criatura sobre los riesgos y complicaciones de no efectuar una transfusión, pese a lo cual ellos insistieron en su negativa.

1.3) El recurrente estima que la negativa de los padres de la menor I.S.B., es arbitraria, ilegal y atenta contra la integridad física y eventualmente contra la vida de la lactante, cuyos derechos se encuentran reconocidos en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política del Estado, en razón de ello que, citando diversa jurisprudencia de los tribunales superiores de país y doctrina de algunos autores, solicita que se tenga por interpuesto el presente recurso y se dispongan las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho quebrantado y asegurar la debida protección de la paciente Smith Bustos, en particular, disponiendo el uso de transfusión de sangre o hemoderivados si ello fuese necesario.

2) A fojas 36 informa el recurso Paul Alejandro Smith Rodríguez, por la parte recurrida, quien se opone a la acción de protección mediante los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

2.1) Que su hija I.S.B. nació en la Clínica Bío Bío a las 22:30 horas del 19 de septiembre de 2015, a las 33 semanas de gestación, presentando los problemas médicos señalados en el recurso a contar de las 14:00 horas del día 21 de septiembre siguiente.

2.2) Que tanto él como su cónyuge han mostrado constante preocupación por la salud de su hija y en ningún caso han tenido una actitud pasiva o de obstaculización, por el contrario, se contactaron con dos miembros del Comité de Enlace con Hospitales, órgano encargado de fomentar la cooperación entre el hospital y el paciente, quienes lograron conversar con la doctora de turno la que

señaló entender la postura de los padres en cuanto a preferir tratamientos alternativos a la transfusión, sin embargo, les dijo que ante un nuevo evento hemorrágico se realizaría la transfusión sanguínea a la recién nacida. Señala asimismo, que ellos (los padres) se comunicaron telefónicamente con el doctor Manuel Becerra Tamarín, médico del departamento de neonatología de la Clínica Dávila de Santiago, autor del artículo "Es Posible Evitar las Transfusiones de Sangre en la Anemia del Prematuro", quien indicó ciertas pautas a seguir, por lo que en la tarde de ese 22 de septiembre, ante la solicitud e insistencia de ellos se comenzó a suministrarle a la recién nacida un tratamiento alternativo consistente en eritropoyetina, fármaco que acelera la producción de glóbulos rojos, ayudando a la paciente a producir más sangre, con lo que se estabilizó finalmente el estado de salud de Isabella, estado que perduró hasta la presentación de este recurso. Dice que no obstante ello, el equipo médico nuevamente hizo mención de la necesidad de realizar una transfusión sanguínea de la recién nacida, reiterando ellos (los padres) su postura de preferir tratamientos alternativos por considerarlos de calidad superior y de menor riesgo. Agrega que también se le suministró hierro a la paciente.

2.3) Que hasta el 28 de septiembre pasado su hija se encontraba estable, sin presentar nuevas hemorragias y sin haber recibido transfusión sanguínea alguna, pese a la autorización otorgada por la Corte a propósito de la orden de no innovar solicitada por la clínica recurrente.

2.4) Que los médicos de la clínica recurrente continúan suministrando a la menor el tratamiento alternativo consistente en eritropoyetina y hierro, lo que a su entender demuestra que el tratamiento sugerido por ellos y por el médico de la clínica Dávila son adecuados para tratar el cuadro que afecta a la pequeña I.S.B.

2.5) Citando diversos recursos y medidas de protección, el recurrido afirma que la acción deducida por la clínica Bío Bío carece de actualidad, ya que la supuesta amenaza a la vida de la menor no es tal, por encontrarse ella estable. Siendo así, la infracción o amenaza en que se funda el recurso se presenta como una reacción prematura a situaciones hipotéticas, escenario rechazado por la Excma.

Corte Suprema en cuanto define el recurso de protección como una acción jurídica de real eficacia. Por lo demás, la jurisprudencia nacional desestima esta acción cautelar en los caso de existir un simple precedente aislado de amenaza o vulneración de derechos.

2.6) Sostiene que en su actuar no hay acto ilegal o arbitrario, no bastando para ello su creencia religiosa como Testigos de Jehová. Por el contrario, fueron ellos los que plantearon un tratamiento concreto y medicamente viable que está dando resultados positivos, lo que es totalmente ajeno al intento de la clínica recurrente de equiparar la negativa a la transfusión de sangre a una práctica eutanásica, de cooperación al suicidio o de aceleración artificial de la muerte.

2.7) Refiriéndose al interés superior del niño, cita la ley 20.68 , conocida como "Ley amor de padre" que consagró dicho principio, introduciendo en el Código Civil el nuevo artículo 225-2, que define el régimen adecuado de cuidado personal del niño, de donde se concluye que el entorno actual del menor es el mejor criterio objetivo para determinar la aptitud de los progenitores, tanto para proporcionar el amor y los cuidados necesarios, como para sobreponer el interés del menor por encima de los personales de los padres. Agrega que en los casos de complejidad médica en que este interés superior puede verse afectado, el parámetro empleado lo constituyen la salud física y la atención médica habitualmente recibida por el niño, situación que fue respetada en un caso que cita, donde la determinación del Tribunal fue no modificar el rol de garantes de los padres del hijo enfermo, privilegiando el entorno positivo y los recursos protectores que los padres proporcionaban al niño.2.8) A continuación, el informante describe las circunstancias personales, familiares, sociales y laborales de los padres de la lactante y concluye que ellos han contribuido y contribuirán de manera activa tanto a la salud física y emocional como al bienestar afectivo y material de todos sus hijos, por lo que es indudable su disposición a velar por el mejor interés de la menor.

2.9) En otro capítulo el informante sostiene que la religión de los padres no debe distorsionar el análisis de esta Corte, por lo que se debe evitar la ecuación

"Testigo de jehová es igual a decisión irracional", por lo que estiman inaceptable que las creencias religiosas de los recurridos sirvan de justificación legítima para cuestionar mecánicamente su capacidad de pensamiento racional e invalidar su decisión informada respecto del mejor tratamiento médico para su hija.

2.10) Insiste en que el descarte de alternativas médicas viables atenta contra el interés superior del niño y constituye un actuar arbitrario e ilegal, porque según los artículos 14 y 18 de la ley 20.584, los pacientes tienen el derecho a decidir su tratamiento médico de manera informada y solicitar el alta voluntaria en caso de expresar su voluntad de no ser tratado o querer interrumpir su tratamiento. Por su parte, el artículo 17 de la misma ley confiere al profesional médico tratante, cuya opinión difiere de la señalada por el paciente o su representante, el derecho a no continuar como responsable de ese tratamiento, siempre que se asegure que dicha responsabilidad será asumida por otro profesional de la salud técnicamente idóneo; en armonía con esta última norma el informante señala los nombres de dos médicos que ejercen en la Clínica Dávila de la ciudad de Santiago, los cuales están capacitados para suministrar a la menor el tratamiento alternativo a la transfusión sanguínea.

2.11) Citando diversos estudios y artículos médicos y jurídicos afirma que en la comunidad científica médica no hay consenso sobre el éxito de las transfusiones de sangre, terapia médica que no es 100% efectiva y cuya aplicación conlleva riesgos al paciente transfundido, resaltando la probada eficacia en menores de tratamientos como el aplicado a su hija.

2.12) Como la recurrida estima que no existe acto u omisión arbitraria e ilegal, en atención a que el recurso carece de razonabilidad y dado que no existe consenso en la comunidad médica-científica sobre el éxito de las transfusiones de sangre, solicita que se rechace, en todas sus partes, la presente acción de protección intentada en autos.

3) A fojas 59, se hizo parte y ratificó en el informe de fojas 36 y siguientes la madre de la menor, Priscila Stefanía Bustos Zambrano.

4) A fojas 62 rola certificado extendido el 30 de septiembre de 2015 por la doctora Paulina Bello Riquelme, Pediatra-Neonatóloga, Médico Jefe de Neonatología de la Clínica Bío Bío, donde informa lo siguiente: "La recién nacida I.S.B., tiene actualmente 11 días de vida, prematura de 33 semanas que pesó 1.705 gramos. Evoluciona con Distress respiratorio por Membrana Hialina que requiere conexión a CPAP y luego ventilación mecánica convencional y uso de surfactante. Se complica con hemorragia pulmonar y consecuencia de ello se anemiza a un valor de rango transfusional. Su condición se hace más compleja ya que se diagnostica cardiopatía congénita que dificulta más aún su oxigenación. Logra salir el día de ayer a un modo ventilatorio más gentil, pero mantiene una anemia severa por su condición de prematuridad y cardiópata; en valores actuales con un hematocrito de 23 y hemoglobina de 8. a y Ao la, qui ; 63 se trajeron los autos en relación y durante la vista de la causa el abogado de los recurridos .

Conociendo la creencia religiosa de los padres y como profesionales de medicina neonatal respetuoso de toda creencia religiosa, hemos decidido retrasar la transfusión sanguínea pese a que la indicación de ella existe desde hace varios días, la cual se efectuaría si la condición de la menor se deteriora y llegue a un estado crítico en que el riesgo vital o secuelar sea inminente; con el fin de resguardar la vida de nuestra paciente. Se ha mantenido una comunicación fluida con los padres dándole a conocer la condición, complicaciones y terapias instauradas para tratar de revertir la anemia y respetar su deseo de no transfundir, como así mismo si es imperiosa la transfusión esta se debería realizar por condición y decisión médica." (SIC)

5) A fojas 63 se trajeron los autos en relación y durante la vista de la causa, el abogado de los padres de I.S.B., señaló a la sala que al día 8 de octubre en curso que la menor ha mejorado de su cardiopatía, que se encuentra fuera de la incubadora, sin ventilación mecánica, y su madre la está amamantando.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

6) Que para que proceda el recurso de protección se requiere que efectivamente

se hayan realizado actos o incurrido en omisiones, con carácter de arbitrarios o contrarios a la ley, que realmente priven, perturben o amenacen el debido ejercicio de un derecho del afectado que se encuentre garantizado y amparado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

Es claro entonces que la norma constitucional ampara el legítimo ejercicio de ciertos derechos y garantías cuando son amagados por actos de terceros.

7) Que, el presente recurso de protección, fue interpuesto por Clínica Bio Bio S.A., a fin de resguardar el derecho a la vida de la paciente lactante I.S.B., ante la negativa de sus padres de que le efectuaran transfusiones a raíz de la patología que la afecta y que se describe en la ficha clínica neonatal rolante de fojas 1 a 15 del expediente y en el certificado que rola a fojas 62 de autos. Según expresa la recurrente, se requiere de dicha terapia para preservar y, eventualmente, salvar la vida de la criatura.8) Sin embargo, ante la negativa de los padres de la menor de recurrir al procedimiento de transfusión de sangre, los médicos de la clínica recurrente suministraron a la niña un tratamiento alternativo consistente en -según lo sostenido por el informante- la aplicación de los medicamentos eritropoyetina y hierro, terapia que, de acuerdo a lo aseverado en estrados por el abogado de los recurridos, ha tenido efectos positivos ya que la paciente se encontraba estable al día de la vista de la causa, sin presentar nuevas hemorragias, sin haber recibido transfusión sanguínea alguna, mejorando de su cardiopatía, fuera de la incubadora, sin ventilación mecánica y además, su madre la estaba amamantando.

Lo anterior, según lo entiende la parte recurrida, demuestra que el tratamiento sugerido por el médico de la Clínica Dávila de Santiago, doctor Manuel Becerra Tamarín y que fuera propuesto por los recurridos a la Clínica Bío Bío, ha sido el adecuado para tratar la patología que afecta a la pequeña I.S.B.

9) Que, el mandato constitucional de asegurar la vida y la integridad física y psíquica de las personas, establecido en el artículo 19 N° 1 de la carta fundamental es de carácter absoluto, por ello no puede ser limitado ni aún con la

voluntad o anuencia de aquellas personas a quienes está destinada la acción cautelar por la conculcación de ese derecho fundamental. Con mayor razón el mandato aludido es más imperativo si el sujeto de protección es una persona que aún no cumple un mes de vida y que por esa condición, sólo puede manifestar su voluntad a través de los actos de sus representantes legales, en este caso los padres recurridos.

10) Ciertamente que esta representación legal que los padres tienen respecto de su hija lactante en riesgo vital, por sufrir la patología descrita por la médico tratante como Distress respiratorio por membrana hialina que requiere conexión a CPAP, ventilación mecánica convencional y uso de surfactante y que se complica por una hemorragia pulmonar que genera un cuadro de anemia aguda que alcanza rangos de transfusión sanguínea, no les permite optar por una terapia que permita la recuperación de la menor y excluir otra por las razones que sea. Ellos deben someterse a todas las prescripciones, tratamientos y acciones médicas que los facultativos a cargo de la atención de la criatura consideren que son necesarios para salvaguardar la vida de su hija. No hacerlo, oponerse a ello, o simplemente excluir un tipo de tratamiento es atentar contra el interés superior del niño.

11) Conviene recordar que la Convención de Derechos del Niño, dispone en su artículo 3º, número 2, que "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".

En el mismo sentido el artículo 24 N°1 de la misma Convención, expresa que "los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a los servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud." En el N°2 de este mismo artículo señala que se "adoptarán medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; ..."; c)"Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud..."

12) *Por otra parte, y en lo que dice relación con el citado interés superior del niño, el profesor Miguel Cillero Bruñol señala que dicho principio está reconocido por Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y en otros instrumentos internacionales e internos relativos a materias de infancia. Al explicar el contenido de dicho principio, el profesor Cillero señala que "es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo interés superior pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo declarado derecho; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser interés superior... Desde la vigencia de la Convención, en cambio, el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable -realizado por una autoridad progresista o benevolente- y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad. En este sentido debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia.... La función del interés superior del niño en este contexto es iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas. La Convención....formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no constituye soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente. El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño, considerando además los principios de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y de*

participación en todos los asuntos que le afecten (artículos 5° y 12 de la Convención)...." .

13) En síntesis, se puede comprender dicho principio como el conjunto de instituciones, reglas y disposiciones que tienen por finalidad la satisfacción integral de los derechos de todo niño o niña. Además constituye garantía para todo niño o niña, ya que por la aplicación del principio cualquier decisión que sea adoptada por la autoridad e instituciones públicas y privadas, también por los padres, representantes, guardadores y responsables de ellos y que les concierna, debe considerar el estricto respeto de sus derechos e intereses, por sobre cualquier otra disposición, credo o confesión.

14) Al ser el interés superior del niño un principio de aplicación absoluta que impide perturbar, afectar, restringir, limitar el pleno goce de los derechos y garantías que la Constitución y la ley reconocen a todas las personas, no se pueden invocar en su desmedro las normas contenidas en la ley 20.680, en cuanto se refieren al adecuado régimen de cuidado personal que debe haber entre padres e hijos; tampoco lo pueden afectar las normas contenidas en la ley 20.584, que regulan la relación médico-paciente, cuando por la aplicación de esas disposiciones, se pone en riesgo la vida y la integridad física y psíquica del niño o niña. De igual modo, ninguna religión, credo, confesión, situación socioeconómica, régimen educacional, etc., puede pretender someter ese interés superior al régimen de sus estatutos, situaciones o circunstancias internas. 15) Si por mandato expreso del artículo 5° inciso 2° de la carta fundamental, los poderes y órganos del Estado tienen el deber de respetar, promover y proteger los derechos esenciales de la persona humana, con mayor razón se les impone la obligación de cumplir con ese mandato, cuando ese deber de respeto y promoción se refiere a un niño o niña.

16) Que, a mayor abundamiento, sobre el alcance de la garantía constitucional del artículo 19 N° 1 de la Constitución Política que invoca el recurrente, en los artículos 1° , 4° y 5° del texto superior se configuran un conjunto de principios y valores básicos que tienen fuerza obligatoria y que impregnan al estatuto

constitucional de toda una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asigna a la persona en sus diversas disposiciones, estableciendo como prioritarios el respeto y promoción de su vida, su integridad, su dignidad y su libertad natural.

En esas circunstancias, la recurrente Clínica Bío Bío, no ha hecho más que cumplir con el deber de respetar, promover y proteger los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, en atención a la principal obligación que le pesa como institución dedicada a mejorar la salud de sus pacientes.

17) En este orden de cosas la interpretación de las normas constitucionales que hacen los recurridos resulta contradictoria con los aludidos principios y valores rectores de la Carta Fundamental. Lo anterior nos lleva a inferir que, frente a las posibles interpretaciones sobre el alcance de la protección constitucional de un derecho fundamental como el que se invoca en la presente acción, se debe desechar cualquiera que admita poner en riesgo la vida de la paciente.

18) Que si bien según los dichos del abogado del recurrido en estrados, la paciente ha evolucionado positivamente en su salud con el tratamiento otorgado, ello no implica, y no se puede desconocer, por la gravedad de la patología que afecta a la lactante, que se originen riesgos posteriores y urgentes que hagan necesario un tratamiento con transfusión, lo que es otro antecedente para acoger el presente recurso, en la forma que se expresará en lo resolutivo.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales , se declara que SE ACOGE, sin costas, la acción de protección deducida en lo principal de fojas 21 de estos antecedentes y se ordena a la recurrente Clínica Bío Bío S.A., domiciliada en Avenida Jorge Alessandri N° 3515, Talcahuano, y en su caso, adoptar y aplicar todas las medidas terapéuticas y tratamientos médicos que sean necesarios para proteger y salvaguardar la vida y la integridad física y psíquica de la paciente I.S.B., nacida el 19 de septiembre de 2015, hija de los recurridos Paul Alejandro Smith Rodríguez, cédula de identidad

N° 13.954.674-1 y Priscila Estefanía Bustos Zambrano, cédula de identidad N° 15.183.808-1.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad. Redacción del Ministro Suplente señor Waldemar Koch Salazar.

No firma el Abogado Integrante señor Pedro Hidalgo Sarzosa, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por encontrarse ausente.

Rol 6735-2015. Recurso de Protección.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, integrada por los Ministros señor Jaime Solís Pino, Suplente señor Waldemar Koch Salazar y el Abogado Integrante señor Pedro Hidalgo Sarzosa. No firma el Abogado Integrante señor Pedro Hidalgo Sarzosa, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por encontrarse ausente.

Gonzalo Díaz González Secretario En Concepción, a nueve de octubre de dos mil quince, notifiqué por el Estado Diario la resolución precedente.

Gonzalo Díaz González Secretario ⁵⁵

⁵⁵ De las resoluciones precedentes, dictadas por nuestros máximos Tribunales de Justicia, es importante concluir que la posición que han dirigido sus decisiones han sido en torno a la nueva normativa legal, dando a entender que la nueva ley es una normativa suficiente para velar por el cuidado del niño en situación de separación de los padres, y que con ello también se debe valorar la situación del padre que se encuentra en mejores condiciones para cuidarlo, todo con el objetivo de cumplir con el principio consagrado internacionalmente como es “*el interés superior del niño*”. Así, un criterio para analizar la situación del padre o madre considerada apta para cuidarlo, es según lo establecido por el artículo 225-2 del Código Civil, el cual fue aportado por la normativa actual, y en la que se explicó anteriormente, establece las circunstancias que debe ponderar el juez al momento de asignar el cuidado personal a uno de los padres.

CONCLUSIONES

De la presente memoria podemos concluir que el sistema que regulaba el cuidado de los hijos a los padres antes de la reforma, era un sistema que favorecía fuertemente a la madre, independiente de que si su situación emocional-afectiva o laboral era suficiente para determinar si era capaz de su desarrollo y educación. Ante esto, es que la doctrina y grupos activistas consideraban que la normativa era injusta y anticonstitucional por vulnerar la igualdad ante la ley, además, dejaba al padre, que tenía una mejor situación que la madre, desprovisto de la posibilidad de cuidar al hijo bajo mejores condiciones por el hecho de que el amparo de la ley creaba una disposición que no favorecía sus fines. Por ello, es que se hizo necesaria una nueva regulación a la situación que afectaba al artículo 225 del Código Civil Chileno, donde el actual sistema otorga el cuidado personal de forma exclusiva a uno de los padres, de acuerdo a los principios del interés superior del niño e igualdad ante la ley, asignando atribuciones especiales para el juez que será el responsable de conceder dicha situación velando por las mejores condiciones según lo dispone el artículo 225-2 del Código Civil Chileno.

Así, es que apartándose de la legislación comparada, donde se seguía en su mayoría un sistema de cuidado conjunto, la Reforma Ley N°20.680 vela por el mejor interés del niño, y que como se ha dilucidado por medio de jurisprudencia de nuestros máximos tribunales de justicia, la posición ha sido siempre en torno a favorecer el crecimiento del niño y su desarrollo. Por ejemplo, la madre ha dejado de tener el rol principal en cuanto al cuidado de los hijos, si no que bajo el amparo de esta nueva normativa se vela porque ellos tengan el cuidado de aquel progenitor que le dé las mejores condiciones, tanto afectivas como económicas. Sin embargo, siempre se vela porque el padre o madre que no tenga la tuición del hijo y que cumpla con ciertos estándares impuestos por la ley y además por la sociedad, tenga la posibilidad de tener una relación directa y regular adecuada en la que pueda también influir en su crecimiento, pues como se ha visto, es primordial que pueda crecer con la crianza de ambos padres, ya que lo que

ampara esta ley es el desarrollo y sano desenvolvimiento emocional del niño por sobre todas las cosas.

Por tanto, se puede concluir que existe un gran avance respecto a esta materia y que de ahora en adelante se puede tener la certeza que la ley ampara que el niño tenga las condiciones adecuadas para desarrollarse, dejando dicho criterio en manos de la ley y de los Tribunales de Justicia, que aunque dicha reforma sea reciente, de igual forma se puede sintetizar que el mensaje es claro y que se debe velar por que el niño tenga la prioridad en caso de que los padres no encuentren la solución para convivir en pareja, y que por lo tanto sea necesaria una regulación en cuanto a los intereses que les conciernen, siendo lo más compatibles tanto para a los progenitores como para sus descendientes.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El principio de interés superior del niño y la corte interamericana de derechos humanos. Centro de estudios constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Chile, 6(1): 223- 247, 2008.

ALONSO PEREZ, Mariano. La situación jurídica del menor en la ley orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código civil y de la ley de enjuiciamiento civil: luces y sombras. Actualidad Civil, (2):6-12, Enero de 1997.

BAEZA CONCHA, Gloria. El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia. Revista chilena de derecho, 28(2): 355-362, 2001.

BARCIA LEHMAN, Rodrigo. Hacia un sistema de filiación que consagre facultades y derechos específicos para el padre no custodio. Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, XXVI (2):28- 29, Diciembre de 2013.

BARCIA LEHMAN, Rodrigo. El principio del ejercicio progresivo de los derechos del menor y su influencia sobre la capacidad civil. [Fecha consulta: 12 de febrero de 2014]. Disponible en:

http://www.infancia.otalca.cl/documentos/abstract/ponencia_Barcia.pdf

BARROS BOURIE, Enrique. Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación. El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno. Santiago de Chile: Universidad de Chile, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1999.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. boletín 5917-18 de 23 de mayo de 2011, contenido en proyecto de ley 20.680 que 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. [Fecha de consulta: 13 de noviembre de 2013].
Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadela-ley/historia-de-la-ley/vista-expandida/4280/>

BUSTOS, Andrea. Chile y los derechos del niño. Biblioteca del Congreso Nacional.
[Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2013] Disponible en: <http://www.bcn.cl/de-que-se-habla/chile-derechos-del-nino>

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCION. Sentencia Rol 6735-15. Clínica Bio Bio S.A. C/ Bustos Zambrano, Priscilla y otro. 4ª sala. 2015.

CORTE SUPREMA. Sentencia Rol 23113-14. Silva c/ Bocaz. 2ª sala. 2014.

CORTE SUPREMA. Sentencia Rol 8759-15. Milton c/ Intendencia Regional de Tarapacá. 2ª Sala. 2015.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA; Sentencia T-587/98. [Fecha de consulta: 26 de marzo de 2014]. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-587-98.htm>

DEL VAS GONZALEZ, Juan María. Rotura della familia e interesse dei figli en el Derecho Civil Italiano. Revista Critica de Derecho Inmobiliario, Universidad Católica San Antonio de Murcia, España, (717): 212, 2010.

GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. El sistema filiativo chileno (filiación biológica, por técnicas de reproducción asistida y por adopción). Chile: Jurídica de Chile, 2007. 41 p.

LINACERO DE LA FUENTE, María. Protección jurídica del menor. Comentario a la ley 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor. Madrid: Montecorvo, 2001. 32 p.

NOVARUMADCA. Boletín N°13-2013. TC afirmo la constitucionalidad de la regla de la atribución preferente a la madre en el cuidado personal de los hijos mientras en paralelo se promulgaba ley amor de papa.[fecha de consulta: 25 Noviembre de 2015]
Disponible en: <http://www.novarumadca.cl/tc-afirmo-la-constitucionalidad-de-la-regla->

[de-atribucion-preferente-a-la-madre-en-el-cuidado-personal-de-los-hijos-mientras-en-paralelo-se-promulgaba-la-ley-amor-de-papa/](#)

RODRIGUEZ PINTO, María Sara. El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia. *Revista Chilena de Derecho*, 36(3):545-586, 2009.

RIVERO, Francisco. Vlex España. Determinación efectiva del interés del menor, in concreto. [Fecha de consulta: 14 de junio de 2014]. Disponible en: <http://vlex.com/vid/determinacion-efectiva-menor-concreto-389188>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia n° Rol 2306 de Tribunal Constitucional, 30 de Mayo de 2013. [Fecha de consulta: 21 de marzo de 2014]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2593>

VLEX ESPAÑA. Ley orgánica de protección jurídica del menor (ley orgánica 1/1996, de 15 de enero). [Fecha de consulta: 11 de marzo de 2014] Disponible en: <http://vlex.com/vid/juridica-menor-enjuiciamiento-15386623>

JURISPRUDENCIA

- Código Civil de la República de Chile.
- Código Civil Italiano de 1942 (*Códice Civile*).
- Constitución Política del Estado de Chile.
- Código Civil Francés (*Code*)
- Código Civil Español
- Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño
- Ley de Tribunales de Familia (Ley N° 19.968/2004)
- Ley de Matrimonio Civil (Ley N°19.947/2004).