

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE FAMILIA

ACTAS DEL IV CONGRESO
DE DERECHO DE FAMILIA DE LA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHILE

Nicolás Ibáñez Meza
(Coordinador y editor)

Natalia Ocampo Naveas
(Editora)



LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE FAMILIA

**ACTAS DEL IV CONGRESO
DE DERECHO DE FAMILIA DE LA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHILE**

Nicolás Ibáñez Meza
(Coordinador y editor)

Natalia Ocampo Naveas
(Editora)

2022

Los principios del derecho de familia

Actas del IV Congreso de derecho de familia de la Universidad Autónoma de Chile

Nicolás Ibáñez Meza y Natalia Ocampo Naveas

Primera edición: diciembre, 2022

Santiago, Chile

Ediciones Universidad Autónoma de Chile

<https://ediciones.uaautonoma.cl>

© Universidad Autónoma de Chile

Avenida Pedro de Valdivia 425, Providencia

Santiago, Chile

Corrección de textos

Constanza Cariola

Diseño y diagramación

Pedro Díaz Muñoz

ISBN: 978-956-6201-23-6



Este material puede ser copiado y redistribuido por cualquier medio o formato, además se puede remezclar, transformar y crear a partir del material siempre y cuando se reconozca adecuadamente la autoría y las contribuciones se difundan bajo la misma licencia del material original.



MÁS UNIVERSIDAD

EDICIONES
Universidad Autónoma de Chile

ÍNDICE

PREFACIO Nicolás Ibáñez Meza	8
CAPÍTULO I.	
EL INTERÉS SUPERIOR Y DERECHOS DEL NIÑO LA PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO FACILITA LA CONSTRUCCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Andrea Navarro Marañón	9
LÍMITES DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO PREMISA SUPRALEGAL EN CASO DE ADOPCIÓN Nicolás Ibáñez Meza	27
EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN COMO UN ELEMENTO CLAVE PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LA NIÑEZ MIGRANTE: REVISIÓN DEL CASO CHILENO Glorimar León Silva	49
CAPÍTULO II.	
CONFLICTOS FAMILIARES Y CUESTIONES ASOCIADAS A LOS PROGENITORES PROYECCIONES DEL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES. EXPERIENCIAS Y LECCIONES A PARTIR DE LA PANDEMIA DE COVID-19 Patricio Cury Pastene	67
RESPONSABILIDAD PARENTAL: EN BUSCA DE UNA CONCEPTUALIZACIÓN ADECUADA PARA COMPRENDER LAS RELACIONES PARENTO-FILIALES DESDE UN ENFOQUE DE DERECHOS Daniela Arce Ramírez y Jorge Sepúlveda Varela	79
LA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR: EL CASO DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE EN LA VENTANA Leyla Escobar Zarzar y Karla Medina Sánchez	99
RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR. ¿CAMBIÓ EL PARADIGMA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EN ORDEN A INCORPORAR EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD AL MOMENTO DE FIJAR UNA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR DEL PADRE NO CUSTODIO CON SUS HIJOS, CON LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N° 20.680? Fernanda Carrillo Suárez y Matías Soto Cid	125

PREFACIO

Parte de los estudios y experiencias expuestos en la IV versión del Congreso de Derecho de Familia organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile —realizado entre los días jueves 9 y viernes 10 de diciembre de 2021, con la participación de más de una decena de profesores y profesoras nacionales y extranjeros— forma parte de esta obra.

Tras cuatro versiones, por primera vez las ponencias de los académicos participantes logran ser publicadas, fruto del esfuerzo y el apoyo de la Facultad a través de los años para sacar adelante y mantener su realización incluso en épocas de grave conmoción nacional o de crisis sanitaria. Quiero agradecer, en primer término, a la Universidad Autónoma de Chile y a su Facultad de Derecho, representadas tanto por nuestro exdecano, Dr. Sebastián Bozzo Hauri, como por nuestro actual decano, Dr. Rodrigo Barcia Lehmann. Además, y muy especialmente, deseo agradecer a la directora de carrera de Derecho de la sede Santiago, la Dra. Ingrid Díaz Tolosa, por su respaldo, interés y apoyo en esta iniciativa desde sus inicios.

Del mismo modo, debo señalar también que esta obra es fruto de la colaboración con dos importantes organizaciones de la sociedad civil, relacionadas con el derecho de familia. En primer término, quiero reconocer y agradecer a la Asociación de Abogadas y Abogados por la Niñez Redan Chile, por la activa participación en este Congreso, tanto como ponentes como organizadores. De igual forma, expreso mis agradecimientos por el trabajo incansable de edición de parte importante de esta obra a la profesora de la Universidad Alberto Hurtado (UAH), Natalia Ocampo Naveas, quien es además la coordinadora de la comisión curricular de Redan.

Por su parte, deseo agradecer la colaboración, apoyo e interés de la Asociación de Abogados de Familia AAF, la cual a través de su directorio y académicos integrantes también fueron parte indispensable del Congreso y de la existencia de esta obra.

Este libro titulado *Los principios del derecho de familia* pretende dar explicaciones modernas e inéditas sobre aspectos atinentes a principios de utilidad en la judicatura y academia del derecho de familia. Se compone de dos capítulos: el primero referido a interés superior del niño y, el segundo, sobre conflictos familiares y cuestiones asociadas a los progenitores.

En la primera parte, se presentan tres trabajos. En primer término, el trabajo de la profesora argentina Andrea Navarro Marañón, titulado “La participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso facilita la construcción del interés superior”,

otorga valiosas explicaciones sobre lo imprescindible que resulta el derecho del niño a ser oído en lo que se determine como “interés superior” en juicio. A continuación, va un artículo de mi autoría, en el que describo los límites del interés superior del niño en los casos de adopción, analizando en particular un caso y dando las explicaciones sobre la aplicación supralegal que el principio podría llegar a tener. Para finalizar, el trabajo de la Dra. Glorimar León Silva da una serie de explicaciones sobre el principio de interés superior, relacionada con el derecho a la identidad cultural de la niñez migrante, explicitándolo al caso chileno.

En la segunda parte, se agrupan los trabajos relativos a cuestiones familiares y vínculos de los niños con sus progenitores. Inicia con el trabajo del profesor Patricio Cury Pastene, en que analiza, a partir de la experiencia vivida por la crisis sanitaria producida por el Covid-19, los desafíos y lecciones del sistema de resolución de conflictos familiares, especialmente en cuanto a salidas autocompositivas de aquellos. Le sigue el trabajo de los profesores Daniela Arce y Jorge Sepúlveda, los que analizando las dimensiones de la responsabilidad parental entregan (lo que me atrevo a calificar) una reinterpretación de las nociones clásicas de las relaciones parento-filiales, y todo ello desde el prisma de derechos.

En la última parte también integrante del capítulo segundo, se analizan dos problemáticas que toman como eje la relación directa y regular del hijo con el padre o madre no custodio. En ese orden, Leyla Escobar y Karla Medina analizan las cuestiones sobre el incumplimiento, desde el punto de vista del niño, definiendo el triste fenómeno del “niño, niña y adolescente en la ventana”. Este trabajo está además enriquecido enormemente por las entrevistas realizadas a jueces en la materia, las cuales también anexan a su artículo. Para finalizar, se expone el trabajo de la profesora Fernanda Carrillo Suárez y Matías Soto Cid, quienes también basados en el régimen comunicacional, intentan analizar si el principio de corresponsabilidad tiene o no impacto en aquel desde el ejercicio de la judicatura.

Con ello, a través de los siete trabajos que conforman esta humilde obra, se pretende aportar insumo a la tan relevante área del derecho de familia, la que si bien reciente, se consolida con el paso de los años como una disciplina autónoma, distinta, de su propio lenguaje y principios, que reconoce al niño y la familia como un eje jurídicamente relevante y de necesaria protección, pero por sobre todo, compuesto por personas libres y dignas, que encuentran en sus grupos familiares el ambiente y escenario propicio para su desarrollo en todos los aspectos de sus vidas. Convencido que fortalecer a la familia es el medio idóneo y básico para la felicidad de la ciudadanía, no se agotarán esfuerzos desde el arista académica en el afán de contribuir a esa felicidad.

Nicolás Ibáñez Meza
Coordinador y editor
Profesor de Derecho de Familia y Derecho Civil
Universidad Autónoma de Chile

CAPÍTULO I

EL INTERÉS SUPERIOR Y DERECHOS DEL NIÑO

LA PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO FACILITA LA CONSTRUCCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

The participation of children and adolescents in the process facilitates the construction of the best interest of the child

Andrea Navarro Marañón¹

RESUMEN

Se sostiene que el interés superior del niño no tiene un único contenido y que se construye en relación con las necesidades que cada niño, niña o adolescente posee. Por esto, es indispensable que ellos participen de esta construcción, que no se limita al derecho a ser oídos, sino que es la intervención activa de estos en un proceso judicial o procedimiento administrativo.

Palabras clave: Participación, interés superior del niño.

1 Andrea Navarro Marañón. Argentina, abogada. Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. anmeqs@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-9547-9397>

ABSTRACT

It is argued that the best interest of the child does not have a single content and that it is constructed in relation to the needs that each child or adolescent has. Therefore, it is essential that they participate in this construction, that is not limited to the right to be heard, but it is their active intervention in the judicial process or administrative procedure.

Keywords: Participation, best interest of the child.

1. Introducción

Se sostiene que el interés superior del niño (ISN) no tiene un único contenido y que se construye en relación con las necesidades que cada niño, niña o adolescente posee. Esta falta de contenido expreso ha generado muchas reacciones adversas. No obstante, considero que ha permitido resolver en consecuencia del devenir de la realidad de cada uno de los niños inmersos en el conflicto o situación traída a su entendimiento, y atendiendo las particularidades de cada caso concreto y de cada niño.

Cuando se dirimen asuntos en los que las partes involucradas son adultos, son ellos quienes aportan las circunstancias del caso, sentadas en su propia percepción de la realidad, que son en definitiva los elementos que servirán para dar por concluido el asunto. Sin embargo, cuando son niños, niñas y adolescentes (NNA) sobre los cuales hay que tomar decisiones, las más de las veces, ellos son receptores de estas, sin siquiera saber qué ha sucedido para llegar a ellas. Nos encontramos, en consecuencia, en muchas oportunidades con un sin número de reacciones adversas por parte los NNA, en tanto lo ordenado no se ajusta a sus intereses y deseos, por lo que quedan atrapados en una vida que no concuerda con su verdadero interés superior. Por ello, afirmo que es indispensable que ellos participen activamente de esta construcción. Así, también afirmo que esta participación no se limita al derecho a ser oído, sino que la intervención ha de ser de forma activa, cuando esta construcción se realiza en un proceso judicial o procedimiento administrativo.

Les asiste a los NNA el derecho a que su voz sea llevada a quienes tendrán el deber de resolver lo que será lo mejor para su interés superior, que debe ser especialmente escuchado por estos. Estos son sus progenitores, sus tutores, sus representantes legales, los jueces y autoridades administrativas que resolverán en consecuencia. Advierto que digo “escuchada” y no solo “oída”, pues en el concepto de cada una de estas acciones radica la diferencia, en tanto el primero implica que el receptor ponga una gran cuota de atención e interés en lo que oye.

También asevero que los NNA, sin distinción de edad o grado de madurez, tienen la facultad de presentarse en todos los juicios y procedimientos administrativos direc-

tamente con asistencia letrada, la que puede ser dada por un abogado del niño o un abogado de confianza.

2. Fundamento teórico-normativo

Para tal enunciación encuentro fundamento teórico en los instrumentos normativos internacionales y nacionales que se encuentran vigentes en Argentina. La Constitución Nacional en el año 1994 incorporó, creando un *corpus iuris*, los tratados de derechos humanos, en el estado de su vigencia, que enumera en el artículo 75, inciso 22,² otorgando jerarquía constitucional. Por ello entiendo que, si bien son instrumentos normativos internacionales, forman parte del ordenamiento jurídico interno.

Leemos en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en el artículo 3, que todas las decisiones en los órganos administrativos y judiciales deben atender al interés superior del niño y que es deber de los Estados signatarios proveer absolutamente todos los recursos necesarios para su garantía. A su vez, el artículo 12 del mismo cuerpo sostiene que los NNA tienen derecho a formarse y expresar su opinión en todo asunto judicial o administrativo en el que se diriman sus intereses y que, como consecuencia de ello, se dará a estos la oportunidad de ser escuchados directamente o por medio de un representante legal o un órgano apropiado, conforme las leyes de cada uno de los Estados.

Argentina, en consecuencia de esta manda, sancionó en el año 2005 la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que sostiene en su segundo artículo que es de aplicación obligatoria la CDN en todo acto, cualquiera sea su naturaleza, respecto de los NNA. A su vez, concordando con este artículo, el artículo 27 fija como obligación de garantía del Estado que los NNA tienen el derecho a ser oídos, a que su opinión sea tenida en cuenta, a —inciso c, d y e— ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia, desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya ; a participar activamente en todo el juicio y a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Sumo a estas la insuperable producción doctrinaria y jurisprudencial de los tribunales que han resuelto las situaciones llevadas a su entendimiento y que han sabido interpretar y aplicar la normativa vigente.

2 En las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios a los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

3. Los instrumentos internacionales

3.1. Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)

El artículo 3 de la CDN establece que uno de los principios rectores en materia de derecho de familia y que debe ser tenido en cuenta al momento de resolver las cuestiones en las que se encuentren involucrados los NNA es el ISN. Este es un principio garantista que se construye con la sumatoria de derechos que la CDN reconoce como indispensables para el desarrollo de los NNA, entre los que encontramos: autonomía y participación, no discriminación, efectividad, protección. Por ello, en cuanto principio, obliga a las autoridades públicas y privadas a tener especial consideración del ISN para el ejercicio de su función, pues los niños son titulares de todos los derechos humanos y en esa medida deben ser respetados. Todas las decisiones que en relación con ellos se tomen, deben tender a proteger y promover sus derechos, evitando como regla conculcarlos.

Por lo dicho, puedo afirmar que el ISN es, en definitiva, la satisfacción de sus derechos, que se construye con la interpretación y tutela armónica de todos los reconocidos expresamente y tácitamente; los escritos y los por escribirse, ya que con la evolución del mundo, los seres humanos adquieren nuevos derechos que no han sido contemplados en los instrumentos internacionales como derechos humanos. A su vez, es el límite que tiene el Estado para resolver cuestiones en los que se encuentren involucrados los NNA.

A lo largo de la historia, el ISN fue construido por quien tenía el poder o autoridad para hacerlo. Esta tarea recaía en los progenitores o sus reemplazantes, los jueces o administradores de los poderes del Estado. Ello se fundaba en la idea de que los NNA eran incapaces, inmersos en situaciones irregulares, a los que debía protegerse y que era función de los adultos suplir estas inhabilidades, en una actitud totalmente paternalista.

La CDN cambió el paradigma; los NNA son sujetos de derecho plenos y ellos construyen o colaboran a construir su propio interés superior. Esta modificación nos trajo el fortalecimiento del derecho a la autonomía, que se tradujo en la posibilidad de ejercer progresivamente por sí aquellas prerrogativas que les son reconocidas. Esto es coherente con el artículo 3 y el artículo 12 de la CDN, que sostienen que todos los NNA tienen el derecho a formarse su opinión y poder expresarla para que sea tenida en cuenta al resolver. Para ello, tienen el derecho a participar en los procesos y procedimientos en los que se resuelva o diriman asuntos que modifican su vida.

Entonces, el ISN amplía su sentido, convirtiéndose en un mecanismo para fortalecer el principio de primacía de los derechos y establecer una guía para el ejercicio de las facultades discrecionales de los jueces y administradores. A su vez, otorga efectividad y exigibilidad a los derechos reconocidos en la CDN, que no podrán tener límite en ninguna calidad o cualidad del sujeto, tales como la edad, la madurez o la plena capacidad.

3.2. Observación General N° 12

En el análisis interpretativo que el Comité de los Derechos del Niño realiza y da a conocer a través de la Observación General N° 12, se sostiene que, entre el inmenso abanico de los derechos de niño, el enunciado en el artículo 12 de la CDN es uno de los principios generales de la CDN junto al derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño. La fortaleza de este artículo radica en la afirmación de que los NNA tienen derecho a ejercer influencia en su vida, a participar activamente en la toma de decisiones.

El deber de garantía que impone a los adherentes elimina todo margen de discreción, por ello, como señala el artículo 12, párrafo 19, de la OG, los Estados tienen la obligación

estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños. Esa obligación se compone de dos elementos destinados a asegurar que existan mecanismos para recabar las opiniones del niño sobre todos los asuntos que lo afectan y tener debidamente en cuenta esas opiniones.

Que los NNA puedan formar su propia opinión es sustancial para la participación activa. Para ello, es indispensable que sea debidamente informado de lo que sucede, en un lenguaje claro, con la terminología o el método adecuado a su edad o grado de madurez.

Sostiene la OG que las condiciones de edad o madurez no son obstáculo para que los NNA formen su opinión y la expresen. De hecho, el Comité, en el punto 21, hace expreso hincapié en

que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan.

Está comprobado que los niños son capaces de formar sus propias opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando no tienen capacidad para expresarlas. Ello indica que debe recurrirse a todas las formas de manifestación, verbal y no verbal, el juego, la expresión corporal y facial, el dibujo y la pintura para que desde la más corta edad los niños puedan demostrar su capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.

Como señala López:

La capacidad natural de actuación de los niños, niñas y adolescentes se puede determinar a través de su grado de desarrollo intelectual y emocional, que les permite decidir libremente lo que realmente desean hacer y decir. De ahí que pueda establecerse que el niño o niña con suficiente madurez, independientemente de su edad, puede ejercer sus derechos y definir sus deseos; en el caso de carecer de madurez suficiente, el niño o la niña podrá ejercer sus derechos y deseos de ex-

presión con la ayuda de sujetos expertos en psicología infantil, los cuales podrán determinar el verdadero deseo del niño o niña. Con lo anterior, se hace necesario instituir que más importante es hacer referencia a la madurez y capacidad de los niños y niñas en cada caso particular, que imponer una edad generalizadora para todos los casos en general. Lo necesario en cada situación concreta es determinar, a través de un equipo de sujetos expertos (psicólogos y psicoterapeutas), la madurez particularizada de los niños, niñas y adolescentes.³

A su vez, la oportunidad en la que los NNA pueden expresar sus deseos ha de darse en todos los asuntos que afecten al niño. Se ha debatido sobre el contenido del término “asunto” y si bien el Comité adopta la definición amplia, hace la aclaración de que se tratan no solo aquellos que afectan su vida privada, sino también a las cuestiones sociales de su comunidad.

Punto seguido se aborda uno de los temas más álgidos del ejercicio del derecho a ser oído, en tanto los operadores jurídicos y administrativos, y la normativa en general, ponen como límite el grado de madurez y la edad de los NNA como condición o límite para su ejercicio.

Aclara la OG en su punto 29 que

al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.

En este análisis aporta la definición de madurez, sosteniendo que es la capacidad que tiene el NNA de expresar sus opiniones sobre las cuestiones de manera independiente y razonable.

Por último, interesa la aclaración de que los representantes de los niños en los procesos en los que estos se encuentren involucrados deben ser conscientes de que representan exclusivamente los intereses de estos y no de otras personas en el proceso o procedimiento, dando un marco de intervención específica para quien los acompañará desde su capacitación o profesión.

3 López (2015) 51.

3.3. Opinión Consultiva N° 17

Afirma que el ISN surge de la dignidad misma del ser humano, con las características propias de los NNA y se funda en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, aprovechando todos sus potenciales. Para la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, el ISN es el punto de referencia sobre el cual debe asentarse la efectiva realización de todos los derechos contemplados en la CDN y al que deben ceñirse las acciones del Estado y la sociedad en lo relacionado con la protección de los NNA y a la promoción y preservación de sus derechos, teniendo especial atención en la situación particular en la que se encuentra cada NNA.

En relación con la participación de los NNA en los procesos y procedimientos judiciales y administrativos, sostiene que los Estados tienen el deber de respetar y reconocer el ejercicio de los derechos y libertades humanas, y asegurar las diversas garantías que el sistema normativo genera. Lo anterior, otorgando los medios más idóneos para que sean efectivos en todas las circunstancias que se presenten. Sostiene también que entre los valores fundamentales se encuentra la salvaguarda de los NNA, quienes requieren una especial protección que garantice el ejercicio de sus derechos en atención a su madurez y vulnerabilidad. Esta se traduce en la generación de regulación especial de los procedimientos judiciales y administrativos en los que se resuelva acerca de los derechos de los niños, resolviendo todas las cuestiones que generen desigualdad real entre las partes en el juicio y prohibiendo la discriminación basada en cualquier circunstancia de los actores.

Afirma que debe recurrirse a los medios de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y fallas del sistema que impidan la eficaz defensa de los intereses por parte de los NNA, en tanto quienes se encuentran en desventaja difícilmente pueden disfrutar plenamente del acceso a la justicia. Sostiene que se viola el principio de debido proceso legal cuando no se resuelven las condiciones de desigualdad. Al considerar el artículo 12 de la CDN, alega que este contiene las previsiones necesarias para garantizar el derecho de participación de los NNA, ajustándose a las condiciones de estos y evitando afectar su interés genuino. La Corte ya señaló en otras oportunidades que los menores de edad deben disfrutar las mismas garantías y protección que se conceden a las personas adultas, con la salvedad de que deben atenderse las características particulares de cada NNA y de su propio interés superior, adecuando la participación de estos, ponderando la mayor intervención en el examen de su propio caso.

3.4. Los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

3.4.1. *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*

En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo del caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, aplicando la CDN,

resaltó la estrecha relación que existe entre el interés superior de niño y el derecho a ser escuchado. Afirma en el punto 197 del fallo que

no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [(interés superior del niño)] si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida.

Previo a ello, la Corte sostuvo que el objetivo propuesto al proteger el ISN es un interés legítimo e imperioso. Siguiendo la OC N° 17, reafirma su origen en la dignidad misma del ser humano, con las características propias de los NNA, que requiere conforme la CDN cuidados especiales y debe recibir medidas especiales de protección.

La Corte ofrece con este fallo una guía de interpretación del contenido y fin del ISN, en tanto indica que la sola referencia de este no alcanza para probar en concreto los riesgos o daños que pueden ocasionarse. Advierte a los operadores de la justicia que el ISN no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de uno u otro progenitor por sus características particulares, las que en el caso concreto se relacionan con la elección sexual. Esta opinión ha de aplicarse a todos los tipos y fuentes de discriminación, puesto que la misma Corte continúa diciendo que no puede tomarse en consideración social para decidir sobre una cuestión. Surge del fallo la premisa que sustenta la idea de que no se garantiza adecuadamente la protección del ISN, si su construcción se basa en presunciones estereotipadas sobre las capacidades o condiciones de quienes ejercen sus derechos, que es, en definitiva, el fin último de los procesos en los que ventilan asuntos que involucren a los NNA. Enfatiza la posición de que estas consideraciones no son admisibles.

En cuanto a la posibilidad de que las niñas cuyo interés superior se dirimía, pudieran ejercer el derecho contemplado en el artículo 12 de la CDN, la Corte hizo especial hincapié en que los NNA son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en particular las medidas especiales de protección del artículo 19 y la consagración del derecho a ser oídos del artículo 8.1, que se extiende a los NNA en los procesos en los que se vean involucrados sus intereses. Ello como consecuencia del reconocimiento como sujeto de derecho en el artículo 1.2 de la Convención Americana.

Indica la Corte que el artículo 12 de la CDN contiene las previsiones necesarias para que la participación de los NNA se ajuste a las condiciones de estos y no redunde en perjuicio de su interés genuino. Reitera en sus párrafos que los NNA poseen autonomía progresiva, por lo que deberán tomarse en consideración las condiciones específicas de ellos y su interés superior para acordar su participación para procurar una mayor participación en el examen del propio caso.

Señala la necesidad de que, en caso de conflicto de intereses entre sus responsables legales, los NNA sean representados por alguien ajeno al conflicto. Regresan en este punto a las interpretaciones del Comité de los Derechos del Niño respecto el conteni-

do del derecho del artículo 12 CDN, que se perfecciona cuando además de ser oída la opinión formada libremente por los NNA, se tiene que tener en cuenta como factor destacado al momento de resolver, y esto debe reflejarse en el decisorio de modo expreso.

3.4.2 *Fornerón e Hija vs. Argentina*

La Corte dictó el presente fallo el 27 de abril de 2012. En esta oportunidad la Corte Interamericana entendió que se violaron los derechos de la niña M y su progenitor Leonardo Fornerón, dada la omisión del Estado argentino en garantizar la protección de la familia, los derechos del niño y la protección judicial.

Manteniendo la ideología esgrimida en el caso antes analizado, afirma que las obligaciones de garantía deben interpretarse a la luz del *corpus iuris* internacional destinado a la protección de los NNA, que impone la adopción de medidas especiales para la protección de estos a cargo del Estado, la sociedad y la familia.

Reitera que los NNA son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana con todas las garantías que esta determina y sobre las cuales ya nos hemos exployado en el acápite anterior. Reafirma que toda decisión que involucre el ejercicio de derechos por parte de los NNA debe tomar en consideración el ISN y ajustarse a las disposiciones que rigen la materia.

Recordando el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, insiste en el impacto negativo en el bienestar y desarrollo de los NNA, que produce el partir en la evaluación del comportamiento parental o los daños o riesgos reales de premisas especulativas, presunciones o estereotipos, o consideraciones sobre las características personales de los actores o su bagaje cultural, tradicional o familiar.

Suma como principio esencial que los asuntos en los que se dirimen cuestiones relacionadas a adopción, guarda y custodia de niños que se encuentran en la primera infancia, han de ser atendidos con la mayor celeridad y diligencia posibles en tanto la dilación del tiempo atenta contra la construcción del ISN.

3.4.3. *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*

La Corte Interamericana emite el presente fallo el 25 de noviembre de 2013 con el objeto de resarcir a los integrantes de esta familia, que por su condición de refugiados sufrieron un trato inhumano por parte del Estado boliviano, que derivó en la expulsión del país de todos los miembros de la misma. Sostiene la Corte que toda decisión que un Estado adopte, que implique la limitación de cualquier derecho de un NNA, debe tener en cuenta el ISN y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen en la materia. Reitera el fundamento en la dignidad humana y las características propias de los NNA. Recuerda que es indispensable ponderar además de la necesidad de medidas especiales, las particularidades de la situación en las que estos se encuentran.

De la interpretación del artículo 19 surge que el Estado tiene la obligación de asegurar y respetar los derechos reconocidos a los NNA en otros instrumentos inter-

nacionales aplicables. Resulta de especial relevancia el contenido de los artículos 12 y 22 de la CDN, que reconocen el derecho de los niños a gozar de la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, a que logren obtener el estatuto de refugiado en conformidad con el derecho internacional o nacional aplicable y que reciban la protección y asistencia necesaria para salvaguardar sus derechos. Por ello, la protección especial derivada del artículo 19 de la Convención Americana debe esparcirse en todos los procedimientos administrativos tendientes a resolver los derechos involucrados, de manera mucho más rigurosa como la establecida en los artículos 8 y 25.

Al analizar si correspondía en el caso haber escuchado o no a los niños y niñas, detectó que se dieron dos situaciones, la primera en el trámite de solicitud de asilo, la segunda en el proceso de expulsión de la familia del territorio boliviano por su condición de migrantes en situación irregular.

En el primer caso se concluyó que les asiste el derecho a los NNA a expresar su opinión y participar de manera significativa en el procedimiento de asilo, sea o no el niño el solicitante directo, independientemente de que sea acompañado o no de sus progenitores o persona encargada del cuidado del mismo. Si el NNA es el solicitante de la condición de refugiado, los principios contenidos en la CDN deben ser los rectores del procedimiento de determinación de tal estatus. Ello, porque los NNA deben gozar de las garantías procedimentales específicas y probatorias para alcanzar decisiones justas en el otorgamiento del estado de refugiado, a las que solo se llegará con la implementación de procedimientos apropiados y seguros para los niños, y un ambiente que le genere confianza en todas las etapas del proceso de asilo.

En el segundo, la Corte recordó que existe una relación intrínseca entre el derecho de protección familiar y los derechos de los NNA. Por ello, el Estado está obligado a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los NNA y favorecer el desarrollo y fortaleza de todo el núcleo familiar.

Declaró además que es de especial relevancia la participación de los NNA en los procesos que tienen carácter sancionatorio, en especial en infracción al régimen migratorio, puesto que estos pueden derivar en la separación familiar y con ello la afectación directa de su bienestar. Por esto, la Corte entendió que los NNA tenían el derecho a que se protegieran de manera especial sus garantías del debido proceso y a la protección de la familia en los procedimientos administrativos que culminaron en su expulsión y la de sus padres.

Asimismo, sostuvo que los niños debieron ser considerados parte interesada por las autoridades del Estado en dichos procedimientos, en tanto se afectaba directamente su futuro. Era deber del Estado velar por el interés superior de estos niños, para lo que debió actuar diligentemente y agotar todos los medios de información disponibles para determinar su situación. Sin embargo, el Estado los trató como objetos condicionados y limitados por los derechos de sus progenitores, atentando directamente contra su calidad de sujetos de derecho.

4. Instrumentos nacionales

4.1. Ley N° 26.061 de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia

La Argentina, cumpliendo el compromiso asumido al suscribir la CDN, inició un camino de adecuación normativa que se advierte en la Ley N° 26.061 de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia. Desde su articulado insta a las autoridades provinciales a que en el menor tiempo posible garanticen la existencia de servicios jurídicos destinados a satisfacer este requerimiento, como se establece en el artículo 27.

Esta norma bajó al ordenamiento jurídico nacional los preceptos contenidos en los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos en materia de niñez, adolescencia y familia, dándoles de esta manera mayor efectividad.

Contiene en el artículo 3 la declaración de orden público en todo aquello que atañe a los derechos y garantías que recepta, que muchas veces son de carácter indisponible, generando con ello el carácter de imperativo e impone su aplicación inmediata. Gracias a ello se crea un sistema de protección conjuntamente con la acción de amparo y las medidas administrativas ante la inobservancia del Estado, que basta para que los beneficiarios de esta norma encuentren la efectiva operatividad de sus derechos.

En el tema que nos ocupa, interesa el artículo 27, nota 8, de esta ley, que fija las garantías mínimas de procedimiento, asegurando que los NNA tienen el derecho a

- a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Esta disposición procesal introduce las garantías mínimas del debido proceso a favor de los NNA. A partir de ellas, se visualiza aún más el principio de inmediatez del derecho de familia, en tanto obliga a los jueces y administradores a cumplir con el derecho a ser oído del artículo 12 de la CDN y admitir su participación en el proceso o procedimiento que involucre sus intereses en los términos que esta ley plantea. Surge además la intervención directa y sin intermediarios de los NNA en la construcción de su propio interés, en tanto se hace visible la facultad de estos a ser parte activa en los juicios y procedimientos administrativos. Por primera vez en el ordenamiento jurídico argentino se advierte la posibilidad de que las actuaciones en un expediente judicial o

administrativas puedan ser declaradas nulas si el operador del derecho omite escuchar al NNA o deniega su participación en el mismo.

Como señala Kielmanovich:

De ello se sigue, que en el contexto de la ley, el juez no podría ya rehusarse a escuchar al niño, “escuchando” en su lugar a su representante o a un órgano apropiado, así, al Defensor de Menores o a los “dictámenes periciales” o informes de auxiliares del tribunal frente a cuya negativa estimamos que debería decretarse la nulidad de los procedimientos de que se traten, en consideración al orden público que gobierna toda esta materia.⁴

El decreto 415/2006, reglamentario de esta norma, al abordar el artículo 27 agrega que la asistencia letrada mencionada en el inciso c incluye el derecho a designar un abogado que represente de modo individual intereses de los NNA en todo proceso o procedimiento, otorgando un marco adecuado al sistema de representación legal creado por la CDN y la ley reglamentada. De este modo, se incorpora de manera más efectiva la capacidad de los NNA para estar en proceso o procedimiento, de manera autónoma y con asistencia letrada propia.

4.2. El Código Civil y Comercial de la Nación

El nuevo Código Civil y Comercial que entró en vigencia en el año 2015 sostiene en el artículo 26 que los NNA ejercen sus derechos por medio de sus representantes, sin embargo, si cuentan con la edad y el grado de madurez suficiente pueden ejercer por sí los actos que les son permitidos en el ordenamiento jurídico. Agrega que en situaciones de conflicto de intereses con sus representantes, puede intervenir con asistencia letrada. Párrafo siguiente agrega que los NNA tienen derecho a ser oídos en todo proceso judicial que les concierne y participar en las decisiones que se tomen sobre ellos.

El gran avance en materia de reconocimiento de derechos de los NNA se encuentra en el texto de este artículo, en tanto importa la afirmación de la capacidad progresiva contenida en el ordenamiento jurídico internacional que ya hemos analizado. Sin embargo, elabora su propia teorización al interpretar tal principio.

Se lee en el comentario del Código Civil y Comercial:

La solución aparece en sintonía con las exigencias sentadas en la OC 17/2002 por la Corte IDH al establecer que al efecto del ejercicio de derechos se “... deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso en la medida po-

4 Kielmanovich (2015) 11.

sible...”. Claramente, explica la Corte, “... La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años (...) y ello debe ser tenido en consideración a los fines de determinar su interés superior.⁵

Se entiende la madurez suficientemente amplia como el parámetro que faculta el ejercicio de derechos y en que se deja de lado la rigidez de la consideración de la edad como única medida para alcanzar tal actuación, a la vez que cumple con el mandato constitucional que regula la capacidad jurídica a la luz de la autonomía progresiva.

4.3. Fallos

4.3.1. *E. F. J. s/control de legalidad*

Este caso se tramitó en el Juzgado de Control, Niñez, Juventud, Penal Juvenil, Violencia Familiar y Faltas, de la Segunda Circunscripción Judicial, con sede en la ciudad de Huinca Renancó, de la provincia de Córdoba y la sentencia es del 17/7/2020. La particularidad de este asunto es que debió resolverse sobre la procedencia de la designación de un abogado para un niño de seis años de edad.

Como consecuencia de la interpretación de la normativa vigente se hizo lugar a tal designación. El fundamento de tal decisión fue la jerarquía constitucional que el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional otorga a los tratados internacionales y que afirma el principio de supralegalidad de estos: los tratados prevalecen sobre las leyes y ello en la práctica significa la obligación de adecuar la normativa vigente en el país a los marcos constitucionales. Sumó a ello lo establecido en artículo 27 de la Ley N° 26.061, inciso c, que establece las garantías mínimas de los procesos por los que los NNA deben contar con un letrado patrocinante.

El opinante sabiamente se apartó de lo establecido en la Ley N° 10.636 Abogado de Niñas, Niños y Adolescentes, de la provincia de Córdoba, que establece en su artículo quinto que “la asistencia jurídica y defensa técnica de las niñas, niños y adolescentes le será provista a partir de criterios y acciones interdisciplinarias de intervención, cuando su capacidad progresiva así lo aconseje”. Consideró que el derecho a la asistencia técnica individual es un derecho humano, por lo que todo NNA debe tener la oportunidad de ejercerlo cuando se vea involucrado en un proceso o procedimiento que ventile sus intereses.

4.3.2. *G. M. S. con J. V. L.*

Este trámite que obtuvo resolución definitiva en las instancias nacionales el 26 de octubre de 2010, con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tuvo por objeto resolver el régimen de comunicación de dos niñas de diez y catorce años

5 Herrera, Carmelo y Picasso (2015) 67.

con su progenitor. Concretamente, la solicitud de su progenitora era la suspensión del régimen de comunicación, como medida cautelar.

El juez de 1° instancia hizo lugar a dicha suspensión. A su turno, la Cámara Civil y Comercial de 1° Nominación de Santiago del Estero revocó la sentencia, disponiendo que hasta tanto se resolviera el incidente interpuesto debería cumplirse con el régimen de vistas estipulado oportunamente por los padres.

El Supremo Tribunal de Justicia de la Provincia resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la madre de las niñas y estableció un sistema de encuentros más acotado y asistido, con la presencia de la psicóloga del juzgado actuante, hasta que se resolviese el incidente de supresión de visitas. Contra dicho pronunciamiento, la actora interpuso recurso extraordinario federal.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación falló que el juez de la causa debía designar un letrado especializado en la materia, sosteniendo que

a los efectos de atender primordialmente al interés del niño y con el objeto de que las menores implicadas en la causa sean escuchadas con todas las garantías a fin de que puedan hacer efectivos sus derechos, corresponde hacer lugar a la medida sugerida por el señor Defensor Oficial ante esta Corte Suprema a fs. 58 del expte. 1131/2006 y solicitar al juez de la causa que proceda a designarles un letrado especializado en la materia para que las patrocine.

Surge de los antecedentes del caso que las niñas no habían sido oídas en las distintas instancias del trámite en relación con la suspensión del régimen de comunicación, violándose sus garantías constitucionales y convencionales. Al respecto, sostuvo el defensor oficial, Eduardo Antonio Dromi, que

para alcanzar una solución que realmente sea contemplativa de los intereses que se deben proteger, los magistrados de las instancias anteriores tendrían que haber adoptado —a mi modesto entender— diversas medidas, a saber: 1) oír a las menores, que son las primeras interesadas en la cuestión; 2) conocer cuáles son sus necesidades; 3) disponer un período de revinculación, que permita en definitiva evaluar los vínculos existentes con su progenitor y, de ser pertinente, conformar un estrategia terapéutica orientada a -8- fortalecerlos; 4) descartar la eventual presencia de un síndrome de alienación parental... Le compete ahora a esa Corte, en su rol de intérprete final y garante del efectivo cumplimiento de los derechos y principios que aquí se invocan, alcanzar una solución justa de modo que se les conceda a mis defendidas el grado de exigibilidad que establece el art. 29 de la Ley de Protección Integral de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes N° 26.061, a los efectos de hacer operativo y efectivo su interés superior... Asimismo, estimo prudente que se le haga saber al magistrado de grado que deberá proceder a designarle a L. y a R. un letrado especializado en la materia para que las patrocine, a fin de garantizar en lo sucesivo (ante posibles modificaciones del régimen de visitas vigente o planteos que se susciten), su derecho a participar en el proceso; de tal manera que puedan

ejercer eficazmente su derecho constitucional a defenderse y a probar (cf. art. 18 C.N, 75, inc. 22, art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño y art. 27 incs. c), d), y e) de la Ley N° 26.061).

Sabidamente en esta oportunidad la Corte Suprema hizo lugar al dictamen del defensor, ordenando lo que este proponía.

5. Mis consideraciones

Quienes trabajamos con familias, en la garantía de sus derechos, hemos estudiado y crecido profesionalmente sosteniendo que es nuestro deber como operadores jurídicos velar por la concreción del interés superior del niño. El artículo 3 de la CDN no solo le da contenido al ISN, nos sirve también de guía al momento de buscar, en cada caso concreto, qué es lo mejor para los niños, niñas y adolescentes sobre los cuales versa el debate.

En la práctica cotidiana, el ISN lo deciden los adultos a cargo del NNA, el juez o el administrador. En muy pocas oportunidades el NNA participa activamente de este constructo. Actualmente en la justicia de familia no se niega que el NNA tiene derecho a ser oído, en cumplimiento de la manda del artículo 12 de la CDN. Sin embargo, esta no solo contiene el derecho a ser oído y allí es donde se produce el quiebre entre el contenido del precepto y la puesta en práctica. Más aún, en los demás fueros de la justicia ordinaria y extraordinaria todavía no se aplica. Son contados con los dedos de una mano las oportunidades en las que un NNA ha ejercido su derecho a ser oído o participar en el proceso en asuntos civiles, sucesorios, laborales o ejecutivos. Ni hablar de los trámites administrativos, incluso en espacios como los Registros de Capacidad de las Personas, llamados comúnmente Registro Civil, en los que se ventilan cuestiones relativas a la identidad de las personas o en el ámbito educativo.

El gran problema que advierto en la disposición del Código Civil y Comercial de la Nación es la limitación o condicionamiento que establece para la participación de los NNA en la construcción de su interés superior.

Contrariamente a lo que afirman los instrumentos internacionales que son la fuente de la Ley N° 26.061 y la misma norma, el artículo 26 del Código Civil y Comercial condiciona el derecho que reconoce a la edad, la madurez y la existencia de conflicto de intereses. Adviértase que la OG N° 12 y la OC N° 17 son sumamente claras en este punto. Ponen especial atención y cuidado al desarrollar las condiciones de participación. En ambas queda sentado que ni la edad, ni la madurez del NNA deben ser obstáculos o condiciones para que los niños puedan ejercer sus derechos. Lo anterior, al poner en conocimiento de los Estados la existencia de innumerables mecanismos elaborados por las ciencias de las que el derecho se sirve para comprender el deseo de todos los NNA, cualquiera sea su edad o desarrollo.

Creo que es consecuencia del paradigma arraigado en el derecho argentino por el cual los NNA son objeto de protección y no sujeto de derecho. De acuerdo con Kemelmajer:

La doctrina discute cuál es la regla, si la capacidad o la incapacidad. Es probable que esta disyuntiva sea un resabio del viejo binarismo que no alcanza a visualizar la dinámica del nuevo sistema. La regla es la capacidad, siempre que los niños o adolescentes tengan edad y grado de madurez suficiente para la toma de decisiones en el caso concreto (art. 22 del CCiv. y Com.). Sin embargo, el CCiv. y Com. No prescinde de todo límite etario, pues también utiliza la edad de 13 años (adolescentes, conf. art. 25 del CCiv. y Com.).⁶

Si bien desde la vigencia del nuevo Código Civil (agosto de 2015) a la fecha mucho se ha avanzado en relación con el reconocimiento de los derechos procesales de los NNA, aún queda mucho por recorrer.

No coincido con los redactores del artículo 26 del Código Civil ni con la forzada interpretación normativa que elaboran para justificar que con el texto vigente no se ha ordenado contrariamente a lo que los instrumentos internacionales establecen o lo que la misma legislación especial nacional impone.

Se han creado distintas líneas de interpretación al respecto, una de ellas la que influyó en la redacción del Código Civil que sostiene que los NNA son sujetos de derecho con capacidad restringida, limitada a los condicionamientos establecidos en las leyes vigentes y a la obtención de capacidad de modo progresivo. Intenta esta doctrina convencer que la edad no es un parámetro indicativo de posibilidad de ejercicio de derechos.

No obstante lo anterior, el resultado volcado al cuerpo normativo redactado indicaría lo contrario, en tanto fija, por ejemplo, la edad de trece años para el ejercicio de derechos. En la antípoda se encuentra la doctrina que admite, conforme lo establece el *corpus iuris* internacional, que todos los NNA son competentes para ejercer derechos y que es función del Estado adoptar todas las medidas tendientes para que se garantice el goce de esta capacidad.

La participación de los NNA debe —no solo puede— ser de manera directa, deben ser oídos y su opinión libremente formada tenida en cuenta al momento de resolver. No se cumple con la manda convencional si los intereses del NNA son llevados a conocimiento del juzgador o el administrador por medio de sus representantes legales, o el fiscal, el asesor de familia o la figura que se disponga para tal fin. Tampoco si solo puede actuar en aquellos asuntos en los que la legislación interna se lo permite o cuando existe conflicto de intereses con sus progenitores o representantes legales.

6 Kemelmajer (2015) 3.

Como he analizado, el ordenamiento jurídico supranacional indica que el NNA siempre que sus intereses estén en juego tiene el derecho a participar en la toma de decisiones al respecto, es decir, construir su propio interés superior. Hacer oídos sordos al mandato convencional implica que en muchas oportunidades nos encontraremos con sentencias vacías de contenido para los NNA. Como consecuencia de ello, las decisiones respecto al ISN tomadas sin su participación lo ponen en un estado de indefensión frente al mandato judicial establecido por sentencia. Por ejemplo, fijamos el régimen de parentalidad teniendo en cuenta lo que es más cómodo para los progenitores y no contemplamos que son los NNA los que van de una casa a otra cada dos o tres días, a veces horas, o nos encontramos con que ese régimen de parentalidad no es el más adecuado para ese NNA, pues le demanda un consumo de energía extra para acomodarse a los designios de los adultos.

La participación activa de los NNA en la construcción de su futuro, de su interés superior, responderá realmente a su interés cuando este pueda expresar claramente al juez y sus responsables (progenitores, familiares, tutores, maestros) cuáles son sus deseos, opiniones y necesidades.

Entiendo que es importante también considerar que la opinión de los NNA debe ser tomada en cuenta al momento de resolver, mas ello no significa que el resultado será siempre el deseado por este. Quien tiene a su cargo la decisión no puede omitir prestar atención a lo manifestado por el destinatario de la medida y de ello debe dejar constancia en su sentencia. El sistema de protección de derechos creado para los NNA es inmensamente rico, completo y justo. Solo falta que se produzca el cambio en los operadores jurídicos y administradores para que sea operativo. Dije en la introducción de este artículo que el ISN se construye con el NNA, ello en tanto el objetivo de este gran principio del derecho de la niñez es lograr el mayor bienestar y desarrollo, lograr su felicidad.

6. Conclusión

La CDN, la interpretación emanada de los organismos de aplicación, la Constitución Nacional Argentina, la Ley N° 26.061 e incluso parte del articulado del Código Civil y Comercial de la Nación concuerdan en que los NNA son sujetos de derecho plenos, capaces de ejercer por sí los derechos que les son reconocidos. Los NNA, en consecuencia, son sujeto activo del derecho a participar en la toma de decisiones que afectarán su vida, tanto estas marcarán el camino por el cual se desarrollarán.

El ISN es el principio rector que motiva las decisiones que para los NNA se adopten. Por ello, habiendo quedado demostrado que los NNA tienen el derecho a ser parte el proceso de generación del contenido, son constructores de su propio interés superior.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Herrera, Marisa; Carmelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (2015): *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Título Preliminar y Libro Primero. Artículos 1 a 400* (Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica) Tomo I.
- López Contreras, Rony (2015): “Interés Superior de los Niños y Niñas: Definición y Contenido”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 13, N° 1: pp. 51-70.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída (2015): “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”, *Revista Código Civil y Comercial*, vol. 3: pp. 3-20, RCCyC 2015 (noviembre), 3 Cita Online: AR/DOC/3850/2015.
- Kielmanovich, Jorge (2005): “Reflexiones Procesales sobre la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas Niños y Adolescentes”, *Revista La Ley*, año 2005 -F-987-: pp. 1-17. Disponible en <http://www.afamse.org.ar/reflexiones-procesales-sobre-la-ley-26061-de-proteccion-integral-de-los-derechos-de-las-ninias-ninios-y-adolescentes-kielmanovich.pdf> [fecha de consulta 25 de noviembre de 2022].

NORMAS CITADAS

- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica (18/07/1978).
- Convención sobre los Derechos del Niño (26/01/1990).
- Decreto N° 415/06 (Bs. As., 17/4/2006 Publicación en B.O.: 18/4/2006) Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
- Ley N° 26.061 (Sancionada: Septiembre 28 de 2005 Promulgada : Octubre 21 de 2005) Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.
- Opinión consultiva oc-17/2002 Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño Corte Interamericana de Derechos Humanos (28/08/2002).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero, rol sin especificar (discriminación arbitraria), disponible en Westlaw Chile. Cita online CL/JUR/721/2012.
- Fornérón e Hijas vs Argentina* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de abril (Fondo, Reparaciones y Costas), disponible en Westlaw. Cita online AR/JUR/27523/2012.
- G. M. S. con J. V. L.* (2010): Suprema De Justicia De La Nación Argentina, 26 de octubre, Nro. Interno: G. 2125 Id SAJJ: FA1000068 (divorcio).

LÍMITES DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO PREMISA SUPRALEGAL EN CASO DE ADOPCIÓN

Limits of best interest of the child as a supralegal premise in adoption cases

Nicolás Ibáñez Meza⁷

RESUMEN

El principio de interés superior del niño es útil como derecho sustantivo, norma de procedimiento y como criterio de interpretación. Es respecto de este último uso que se suscitan problemas cuando nuestros tribunales deciden interpretar la ley, llevándola a puntos no contemplados por ella, aplicando el principio como una premisa supralegal.

Palabras clave: Interés superior del niño, adopción.

ABSTRACT

The principle of best interest of the child is useful as a substantial right, as a proceed norm and as a standard of judicial interpretation. About this last one use, they appear some troubles, specifically when our Courts decide to interpret the law, extending it to points that the original law does not include, by applying the principle as a supralegal premise.

Keywords: Best interest of the child, adoption.

⁷ Nicolás Ibáñez Meza, abogado y magíster. Profesor de Derecho Civil y Derecho Familia, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Chile. Doctorando en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile. nicolas.ibanez@uautonoma.cl / nmibanez@uc.cl. Código ORCID 0000-0001-7243-6338. El presente trabajo se realizó en el contexto del curso Fundamentos teóricos de las ciencias del derecho, dictado por el Doctor Alex Von Weezel durante el segundo semestre del año 2021, dentro del Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

1. Introducción

Según el artículo 21 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, el principio de interés superior del niño, en cuanto a adopción se refiere, deja de ser *una* de varias consideraciones relevantes, para pasar a ser *la* consideración primordial. De esto deriva que el principio tenga imprescindible relevancia en la materia y debe ser usado en todo momento a la hora de aplicarse en el caso en concreto en algunos de los trámites que el proceso de adopción involucra, respecto de la etapa de declaración de susceptibilidad de adopción, como en la adopción propiamente tal.

Según refiere Decs, “la jurisprudencia nacional aún mantiene cierta tensión en las discusiones argumentativas de las resoluciones”⁸ y este artículo se hará cargo de una de ellas. A partir del análisis de la sentencia A.P.H.A., dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en 2020, se intentará justificar cómo el interés superior del niño previsto como una premisa supralegal permite ampliar disposiciones legales en materia de adopción, más allá de lo previsto por aquellas, sin que ello implique asumir competencias no asignadas por la Constitución a los tribunales de justicia.

2. Caso bajo análisis: el caso A.P.H.A.

El caso de estudio es aquel que recoge y promueve la dictación de la sentencia *Reservado con Reservado* (2020) dada en la resolución del recurso de apelación por el cual se revocó la declaración de susceptibilidad de adopción de la niña A.P.H.A. La sentencia de primera instancia proviene del 4° Juzgado de Familia de Santiago, que determinó la procedencia de la susceptibilidad de adopción en cuanto la niña ingresó al sistema residencial desde muy temprana edad y su madre presentaba, incluso desde antes de su nacimiento, trastorno de consumo abusivo de sustancias, existiendo además presencia de acciones negligentes en el cuidado de su lactante. De hecho, tristemente la madre de la niña falleció en el transcurso del juicio, en agosto de 2019. Por su parte, el progenitor también presentaba una serie de factores de riesgo asociados al consumo de drogas. A lo anterior se suma una escasa red familiar y un historial de causas proteccionales en relación con los hijos mayores, uno de ellos bajo cuidado personal provisorio de la recurrente de apelación.

Así determinado, se inició el proceso de susceptibilidad de adopción, en el cual el Tribunal cumplió todas las etapas y trámites ordenados por la ley, especialmente relevante para este caso, la citación a los parientes, conforme al artículo 14 de la Ley N° 19.620. Esta ordena notificar, si existe filiación determinada —como en este caso—, a todos los parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive, a fin de informar del proceso y que puedan estos, si tienen los elementos y posibilidades suficientes y ne-

8 Decs (2019) 71.

cesarios, oponerse a la declaración de susceptibilidad de adopción del niño o niña, pudiendo quedarse el niño bajo su cuidado. Este trámite procesal es uno de aquellos que permite ver a la adopción, por definición, como una institución supletoria, o si se quiere, una muestra de la subsidiariedad del Estado,⁹ esta vez respecto de la familia. El reconocimiento del principio de subsidiariedad en la materia se extrae del contenido del inciso segundo del artículo 15 de la misma ley. Es por ello que la norma exige que, antes de proceder a la adopción y con ello a la separación definitiva de la familia de origen, deben agotarse los esfuerzos para determinar que no exista posibilidad de reinserción del niño en aquella.

Todos estos trámites fueron realizados en el juicio de autos. Dentro de los parientes a notificar no estuvo la actual apelante, pero no por falta de diligencia por parte del Tribunal, sino porque no era parte en la causa, al ser pariente colateral en cuarto grado de la niña. Así visto, no habría incumplimiento de parte del Tribunal a la norma, en cuanto es la propia ley la que establece el límite en dicho grado de parentesco, no existiendo una decisión ilegal o dictada de manera incorrecta, al menos formalmente. De esto deriva que el tribunal de familia está por la declaración de susceptibilidad en su sentencia.

En estos términos, la prima de la niña recurre de apelación, alegando su oposición a la susceptibilidad de adopción aun cuando, legalmente, no tiene legitimidad para ello, por estar fuera de los vínculos de parentesco establecidos como posibles opositores por el artículo 14 de la Ley de Adopción.

Ante dicha sentencia y la apelación interpuesta, analicemos la respuesta de la Corte, la que —adelanto— estuvo por acoger la apelación y revocar la decisión de la susceptibilidad de adopción de la niña, fundada en el principio que nos convoca: el interés superior del niño. Expresa así el fallo, a partir del considerando décimo, lo siguiente:

Cabe tener presente que toda la institucionalidad del derecho de familia se sustenta en el principio de interés superior del niño. Este principio hace velar porque toda decisión que se vaya a adoptar respecto de un menor de edad sea siempre la que represente lo mejor para él en cuanto persona en crecimiento físico, moral y espiritual y con respeto de sus derechos más esenciales, como la identidad, la pertenencia a un grupo familiar y el derecho a crecer en un ambiente que procure

9 *Ramírez con No Consignado* (2020), en su considerando quinto expresa que “la adopción se aplica de manera subsidiaria, esto es, solo en la medida que la familia de origen no sea capaz de brindar al niño, niña o adolescente el afecto y los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales. Resulta ineludible que al resolver una solicitud como la de autos, la judicatura ponga especial atención y razone en torno a si se han agotado o no los medios que permitan mantener a la persona en su familia de origen, cuestión que es concordante con las obligaciones que la misma ley impone al Estado, en el sentido de brindar el apoyo necesario para que las familias de origen cumplan ese rol”.

el máximo desarrollo de sus potencialidades, unido por cierto al afecto, cariño y cuidado que se requiere (...) La adopción, necesariamente, debe ir en su interés superior desde que lo que se pretende es que el niño cuente con un nuevo grupo familiar protector. De ahí que siendo la declaración de susceptibilidad el medio por el cual se va a separar a un menor de edad de su familia de origen, para eventualmente dejarlo al cuidado de otra diversa, aquel beneficio debe ser claro y manifiesto. En tal sentido, siendo este un procedimiento en que no solo prima el interés de parte, sino que confluyen también el deber del Estado de fortalecer la familia y el interés superior del niño, se debe considerar a su grupo familiar (...) Por ello, desvincular emocional y familiarmente a la niña respecto de su grupo familiar, se deben agotar los mecanismos tendientes a hacer efectivo el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías (...) Que por lo antes expresado, no es posible vislumbrar que la declaración de susceptibilidad de A. sea la mejor solución para su desarrollo como persona, sino que por el contrario, esta Corte estima que el deber del Estado es propender al fortalecimiento de la familia, en especial el vínculo de hermanos y que con ello se proteja a ambos menores y se atienda al interés superior de los mismos.

Noble interpretación la otorgada por el Ilustrísimo Tribunal a la que este autor manifiesta su conformidad, en cuanto efectivamente es un hecho indiscutible que el mejor lugar en que un niño puede encontrarse será con su familia. Dicha premisa que debe defenderse bajo las disposiciones constitucionales establecidas al efecto —como el artículo primero de la Constitución política, incisos segundo y cuarto—, debiendo priorizarse la permanencia en la familia extensa, antes de la posibilidad de la adopción en familia externa. No obstante, y siendo compartida la reflexión en cuanto al fondo, las explicaciones dadas por la Corte serían quizás todavía más oportunas si consideraran que en el juicio efectivamente se notificó a todas las personas que la ley ordena —es decir, a aquellos que a Ley de Adopción entiende como familia extensa—, pero que, al no cumplir la disposición con el interés superior, es ello y no la desatención a la ley lo que promueve la revocación de la sentencia.

He aquí el problema. Los ministros de la Corte revocan una sentencia que, en derecho, no ha sido determinada incorrectamente a la luz de la normativa de adopción, por haberse cumplido los trámites requeridos. No obstante, sí habría vulneración a derecho, pero esta vez al derecho del interés superior del niño, cuestión que se impone por sobre la literalidad de la norma.

Visto así, lo que habría es un conflicto de normas, a través del cual, sea por principio de especialidad o por principio de jerarquía, se decide priorizar el interés superior del niño por sobre la disposición expresa de la norma. Los apartados siguientes entregarán los argumentos que intentarán explicar cómo es que esta resolución es ajustada a derecho y no implica que la Corte desatienda a la ley, y ello desde la valoración del interés superior del niño como una premisa supralegal.

3. Explicaciones sobre el interés superior del niño

Si bien su origen es difuso por aparecer en diversos instrumentos internacionales previos,¹⁰ el interés superior del niño se incorpora en las legislaciones a partir de la ratificación que los Estados hicieron de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuestión que para el caso chileno ocurre en enero de 1990, bajo el gobierno de Patricio Aylwin Azocar, y entra en vigencia en septiembre del mismo año. Según el inciso segundo del artículo quinto de la Constitución Política de la República, la legislación incorpora al tratado, pasando a garantizar derechos específicos en torno a la figura del niño.¹¹

En cuanto al texto de la Convención, es su artículo tercero el que contempla el principio del interés superior del niño, explicándose una misma idea, priorizar el interés de los niños como consideración primordial, con tres destinatarios diversos en cada uno de sus puntos. En primer término, el llamado es general, a públicos y privados; luego, centrado en los deberes del Estado hacia la protección y cuidado de los niños, teniendo en cuenta los deberes y derechos de sus padres o adultos responsables; y finalmente, relativo a las orientaciones dadas a los Estados en cuanto a niños que estén bajo su dependencia. Estos puntos no son excluyentes entre sí y, de hecho, deben ser interpretados en conjunto.

Así, expresado como un llamado u orden de carácter general de priorización de intereses, el principio no tiene concepto único o explícito al tenor de la Convención, en cuanto no se define más allá de sus propias palabras, cuestión problemática a la hora de ser aplicado a los casos en concreto en que resulte útil y necesario. De hecho, ocurre que en muchas ocasiones el interés superior aparece como un límite, contexto o requisito de otros derechos que se establecen en la misma Convención sobre los Derechos del Niño,¹² lo que si bien muestra su dinamismo,¹³ poco ayuda a tratar de

10 25 El principio de interés superior quedó establecido en el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), pero su reconocimiento internacional tiene una data anterior a ella, ya que otros tratados de derechos humanos habían hecho mención a aquel, como la Declaración de Derechos del Niño de 1959 y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer de 1979.

11 Acuña (2018) 20.

12 Por ejemplo, aparece como límite del ejercicio de otros derechos en el caso del artículo 9, en que explicita que el niño no será separado de sus padres en contra de la voluntad de estos, salvo que el interés superior así lo exija. Luego, aparece como un contexto en el caso del artículo 18, relativo a la responsabilidad de padres y madres, en que ordena que incumbe a los padres la crianza y desarrollo del niño, teniendo como preocupación fundamental al interés superior del niño. Finalmente, en cuanto a requisito, el interés superior aparece en el artículo 20, relativo a la protección de los niños privados de su medio familiar, en cuanto, cuando se encuentren en tal situación o el interés superior exija que no permanezcan en su medio familiar, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado, dependiendo esta última, por tanto, de lo que el interés superior requiera.

13 CRC/G/CG/14 (2013) 11.

delimitar su contenido y sus posibilidades de uso. Recordemos en este punto que, en materia de adopción, es la consideración primordial.

No obstante, el interés superior del niño como principio jurídico debe ser concebido en términos tales que no corra riesgo de transformarse en un significativo vacío,¹⁴ especialmente cuando constituye un principio fundamental para adoptar cualquier decisión que pudiese afectar la vida de niños, niñas y adolescentes.¹⁵ Es por ello que se aprecian, en general, tres vías para acercarse a su concepción: desde su etimología, desde su finalidad y desde sus funciones.

La primera ruta es analizar el interés superior del niño en sus tres aspectos fundamentales. Los conceptos de interés, superior y niño.¹⁶ La expresión “interés” implica comprenderle en sentido relevante para el derecho, como un interés jurídico y no un simple interés social valioso o una concepción de bienestar social o de la bondad.¹⁷ De esta manera, el principio no puede quedar reducido a una mera ventaja o utilidad de los niños en las cuestiones que les afecten.¹⁸ Dicho interés es el derecho que los niños tienen, consistente en que, a la hora de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos, y no las que los conculquen,¹⁹ por ejemplo, implicando la obligación de elegir las alternativas que permitan el desarrollo moral e intelectual del niño en sociedad.²⁰ Así, se impone a todos los órganos un lineamiento de acción a la hora de comprometer decisiones que afecten a la infancia,²¹ que no sería otro que aquel relativo a los intereses y derechos de aquellos.

El segundo concepto, lo “superior”, se explica solo tras realizar un ejercicio de contraste con otro interés, en cuanto para que sea superior, debe ser en razón de la comparación con otro que queda en inferior situación. De esto deriva que el principio de interés de los niños debe ser puesto en comparación con otros intereses, como el de los adultos²² o los económicos, y es respecto de aquellos que debe darse prioridad o superioridad en términos tales que, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos

14 Marre y San Román (2012) 2.

15 Decs (2019) 19.

16 Misma técnica ocupa Baeza (2001) 356, pero analizando los tres elementos (interés, superior y niño) desde los conceptos de la Real Academia Española.

17 Cillero (1999) 54.

18 *Requerimiento Greeven* (2016), considerando decimocuarto.

19 Cillero (1999) 54.

20 Baeza (2001) 356.

21 Bécar (2020) 545.

22 La sentencia *EMC con JAE* (2005) expresa que “los intereses de los niños son de importancia primordial en cualquier materia relativa a su tuición, de lo que se deduce que no procede considerar como cosa esencial los intereses de los padres o entidades que disputan su tuición”; y sentencia *Reservado con Reservado* (2010), que expresa “la vida de los hijos y su desarrollo armónico depende de múltiples decisiones y actos de sus padres, decisiones que deben ser el motivo de diálogos y acuerdos en los que han de primar el interés del menor en desmedro de los intereses particulares”.

e intereses de los niños, niñas y adolescentes en oposición a otros derechos e intereses igualmente legítimos, han de prevalecer los primeros.²³ Así, el interés superior del niño en su configuración asegura la satisfacción de todos los derechos del niño de manera predominante por sobre otros derechos individuales y colectivos, los que deben ceder frente a la superioridad de los del niño, de manera que, en caso de conflicto, estos deben tener primacía.²⁴

En estos términos, si no es posible armonizar el interés superior del niño, niña y adolescente con los derechos de otras personas, debe darse máxima prioridad al primero, es decir, más importancia a lo que sea mejor para el niño, niña y adolescente.²⁵ Esta idea viene dada en cuanto a que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial, según establece el propio artículo tercero ya referido, lo que impone la sólida obligación al Estado de no poder decidir a su discreción si el interés superior ha de valorarse o no, de manera primordial o superior²⁶ en comparación a otros intereses.

Por ello, entonces, el interés del niño, visto como derecho, no puede estar en el mismo nivel que todas las demás consideraciones,²⁷ por lo que el goce de sus derechos no solo debe ser de forma plena y jurídicamente relevante, sino también privilegiada con respecto a los adultos.^{28,29} Nótese que esta superioridad estaría incluso presente si la comparación se realiza con los intereses de la sociedad o del Estado, teniendo el principio de interés superior del niño supremacía sobre el Estado, al que se le impone y lo obliga a actuar en su favor.³⁰

Finalmente, la expresión “niño” se entenderá en los términos previstos por el artículo primero de la CDN, en cuanto a referirse a toda persona menor de dieciocho años, salvo en cuanto la legislación nacional estimara una mayoría de edad distinta.³¹ Se precisa que esta expresión no solo se aplica con carácter individual, sino también

23 Garate (2020) 116.

24 *Mancilla con Lemus* (2016).

25 CRC/G/CG/14 (2013) 39.

26 CRC/G/CG/14 (2013) 36.

27 CRC/G/CG/14 (2013) 37.

28 Carreta y Barcia (2021) 42.

29 Parte de esta situación implica lo que, en palabras de Baeza (2001) 356, ha sido “la tendencia natural del derecho de familia del abandono del concepto de poder con que se concebía la patria potestad. La idea que prerrogativas del padre sobre el hijo, con la que se concebía la autoridad paterna, se ha ido perdiendo paulatinamente para ser sustituida por la idea de una función establecida en beneficio y conveniencia de los sujetos pasivos de la misma”.

30 Díaz (2020) 856.

31 El planteamiento de la Convención sobre los Derechos del Niño coincide con lo previsto por la normativa nacional, tanto en cuanto a los artículos 26 y 270 N° 4 del Código Civil chileno.

general o como grupo, por lo que se concibe el interés superior también como un derecho colectivo.³²

Esta valoración y explicación dada a partir de sus propias palabras resulta en extremo relevante, considerando las funciones que el principio de interés superior puede tener, especialmente en cuanto a criterio de interpretación se trata. En esta ruta etimológica de explicación existiría el primer aspecto supralegal del interés superior del niño y que generaría la problemática de la que este artículo intenta hacerse cargo, en cuanto si hay que considerar el interés de los niños por sobre los intereses estatales. Ya resulta conocido que deberían primar los primeros, quedando la duda sobre si ello puede o no, teniendo dicho carácter supralegal, estar sobre el interés social y estatal establecido a través de ley vigente. Es decir, ¿puede desatenderse a la ley por atender a la premisa supralegal del interés superior del niño cuando hay contradicción entre una y otra, como ocurrió en el caso bajo análisis? Se volverá sobre este punto más adelante.

Retomando las explicaciones del interés superior, la segunda vía de comprensión se da por su finalidad u objetivo. El principio consiste en garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño.³³ Es decir, que el contenido del interés superior está estrechamente ligado con la Convención misma y los derechos que esta consagra, pudiendo afirmarse entonces que este principio no es otra cosa, sino que la plena satisfacción de los derechos de los niños,^{34,35} el pleno respeto de sus derechos esenciales. En este sentido, el principio cubre el desarrollo de sus potencialidades y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida.³⁶ De esta forma, todos los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes responden a su interés superior, por lo que ningún derecho debiera verse perjudicado por una interpretación negativa de este principio³⁷ ni debería establecerse una jerarquía entre ellos.³⁸

Nótese que esta visión ha sido explicitada en varias ocasiones tanto por nuestros tribunales de justicia como por tribunales internacionales. De hecho, en la sentencia *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresa que el principio del interés superior del niño “se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propios de estos y en la necesidad de propiciar el desa-

32 CRC/G/CG/14 (2013) 23.

33 CRC/G/CG/14 (2013) 4.

34 Cillero (1999) 54.

35 En este mismo sentido, sentencia *Errickson con Jiménez* (2015), cuando refiere que el principio de interés superior del niño debe identificarse con sus derechos, por lo tanto, el interés superior es la plena satisfacción de sus derechos, bienestar que podrá obtener en la medida que pueda desarrollar su personalidad de manera plena y armónica.

36 Acuña (2018) 19.

37 CRC/G/CG/14 (2013) 4.

38 Decs (2019) 19.

rollo de estos”.³⁹ Por su parte, en el caso de los tribunales nacionales, las sentencias *J. G. G. con A. S. P.* (2009) y *P. M. N. con S. S. L.* (2010), expresan similares ideas. El primer fallo, expresa:

El interés del menor constituye un concepto jurídico indeterminado, de contornos imprecisos y de profunda utilidad en el derecho comparado. No obstante, puede afirmarse que alude a asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales; y a posibilitar la mayor suma de ventajas, en todos los aspectos de su vida, en perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad.

Por su parte, la segunda sentencia referida señala que

en estas materias debe tenerse siempre en consideración el interés del niño, como principio fundamental e inspirador del ordenamiento jurídico nacional, de relevancia transversal en la legislación de familia y de menores (...) y puede afirmarse que consiste en el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, para procurar el cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales. Dicho principio se identifica con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derechos, identificándose de esta manera interés superior con los derechos del niño y adolescente.

La última ruta de explicación es conforme a las funciones que el interés superior presta, los que según el Comité de los Derechos del Niño son las de ser un derecho sustantivo, un criterio de interpretación y una norma de procedimiento. Estos tres usos no son contradictorios entre sí, pero claramente diferenciables. El concebir el interés superior como un derecho sustantivo está dado por las reflexiones anteriores referidas a lo superior del interés, tomando forma de aquel derecho que los niños tienen consistente a que se otorgue preeminencia a sus derechos por sobre otros derechos de otras personas que pudieren estar involucradas en una situación que les afecte. Ello al momento de analizar algún tipo de alteración en su bienestar, debiendo preferirse aquella solución que desarrolle de mejor forma los derechos de la infancia en su conjunto o como un todo.⁴⁰ Así, se relaciona con los demás derechos fundamentales que también deben ser reconocidos, en forma que el niño esté en condiciones de exigir dicha consideración a la autoridad y a la sociedad en general, como una personalidad protagónica que permite que las infancias puedan interpelar al mundo adulto.⁴¹

39 Según explica Garate (2020) 115, citando la sentencia del caso *Gelman con Uruguay* (2011), las sentencias de la Corte Interamericana involucran no solo a las partes del caso en análisis, sino que también tiene efectos vinculantes para todos los Estados signatarios de la CADH. Así pues, debe considerarse la actividad interpretativa de las normas convencionales, en cuanto tienen una vinculación indirecta *erga omnes*. Visto así, la concepción propuesta por *Atala Riffó y Niñas vs. Chile* (2012) mantiene vigencia y aplicación.

40 Carreta y Barcia (2021) 44.

41 Pace, Ríos y Russo (2021) 214.

De lo anterior se deriva que el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho se logra precisamente a través del principio de interés superior. Ello bajo la concepción de derechos humanos vistos como facultades que permiten oponerse a los abusos de poder y superar el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia,⁴² presentándose como una garantía, es decir, un vínculo normativo idóneo para asegurar efectividad a sus derechos subjetivos.⁴³ Es el derecho consistente en que se les reconozcan sus derechos como prioritarios, garantizándose sus derechos fundamentales, su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad, teniendo en cuenta sus necesidades particulares como personas,⁴⁴ sujetos de derecho que niños, niñas y adolescentes son.

Luego, el interés superior del niño reconoce función de ser norma de procedimiento, lo que implica que en el proceso de adopción de decisiones deberá incluirse una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados, por lo que se requiere la evaluación y determinación de garantías procesales existentes para ellos,⁴⁵ lo que al caso nacional se consagra expresamente en el artículo 16 de la Ley N° 19.968 Crea los Tribunales de Familia. Se incluyen acá derechos de alta importancia que derivan de la norma y principio de ser oído y participar,⁴⁶ admitiéndose, por ejemplo, que estos puedan nombrar representantes y a participar en decisiones que les afectan directa o indirectamente.⁴⁷ Así, si bien la primera aproximación de esta función estaría dada por un grupo de derechos, como los de defensa, expresión de su propia opinión, recurrir de las resoluciones que le afecten, que se pesquisen y analicen adecuadamente los hechos y que estos se argumenten en la decisión judicial,⁴⁸ su uso es más amplio, ya que se asocia en general a todos los derechos de participación. Es decir, los propios de la dinámica de los procesos de interacción de la autoridad y niños, niñas y adolescentes, incluyendo derechos de libertad de pensamiento, información, asociación, reunión y accesos a los medios de comunicación, todos los cuales garantizan la participación y representación de los niños, niñas y jóvenes en los procedimientos judiciales.⁴⁹ Esta función permite enten-

42 Cillero (1999) 55.

43 Ferrajoli *apud* Cillero (1999) 54.

44 Acuña (2018) 19.

45 CRC/G/CG/14 (2013) 6.

46 Véase explicaciones al respecto en la Observación General N° 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado CRC/G/CG/12 (2009).

47 Pace, Ríos y Russo (2021) 211.

48 Según Carreta y Barcia (2021) 54, estas aristas serían los cinco parámetros hermenéuticos sobre cuestiones procesales que sirven de guía a los encargados de aplicar el concepto en los procedimientos que tenga por objeto resolver cuestiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes.

49 La sentencia *Reservado con Reservado* (2017) expresa: “La defensa en su aspecto o dimensión de defensa material se traduce en las facultades del niño, niña y adolescente a intervenir en todos los asuntos que le afecten, formular alegaciones y presentar prueba y, en general, estar protegidos en contra de cualquier indefensión, por lo que no se satisface consultando la opinión en una oportunidad durante

der al interés superior como una base fundamental para la construcción de la democracia⁵⁰ y una aplicación del principio de no discriminación e igualdad contenido en el artículo segundo de la Convención.

Finalmente, y siendo la función más relevante del interés superior para efectos de este trabajo, está el reconocerle como regla o criterio de interpretación. Dicho uso implica entender al interés superior como un medio de información tanto de normas e instituciones, ya sea para detectar conflictos o para solventar problemas en los que resulte afecto,⁵¹ transformándose en un principio procesal rector que tiene una jerarquía superior a cualquier otro y que tiene la función de ser guía o pauta para interpretar, aplicar y ejecutar normas.⁵² Su uso —nuevamente— no es solo un enfoque, recomendación o paradigma para la autoridad (y en el caso de este trabajo, para el juez), sino que consiste en la obligación impuesta por la necesidad que, en el caso que una disposición jurídica admita más de una interpretación, se elija aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño,⁵³ el cual ya sabemos, reconoce como finalidad el goce efectivo de los derechos.

Algunos autores⁵⁴ destacan que este uso del interés superior incluso permitiría llenar espacios vacíos de regulación o lagunas legales. Es decir, que la hermenéutica armónica de las normas vistas desde el interés superior del niño podría generar sustento de decisiones a través del proceso de integración, tanto para la promoción de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no existe norma expresa.^{55,56} Cuestión útil, considerando la ausencia de un cuerpo codificado en materia de familia e infancia en Chile, ya que, como es sabido, la regulación en la materia se establece mediante legislación dispersa, llena de vacíos e incluso contradicciones que, en varios casos, ponen a riesgo los principios que pretenden salvaguardar,⁵⁷ entre ellos, incluso el propio interés superior.

Para el logro de dicho criterio de interpretación la norma chilena no tiene pautas claras, en cuanto el principio de interés superior se incorpora con base en la técnica

la tramitación del proceso, sobre dos o tres alternativas definidas de manera previa, sino que se le debe ofrecer la posibilidad de participar en la construcción del caso, desde un principio, siendo un protagonista de la decisión en un sentido más amplio. No se trata simplemente del derecho a opinar, sino del derecho a participar en la decisión del caso. En la decisión de su propia vida”.

50 Salazar (2006) 16.

51 Ravetllat y Pinochet (2015) 905.

52 Díaz (2020) 840.

53 Tintoré (2016) 35.

54 Entre ellos, Carreta y Barcia (2021), y Ravetllat y Pinochet (2015).

55 Cillero (1999) 58.

56 Dicha situación se aprecia, por ejemplo, en la situación de resolver por vía juicios de filiación cuestiones como la doble filiación materna en caso de parejas del mismo sexo.

57 Domínguez (2005) 206.

de cláusula general.⁵⁸ Esto significa que la forma definitiva del principio se adopta conforme a la aplicación que realice el operador jurídico del principio en el caso en concreto.⁵⁹ Con ello, es su uso lo que convierte al interés superior del niño en parámetro de análisis, valoración y de adopción de decisiones,⁶⁰ cuestión no exenta de complejidades, considerando la eminente subjetividad que de ello pudiera derivar.

Por ello, la doctrina ha puesto énfasis en que se ha desperfilado el uso del principio en favor de interpretaciones demasiado laxas y extensas,⁶¹ corriendo el riesgo de ser útil para interpretar y significar casi cualquier cosa,⁶² y encontrándose varios fallos subjetivos, caprichosos y sin lineamientos definidos en asuntos en los que no se logran alejar las pasiones, prejuicios o convicciones personales de aquello que está bajo decisión.⁶³ En este sentido, se ha afirmado que el interés superior del niño ha funcionado históricamente como un cheque en blanco que siempre permitió que quien tuviera que decidir cuál era el interés superior del niño o niña involucrado, ya sea en el plano judicial u otro, obrara con niveles de discrecionalidad inadmisibles en otros contextos en funciones estatales.^{64,65} Por ello parece relevante respecto del caso bajo estudio, que

58 El modelo de cláusula general corresponde, según indica Acuña (2018) 20, a uno de los dos modelos o sistemas utilizados por los países suscriptores para integrar el interés superior. En este sentido, explica el autor que los países anglosajones se han inclinado por el sistema que denomina de “factores significativos”, consistente en que se han creado pautas o criterios establecidos, lo que controla la arbitrariedad y riesgos de la aplicación del principio. El otro sería el ocupado en Chile, como ya se ha referido, el modelo de cláusula general, también denominada de “de concepto jurídico indeterminado”. Tomando las explicaciones de Ravetlat y Pinochet (2015) 918, estas cláusulas generales acarrear ventajas y desventajas. En las primeras está la posibilidad de acomodar las soluciones a los criterios de conciencia social prevalentes en un momento histórico, permitiendo la adaptación del mandato legal a cada supuesto en concreto; en las segundas, la posibilidad que pueda plantearse, en este caso al aplicar el interés superior, interpretaciones personales o subjetivas de la cláusula por el juez.

59 Según la sentencia *Mendoza con Maldonado* (2018), esta configuración dada para el caso en concreto es imperativa, indicando “el interés superior del niño, niña y adolescente es un principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución de la controversia específica, lo que significa que su aplicación debe ser concreta a la situación juzgada, en caso contrario, se infringe la norma”. En el mismo sentido, *Reservado con Reservado* (2018), cuando indica que el interés superior es un “concepto que carece de definición legal por lo que corresponde a los jueces del fondo valorar las circunstancias y determinar su más adecuada realización en el caso de que se trata”.

60 Franco (2020) 3.

61 Carreta y Barcia (2021) 1.

62 Marre y San Román (2012) 2.

63 Acuña (2018) 28.

64 Beloff (2009) 30.

65 En este sentido, Cardanello *apud* Barna (2012) 12, califica al interés superior del niño como un “cascarón vacío”, de eminente contenido arbitrario y objeto de interpretaciones contradictorias, alertando sobre el riesgo de que el interés superior se convierta en un medio privilegiado por el cual el Estado pueda controlar y regular no solo las funciones parentales, sino también las relaciones familiares mismas. Discrepamos de las posturas ahí referidas conforme a las explicaciones que se darán más adelante.

se explique que no se trata de un “antojo discrecional judicial” la forma en la que se resuelve.

Si bien la función de ser criterio de interpretación resulta en extremo útil y necesaria en cuanto en cierta medida de aquel depende la aplicación real del principio de interés superior en los juicios, este se ha realizado desde un paradigma de incertidumbre, pudiendo transformarse en un elemento que desencadene un uso abusivo o irracional en las soluciones a un conflicto,⁶⁶ cuestión que surge en cierta medida a consecuencia de ser visto el interés superior como una premisa supralegal. No obstante, de dicha característica no puede determinarse una inmediata discrecionalidad de parte del juez, entendiendo que cada vez que se use el interés superior del niño sea de manera caprichosa, ya que el contenido de principio depende en definitiva de su fundamentación y de su coherencia con los derechos del niño.

4. Interés superior en materias de adopción de niños, niñas y adolescentes

Importantes y numerosas han sido sentencias en materia de adopción frente a las que las cortes de justicia nacionales han debido pronunciarse, ya sea para confirmar o rechazar la declaración de susceptibilidad de adopción de un niño o en el establecimiento de filiación adoptiva, también llamada de adopción propiamente tal.⁶⁷ En estos casos es recurrente la referencia al interés superior del niño construido en los términos antes explicados, es decir, al caso en concreto, lo que proviene por el mandato que la propia Ley de Adopción N° 19.620 de menores declara en su artículo primero cuando indica como objeto de la adopción el “velar por el interés superior del adoptado”,⁶⁸ constituyendo el principio de interés superior del niño la médula de este estatuto de filiación.⁶⁹

Son varias las disposiciones de la ley en que el principio de interés superior se declara como una preocupación fundamental. Todo ello encuadrado en el fin ulterior de la adopción, que no es otro que darle una familia a un niño o adolescente carente de ella para que pueda desenvolverse plenamente en la vida,⁷⁰ planteamiento que deriva del ajuste que la norma tuvo a lo dispuesto en el artículo 21 de la Convención sobre

66 Acuña (2018) 20.

67 Tal como explica Campillay (2005) 49, la Ley de Adopción N° 19.620 de menores establece una separación de proceso, es decir, que aun dentro del mismo texto normativo reconoce dos subprocesos. Explica el autor que, en una acertada decisión legislativa, influenciada por la normativa internacional, se separó el proceso de la declaración de susceptibilidad de adopción con el proceso de adopción propiamente tal, eliminando la figura antigua de la declaración de abandono, evitando la confusión de los procesos que antes ocurría.

68 Se replica la idea en los artículos 3, 12, 14, 22 y 24, todos de la misma Ley de Adopción.

69 Campillay (2005) 55.

70 Quintana (2015) 323.

los Derechos del Niño.⁷¹ Con ello, la explicación del principio en cuanto a materias de adopción consiste en una orientación o coacción al juez en orden de no elaborar soluciones jurídicas sin un trasfondo real, sino buscando la trascendencia del adoptado. La adopción no será —solo— la plena satisfacción de sus derechos, sino también un medio para alcanzarlos.⁷²

5. La extensión del interés superior como premisa supralegal

Comprendido que el interés superior es parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, la que ha sido incorporada en nuestra legislación como una de aquellas normas que limitan el ejercicio de la soberanía —según lo dispuesto por el artículo quinto, inciso segundo del texto constitucional, y que este se reconoce en la legislación bajo la técnica de la cláusula general o de concepto indeterminado, sujeta a la construcción en la aplicación al caso en concreto—, toca revisar cuáles son las posibles situaciones que justifiquen que, conforme al caso de estudio expuesto, pueda el juez desatender algunos límites dados por la ley en pos de lo que demandaría el uso del interés superior del niño.

Se ha planteado que el uso del interés superior del niño en lo que respecta a decisión judicial es crucial, en cuanto el juez como operador jurídico aborda la misión de llenar de contenido el interés superior en el caso en concreto. Dicho de otra forma, precisa su significado y su contenido, pasando luego a comprobar la situación o circunstancias concretas del caso, dando así una solución dentro del ámbito de apreciación y variabilidad del concepto jurídico indeterminado en concreto.⁷³ Así, un primer punto de análisis puede considerarse el que la técnica de cláusula general del interés superior pueda transformarse en un mecanismo de control de constitucionalidad de las normas. Es decir, una especie de posibilitador para ejercer corrección política del sistema normativo vigente, cuestión que nos lleva a la inevitable duda sobre si ello está o no dentro de las competencias de nuestros tribunales de justicia. En este sentido, la decisión bajo análisis proviene de una sentencia de Corte de Apelaciones que no fue recurrida ante la Corte Suprema, de lo que deriva que fue la que solucionó la problemática puesta en conocimiento de la justicia, siendo la última autoridad en pronunciarse al respecto. Así, y en palabras de Atria, debemos considerar en el análisis que siempre habrá una autoridad que tenga la última palabra respecto del problema substantivo —en este caso, la Corte de Apelaciones—, cuestión de la que deriva que su palabra o decisión no vale definitivamente porque esté en lo correcto, sino que vale porque es la última,⁷⁴ razón por la cual debe justificarse. El problema consiste en de-

71 Ramos (2007) 486.

72 Garrido (2011) 23.

73 Acuña (2018) 28.

74 Atria (2003) 320.

terminar si es posible o no permitir a los jueces ampliar las normas dictadas a puntos no previstos, fundado en un principio dado por una norma de derechos humanos, especialmente considerando que los jueces no están escogidos democráticamente ni tampoco su función está dada originalmente para tales fines.⁷⁵

Para intentar resolver la cuestión, y sin caer en reiteraciones, recordemos que el interés superior es parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, y esta, como tratado internacional de derechos humanos, se incorpora como uno de aquellos elementos que permiten dar límite de la soberanía nacional según la disposición constitucional. En estos términos, y según las mismas disposiciones de la Carta Fundamental, la soberanía no está exclusivamente en la ley como resultado de las actuaciones del legislador, sino también en todas las actuaciones de las autoridades que la Constitución establece, y entre ellas también los tribunales. Así visto, como estos últimos también ejercen soberanía, podrían ejercer control político-judicial de la norma conforme a las facultades que permitan limitar la soberanía, en este caso, del legislador, por las posibilidades que el tratado de derechos humanos permite. Es el ejercicio de soberanía de un organismo del Estado en contraste al resultado del ejercicio de la soberanía de otro. En este sentido, Habermas cuestionaba si la racionalidad de la ley podría prestar —o no— fuerza legitimadora a la legalidad de una dominación ejercicio en forma de derecho.⁷⁶ Esto es, si basta con que la ley sea comprendida en modos racionales para entenderla como un depositario, si bien no exclusivo, pero al menos prioritario en la gama de productos que surgen por el uso de la soberanía nacional, de lo que deriva que existen otras, y en este caso, la judicatura.

Entendidas las posibilidades conforme a la Constitución política, el cuestionamiento se reduce a la legitimidad de los órganos, del Legislativo y del Judicial. Es decir, si la ley como manifestación de la voluntad soberana elaborada por personas escogidas democráticamente para dicho fin puede quedar opacada por la disposición del discurso racional del juez expresada en la sentencia, a la hora de resolver un conflicto, especialmente cuando estamos hablando de cuestiones de interés público, como es el uso de un tratado de derechos humanos. Esto nos lleva entonces a considerar como línea de explicación a la fundamentación que permita sustentar dicha legitimidad del poder judicial en la forma que resolvió en el caso particular.

A juicio de este autor habría dos conflictos posibles que ameritan explicaciones, para sustentar que el fallo es coherente, dictado conforme a derechos y sin peligro institucional de ninguna especie. Estos conflictos son: la disposición de rango simplemente legal del artículo tercero del código civil que resta valor general a las sentencias judiciales y el factor de competencias y de elección democrática de sus miembros.

El primer argumento, por razones de jerarquía del propio ordenamiento jurídico positivo, no logra subsistir, ya que estamos en una discusión sobre la extensión del

75 Breyer (1999) 49.

76 Habermas (2010) 540.

artículo quinto del texto constitucional. Además, porque todas las explicaciones se hacen desde la doctrina de la protección integral de los niños y niñas, la que impregna el ejercicio de acciones judiciales para asegurar y resguardar el interés superior, garantizando formalmente una mayor flexibilidad en la decisión de los casos.⁷⁷ Su fundamento en el interés superior del niño hace que la norma goce jerárquicamente de una posición preponderante por sobre la ley.

Ya he hablado de las características elásticas y de determinación al caso en concreto del interés superior, por lo que los discursos racionales de los jueces, a través de sus decisiones, se validan por la coherencia que mantengan con los estándares internacionales. De hecho, puede considerarse *prima facie* que el objetivo de la decisión judicial debe ser la maximización de los derechos, en términos que el cumplimiento de dicha premisa permita una validación objetiva del discurso judicial.⁷⁸

Despejado ello, resta la siguiente situación sobre competencias y la elección democrática de los miembros. Siguiendo la línea argumental de Habermas, con la creciente movilización del derecho se agudiza la cuestión de las condiciones de legitimidad de la legalidad, pues en cierto modo el derecho positivo con su creciente velocidad de cambio entierra sus propias bases de validez,⁷⁹ especialmente cuando choca con otro principio-norma, que al caso en concreto pueda brindar una solución más coherente. Así, la norma de la Ley de Adopción debe ser entendida como una modalidad de la acción que refleja un criterio de racionalidad utilizado por los distintos operadores del derecho para resolver conflictos específicos,⁸⁰ cuestión que es, en cierta medida, ordenada por la propia concepción del interés superior del niño expresado como cláusula general.

Si volvemos al caso en estudio, complejo resulta desde la justicia y la moralidad justificar la separación de una niña de su entorno familiar solo por una disposición que limita la noción de familia extensa, especialmente cuando la oponente quedaría fuera de dicha legitimidad activa de deducir oposición a la susceptibilidad de adopción solo por un grado de parentesco. Si bien esta situación de desatención legal puede llevarnos a lo que se define como una deformación del sistema, lo cierto es que nos permite dar más confianza en la justicia y en la administración.⁸¹ Esto, en cuanto, más allá de la necesidad de fundamentación que surge con la positivación del derecho, se permite también que se institucionalicen los procedimientos jurídicos, entre ellos la judicatura, y ello desde fundamentaciones permeables a discursos morales,⁸² especialmente si se trata de aquellos fundados en principios de derechos humanos. Así, si al juez le cabe

77 Garate (2020) 112.

78 Garate (2020) 115.

79 Habermas (2010) 547.

80 Petev *apud* Garate (2020) 111.

81 Habermas (2010) 548.

82 Habermas (2010) 557.

la responsabilidad de analizar los conflictos, desavenencias y hechos controvertidos que se ponen de resalto en un proceso de adopción, debe hacerlo con la finalidad de encontrar una respuesta jurídica válida,⁸³ más allá si esta es o no la que la ley establece, sobre todo cuando se trata de decidir sobre el destino de niños, niñas y adolescentes en un proceso que pone en juego su presente y futuro de un modo concreto.⁸⁴ Así, la desobediencia legal de la judicatura es aparente, ya que el juez no realiza su actuación desde lo antojadizo o discrecional, sino fundándose en una premisa suprallegal: el interés superior del niño, la cual es también un derecho.

Algunas experiencias de otros países de Latinoamérica ayudan a comprender de mejor forma este punto. En el caso uruguayo, por ejemplo, el Código de Niñez y Adolescencia establece en sus artículos cuarto y quinto que

para la interpretación de este Código se tendrán en cuenta las disposiciones y principios generales que informan la Constitución Política de la República, la Convención de Derechos del niño, leyes nacionales y demás instrumentos internacionales que obliguen al país. En caso de duda, se deberá recurrir a los criterios generales de interpretación y, especialmente, a las normas propias de cada materia (...) en caso de vacío legal o insuficiencia, se deberá recurrir a los criterios generales de interpretación.

Con esto la legislación uruguayo establece el uso de los principios, y dentro de aquellos, el de interés superior, no solo como un elemento de consideración, sino incluso como aquel que resuelve dudas, integra el derecho o lo maximiza. Especialmente relevante resulta que, de manera expresa, se proponga la eventual insuficiencia del texto en cuanto a los requisitos del caso específico que se trate, permitiendo que el conflicto de igual forma se resuelva mediante el uso de los principios, lo que refleja la intención clara del legislador de permitir que sea el operador jurídico quien pueda realizar el ejercicio de corrección a la ley. Por su parte, en el caso argentino, la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires sobre *O. J. D. con Reservado* (2013) consideró en un caso de adopción que “en aras de ese interés superior, el proceso debe estar despojado de toda consideración ritualista, para tender caso exclusivamente a la satisfacción de aquella meta”.

Así visto, es probable que en ambas legislaciones la decisión bajo estudio no sería siquiera llamativa, en cuanto se ha aplicado el interés superior por la insuficiencia legal advertida por la legislación uruguayo en la búsqueda de la meta del interés superior, cuestión que rompe las consideraciones ritualistas, según dice la jurisprudencia argentina. Ahora bien, ¿qué hay de esto en la legislación chilena? Bastante. En la interpretación general de la ley, esta declara como objetivo principal el interés superior del adoptado, lo que sumado al principio de subsidiariedad del Estado en la materia conforme al inciso segundo del artículo 15 de su texto, no hacen más que justificar la

83 Garate (2020) 111.

84 Garate (2020) 111.

legitimidad que las cortes tienen para haber actuado como lo hicieron. Lo anterior, en cuanto como operadores jurídicos dependen de su fundamentación discursiva y del criterio valorativo que se aplique para explicar las situaciones,⁸⁵ los que hechos desde el interés superior del niño no pueden considerarse como una desobediencia a la ley, y con ello, a la división de poderes del Estado.

Con ello, el problema democrático aparente queda despejado, en cuanto por más que sea el legislador por definición quien es electo para fines de creación de las normas, el juez también es parte de dicho sistema democrático, especialmente cuando está aplicando normas que, sea por jerarquía o sea por especialidad, exigen el resolver de una determinada forma. En este caso, no es que el juez haya decidido desatender al derecho, sino que solo priorizó el interés del niño por sobre el interés estatal establecido en la ley, cuestión que el propio principio y derecho exige. Recordemos que, como antes se ha analizado, el interés es literalmente superior a otros intereses.

Todo lo anterior implica reconocer que la sentencia fue la consecuencia de un proceso lógico de construcción de una decisión, en el cual se identificó la norma en función de los hechos jurídicamente relevantes.⁸⁶ Este resultado se mantiene, e incluso se refuerza, si vemos la aplicación del interés superior como principio antes que como norma, considerando que estos funcionan como mandatos de optimización legal, en cuanto exigen que se realicen en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas al momento de su concreta aplicación.⁸⁷ En este sentido, el interés superior se encuentra manifestado en normas positivas de la legislación interna del país, en este caso específicamente en la Ley de Adopción, lo que expresa un indicio de su existencia, mas no una condición de su vigencia, por tratarse en verdad de un valor superior al ordenamiento jurídico positivo.⁸⁸

El orden jurídico en la materia en desarrollo tiene un sentido dinámico, ya que la validez de las normas no depende solo de su interpretación, sino también de su forma de aplicación. Este proceso permite una legitimada actividad creadora del juez, a través de una racionalidad discursiva que obliga a los magistrados a interpretar las normas para considerar cómo deben ser aplicadas,⁸⁹ y todo ello a consecuencia de las posibilidades que abre la premisa suprallegal del interés superior del niño. Así, el discurso judicial entendido como proceso deliberativo, se construye con base en una elaboración racional en la que intervienen los principios, las reglas y las normas que se encuentran en el derecho convencional de los derechos humanos y en el ordenamiento jurídico nacional,⁹⁰ tratando de armonizarlos en la medida posible,

85 Garate (2016) 117.

86 Cueto Rúa *apud* Garate (2020) 111.

87 Garate (2020) 122.

88 Corral (1994) 143

89 Garate (2020) 120.

90 Alexy (1995) 68.

salvo que sea necesario escoger uno sobre otro, tal cual ha ocurrido en la sentencia objeto de estudio.

6. Conclusión

Es claro que ante la pregunta sobre si un juez puede o no a su discreción aplicar la ley, la respuesta inmediata sería la negativa. De ahí que advertir que se ha dictado una sentencia que resuelve un asunto fuera de los supuestos legales haría voltear las miradas y llamar la atención de muchos. Lamentablemente, esta no será la oportunidad de sostener dichas aseveraciones, por más que la sentencia se hubiera ampliado a cuestiones no previstas por la ley, rompiendo en cierta medida límites que ella establece en cuanto a las personas legitimadas para poder deducir oposición. Conforme a las explicaciones dadas y al caso de estudio, aparecen las siguientes conclusiones relevantes:

El hecho que el tribunal haya realizado una aparente interpretación *extra-legem* implica reconocer al principio de interés superior como una premisa supralegal que bien permite, justificada y argumentada, ser un mecanismo de corrección del derecho por parte del operador jurídico. Dicha potestad descansaría en las consecuencias y características que la técnica de cláusula amplia de incorporación del interés superior del niño a la legislación tiene. El punto anterior es válido solo si consideramos al interés superior como principio, o si se quiere, como un criterio de interpretación conforme a los usos que la Observación General N° 14 le otorga, ya que si es vista como un derecho —que también es—, el ejercicio interpretativo dejaría de ser *extra-legem*, para pasar a un ejercicio de ponderación de dos derechos distintos. En estos términos, sea por principio de especialidad o bien por principio de jerarquía, el interés superior primaria, validándose la fundamentación de la sentencia también por esta vía.

En estos términos, la discusión no debe centrarse en si el tribunal puede o no permitir oposición en un proceso de susceptibilidad de adopción por una persona no legitimada por la ley, fundado en el interés superior del niño, sino más bien abrir el cuestionamiento sobre si nuestras normas están o no a la línea de los estándares internacionales. Pareciera ser que en dicha tarea los jueces se exponen a ser criticados de atribución inconstitucional de facultades, aun cuando, como hemos indicado, no habría riesgo democrático en la decisión, ya que la resolución es también en derecho.

Así pues, entonces, la voluntad soberana que es la ley puede limitarse también por los tratados internacionales, en cuanto a materias de adopción se trata, los que también han sido validados por el legislador, por su proceso de ratificación. Así, atendido su origen en incorporación, no existe ninguna razón lógica para comprender que un fallo que se resuelva conforme a interés superior del niño, dado por una norma del ordenamiento como lo es la Convención y en preferencia de la Ley de Adopción —otra norma del ordenamiento—, sea una cuestión inconstitucional por atribución de facultades. La ley es una de varias manifestaciones de voluntad soberana, por lo que no parece convincente radicar una mayor cantidad o calidad de soberanía en el origen

de las normas por sobre el que se le puede dar en su aplicación en la resolución de cuestiones en concreto. El ejercicio de aplicación, lo que ocurre en su optimización y uso por el operador jurídico, es idénticamente un acto soberano y, como tal, democrático dentro del Estado de derecho.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alexy, Robert (1995): *Teoría del discurso y Derechos Humanos* (Bogotá, Departamento de publicaciones Universidad Externado de Colombia).
- Atria Lemaitre, Fernando (2003): “El derecho y la contingencia de lo político”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 26: pp. 319-345.
- Acuña Bustos, Andrés (2018): “Principio de interés superior del niño: dificultades en torno a su aplicación en la legislación chilena”, *Revista Opinión Jurídica*, vol. 18, N° 38: pp. 17-35.
- Baeza Concha, Gloria (2001): “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: pp. 355-362.
- Barna Cingolani, Agustín (2012): “Convención Internacional de los Derechos del niño. Hacia un abordaje desacralizado”, *Kairos revista de temas sociales*, año 16, N° 29: pp. 1-12.
- Bécar Labraña, Emilio (2020): “El principio del interés superior del niño: Origen, significado y principales manifestaciones en el derecho internacional y en el derecho interno”, *Revista Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo*, N° 42: pp. 527-580.
- Beloff, Mary Ana (2009): *Los derechos del niño en el sistema interamericano* (Buenos Aires, Ediciones Del puerto).
- Breyer, Stephen (1999): “Revisión judicial: La perspectiva de un juez”, *Estudios Públicos*, N° 75: pp. 49-66.
- Campillay Fernández, Jordan (2015): *La adopción y los nuevos tribunales de familia* (Santiago, Librotecnia).
- Carreta Muñoz, Francesco y Barcia Lehmann, Rodrigo (2021): *Convención de derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto judicial* (Santiago, Der).
- Cillero Bruñol, Miguel (1999): “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”, *Revista Justicia y Derechos del niño Unicef*, N° 9: pp. 125-142.
- Corral Talciani, Hernán (1994): *Familia y Derecho. Colección jurídica Universidad de los Andes* (Santiago, Universidad de Los Andes).
- Decs Dirección de Estudios de la Corte Suprema (2019): *El interés superior del niño, niña y adolescente y su aplicación en la jurisprudencia de la Segunda y Cuarta Sala de la Corte Suprema* (Santiago, Dirección de Estudios de la Corte Suprema de Chile).
- Díaz Díaz, Erika (2020): “El interés superior del niño como concepto jurídico indeterminado”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, N° 278: pp. 837-862.
- Domínguez Hidalgo, Carmen (2005): “Los principios que informan el derecho de familia chileno: su reformulación clásica y su revisión moderna”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N° 2: pp. 205-218.
- Habermas, Jürgen (2010): *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en término de la teoría del discurso* (Madrid, Trotta).
- Franco Castellanos, Carlos (2020): “Hacia la objetivación del interés superior de la niñez y adolescencia”, *Revista Electrónica Contribuciones a las Ciencias Sociales*, abril: pp. 1-14.
- Garate, Rubén (2020): “Una sentencia razonable en materia de adopción”, *Revista anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata UNLP*, año 17, N° 50: pp. 109-127.
- Garate, Rubén (2016): “El interés superior del niño en la filiación por adopción”, *Revista anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata UNLP*, año 13, N° 46: pp. 116-126.

- Garrido Chacana, Carlos (2011): *Los procedimientos de adopción, análisis práctico* (Santiago, Metropolitana).
- Marre Cifola, Diana y San Román, Beatriz (2011): “El interés superior de la niñez en la adopción en España: Entre la protección, los derechos y las interpretaciones”, *Revista Electrónica Scripta Nova*, vol. XVI: pp. 1-8.
- Pace, Daniela; Ríos, Jennifer y Russo, Agustina (2021): “Participación de niñas y adolescentes en organizaciones sociales y relaciones intergeneracionales. Hacia la construcción de una nueva ciudadanía infantil”, en López, Ana; Magistris, Gabriela y Viñas, Silvia (coord.), *Infancia, control social y Derechos Humanos. Diez años de saberes en diálogo* (Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras UBA), pp. 197-216.
- Quintana Vivar, María Soledad (2015): *Derecho de Familia* (Valparaíso, Editorial Universitaria de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, segunda edición).
- Ramos Pazos, René (2007): *Derecho de Familia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición) Tomo II.
- Ravetlat Ballesté, Isaac y Pinochet Olave, Ruperto (2015): “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, N° 42: pp. 903-934.
- Salazar Camacho, María Cristina (2006): *Los esclavos invisibles. Autoritarismo, explotación y derechos del niño en América Latina* (Bocayá, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia).
- Tintoré Garriga, María del Pilar (2016): “Visión jurídica y social de la protección a la infancia y adolescencia”, *Revista de Intervención psicosocioeducativa en la desadaptación social IPSE-ds.*, vol. 9: pp. 34-41.

NORMAS CITADAS

- Código de la Niñez y Adolescencia de la República de Uruguay (07/09/2004).
- Constitución Política de la República de 1980 (17/09/2005).
- Convención sobre los Derechos del Niño (26/01/1990).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Mancilla con Lemus* (2016): Corte Suprema, 18 de octubre, rol 35161-2016 (Casación en el fondo sobre cuidado personal), disponible en Westlaw Chile. Cita online CL/JUR/7188/2016.
- P. M. N. con S. S. L.* (2010): Corte Suprema, 24 de junio, rol 608-2010 (cuidado personal), disponible en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/3505/2010.
- Requerimiento Greeven* (2016): Tribunal Constitucional Chileno, 12 de abril, rol 2867-2015 (sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), disponible en WestLaw Chile. Cita Online CL/JUR/2645/2016.
- Reservado con Reservado* (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de marzo, rol 3714-2018 (Apelación a sentencia de declaración de susceptibilidad de adopción), disponible en Westlaw Chile. Cita online CL/JUR/22219/2020.
- Reservado con Reservado* (2018): Corte Suprema, s.d., rol 7369-2018 (Casación en el fondo) causa reservada, no disponible.
- Reservado con Reservado* (2017): Corte Suprema, s.d., rol 42527-2017 (Casación en el fondo) causa reservada, no disponible.
- Reservado con Reservado* (2010): Corte Suprema, 21 de abril, rol 3349-2009 (deber de crianza y educación), disponible en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/2710/2010.

EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN COMO UN ELEMENTO CLAVE PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LA NIÑEZ MIGRANTE: REVISIÓN DEL CASO CHILENO

The principle of non-discrimination as a key for the protection of the right to cultural identity of migrant children: review of the Chilean case

Glorimar León Silva⁹¹

RESUMEN

Las múltiples formas de discriminación que experimentan los niños, niñas y adolescentes migrantes en las sociedades de acogida atentan contra sus derechos más esenciales, incluyendo su derecho a la identidad cultural. Por ello, analizamos el rol que cumple el principio de no discriminación en la protección de este derecho y extendemos la anterior revisión al ámbito nacional chileno. El tema será abordado mediante una revisión genérica de los avances en el derecho internacional y nacional respecto del reconocimiento del derecho a la identidad cultural de la niñez migrante con base en el principio de igualdad y no discriminación.

Palabras clave: Niñez migrante, identidad cultural, igualdad y no discriminación.

ABSTRACT

The multiple forms of discrimination experienced by migrant children in host societies violate their most essential rights, including their right to cultural identity. For this reason, we analyze the role that the principle of non-discrimination plays in the protection of this right and we extend the previous review to the Chilean national sphere. The topic will be addressed through a generic review of the advances both in international and national law, regarding the recognition of the right to cultural identity of migrant children based on the principle of equality and non-discrimination.

Keywords: Immigrant children, cultural identity, equality, no discrimination.

91 Doctora en Derecho e investigadora en proyecto FONDECYT postdoctorado. Profesora de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Chile. glorimarleon@uautonoma.cl.

1. Introducción

El principio de no discriminación aparece consagrado, *inter alia*, en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de 1989.⁹² Se le observa como un eje transversal y proteccionista respecto del resguardo de otros derechos que asisten a los niños, niñas y adolescentes (NNA). Entre estos derechos, hemos de referirnos al derecho a la identidad cultural (DIC), cuyo aseguramiento recobra importancia en la satisfacción de las necesidades particulares de aquellos que integran grupos más vulnerables: los NNA migrantes.⁹³ Estos migrantes experimentan múltiples formas de discriminación con base en lógicas de exclusión y segregación social,⁹⁴ debido a sus características raciales, su nacionalidad y estatus legal,⁹⁵ lo que ocurre desde el mismo momento de su establecimiento en una sociedad determinada, atentando contra sus derechos más esenciales, incluyendo el DIC.

El DIC está imbricado en las libertades inherentes a la dignidad de la persona e integra, en un proceso permanente, la diversidad cultural.⁹⁶ La formación de los valores culturales se realiza desde la etapa de la niñez y continúa en menor grado en la edad adulta como “un proceso continuo en el que el o los individuos apprehenden, aprenden y transmiten aspectos sustantivos, significativos y simbólicos del mundo social que los involucra en un espacio y un tiempo específico”.⁹⁷ Pero en el caso de los NNA migrantes, la mirada del otro se introyecta, inscribiéndose en el propio cuerpo las relaciones de poder y estos —cuerpos dominados— son el “otro” que viene de afuera de la ciudad y debe demostrar que merece vivir en ella.⁹⁸ Este escenario justifica analizar el rol clave que cumple el principio de no discriminación en la protección del DIC de los NNA migrantes, entendido como uno de los derechos humanos que han sido progresivamente reconocidos en diversos instrumentos internacionales.

Asimismo, extendemos el anterior análisis al ámbito nacional chileno, tomando en cuenta que a nivel latinoamericano este país ha ratificado la mayoría de los instrumentos que reconocen el DIC. Además, las cifras estadísticas en Chile reflejan un repunte

92 Artículo 2.2 de la CDN.

93 La vulnerabilidad ha sido ampliamente estudiada: Mariño y Fernández (2001) 24, Mello (2019) 256, Mello Lacerda (2020) 203. Entendida como una situación de impotencia que es impuesta al inmigrante por la estructura de poder de un país, derivada de la existencia de una estructura cultural, comprendida por un conjunto de elementos de tipo despectivo que tienden a justificar las diferencias entre nacionales y no nacionales, según Bustamante (2000), Rodríguez Vignolli (2000). En el caso de la niñez migrante, esta vulnerabilidad viene acentuada con motivo de la edad, la distancia de su país de origen y, en ocasiones, la separación de sus padres. Véase, Opinión Consultiva OC-21/14 (2014), párr. 66.

94 Solé *et al.* (2000)133; OIM (2006) 329.

95 Crépeau (2014).

96 Ruiz Chiriboga (2006) 44.

97 Lezcano (2005) 43.

98 Ferraudi (2009) 173.

e intensificación de sus flujos migratorios⁹⁹ y, no obstante, la situación jurídica sobre la protección general de los derechos que asisten a los migrantes es *incierto*. Aunque Chile cuenta con una nueva legislación migratoria, su aplicación está en ciernes, debido a la reciente entrada en vigor de su nuevo reglamento. Ante este contexto, nos preguntamos: ¿Qué rol juega el principio de no discriminación en la protección del derecho a la identidad cultural de los niños, niñas y adolescentes migrantes en Chile?

Para responder a la anterior pregunta, hemos estructurado la presente investigación en dos partes: la primera contentiva de una revisión genérica de los aportes del derecho internacional respecto del reconocimiento del derecho a la identidad cultural de la niñez migrante con base en el principio de igualdad y no discriminación; y, la segunda, contentiva los avances en el derecho nacional chileno respecto del reconocimiento del derecho a la identidad cultural de la niñez migrante con base en el referido principio. La metodología es de estudio dogmático de las fuentes normativas, revisión bibliográfica y verificación jurisprudencial.

2. Aportes del derecho internacional respecto del reconocimiento del derecho a la identidad cultural de la niñez migrante con base en el principio de no discriminación

La protección de los NNA contenida en los instrumentos internacionales erigidos para la protección de los derechos humanos tiene su razón de ser en la promoción de su desarrollo armonioso y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. No obstante, pese a todas las previsiones internacionales, la discriminación sigue existiendo como un fenómeno social generador de desigualdad, falta de oportunidades, una menor calidad de vida, falta de participación, entre otros. Como sostiene Sassen, “el inmigrante o, de forma más general, el extranjero, son concebidos en el derecho y mediante las políticas como sujetos parciales”.¹⁰⁰ Y esta discriminación se manifiesta en el trato individual, pero también se revela en la situación de desventaja y subordinación que padecen grandes grupos de NNA.¹⁰¹

El principio de igualdad y no discriminación se observa reconocido en la mayoría de los instrumentos internacionales erigidos tanto en el ámbito internacional como en los ámbitos domésticos. Empero, respecto de la protección de los NNA, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) lo incluye en su artículo 2, que reza:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la

99 INE y DEM (2019)

100 Sassen (2010) 369.

101 Campos (2009) 362.

opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. 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.

De la referida previsión internacional se desprende una prohibición de discriminación que se impone a los Estados partes para que estos aseguren sin distinción alguna la aplicación de la CDN y de los derechos enunciados en ella a los NNA; y, la actitud positiva que estos deben adoptar para asegurar el cumplimiento de esta prohibición de discriminación. Por ello, este principio es uno de los cuatro en los que se inspira la CDN. Los otros tres son: el principio de interés superior del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación.¹⁰² Juntos constituyen los pilares en los que se incardina transversalmente todo el sistema de protección de los NNA.

Para entender cómo funciona el principio de igualdad y no discriminación, hemos de tomar en cuenta los lineamientos desarrollados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de los que se desprende que esta noción hace referencia a la prohibición de diferencia de trato arbitraria y a la obligación de crear condiciones de igualdad real y efectiva respecto de grupos en mayor riesgo de ser discriminados.¹⁰³ Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha enfatizado que:

El principio de no discriminación enunciado en la Convención exige que todos los derechos garantizados por la Convención se reconozcan para todos los niños dentro de la jurisdicción de los Estados, (...) el principio de no discriminación no impide que se adopten medidas especiales para disminuir la discriminación.¹⁰⁴

Más relevante aún es entender que este principio de igualdad y no discriminación emana de la dignidad personal¹⁰⁵ —entendida como una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo ser humano, independientemente de su condición de nacional o extranjero— y exige el respeto de su legítima esfera de autonomía e independencia,¹⁰⁶ permitiendo deducir¹⁰⁷ el DIC como derecho humano.

102 Corte IDH (19/08/2014) 68.

103 CIDH (5/12/2011) 89, 90-95.

104 Comité de los Derechos del Niño (2003) 30.

105 Un concepto véase, Marín (2007) 2; Valls (2015) 283-285; Sarmiento (2016).

106 Hübner (1973) 19.

107 Habermas (2010) 7 y ss.

En el ámbito universal se destacan algunos instrumentos que han reconocido progresivamente el DIC. Su interpretación, bajo un amplio espectro con base en el principio de igualdad y no discriminación, permite la fundamentación del DIC a favor de los migrantes en general. Entre otros, se destacan los siguientes instrumentos universales: el artículo 15.1 literal a del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDCP) en sus artículos 27 y 2.1; la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CMW, por sus siglas en inglés) en su artículo 31; el artículo 5 de la Declaración de la ONU sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas; y, el Convenio 169 OIT sobre pueblos indígenas y tribales. Su protección especial respecto de la infancia ha sido enunciada en PIDESC (artículo 10) y se reconoce con mayor precisión en el Preámbulo de la CDN, texto que recalca la necesidad de tomar en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso de los NNA. El artículo 29 de la CDN reitera el reconocimiento del derecho de estos a una educación en la que se refuerce su identidad cultural, así como de su idioma y sus valores; y, su artículo 30 les reconoce el derecho a tener su propia vida cultural.

De la interpretación hermenéutica de los anteriores instrumentos se desprende el reconocimiento del DIC a favor de los NNA migrantes. De hecho, el Relator Especial, interpretando los anteriores instrumentos internacionales en relación con el resguardo del DIC, se ha pronunciado respecto de los servicios —prestados por los Estados partes— orientados a desarrollar las capacidades del niño en general y enfocados en cuestiones específicas, como las aptitudes lingüísticas de aquellos NNA que tienen pocas posibilidades de hablar el idioma local en el seno de su familia o vecindad. En este contexto, este órgano internacional ha elogiado los esfuerzos realizados por algunos países de la OCDE por incluir a los NNA migrantes, así como aquellos de origen migrante en programas de apoyo para el desarrollo de sus aptitudes lingüísticas y su integración cultural en los países de destino.¹⁰⁸ Esta interpretación traslada el deber de resguardar el DIC de la niñez migrante a los Estados, mediante la implementación de políticas que promuevan su inclusión dentro de las sociedades de acogida y que reconozcan la diversidad cultural de estos grupos bajo valores de tolerancia, respeto y conocimiento mutuo de sus diferencias.

En el ámbito interamericano, revisten especial interés las previsiones genéricas contenidas en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), relativas a la protección de los derechos de la niñez. No obstante, esta aparente generalidad o superficialidad con la que se atienden los derechos de la niñez en la CADH se complementa y fortalece bajo la aplicación del artículo 2 de la CADH, relativo al deber de los Estados de adecuar disposiciones de derecho interno a las dis-

108 Bustamante (2009) 75.

posiciones de la CADH¹⁰⁹ y el artículo 29, letra d, del mismo instrumento, respecto de la prohibición de excluir otros instrumentos relativos a derechos humanos al momento de proceder a su interpretación.¹¹⁰ Asimismo, los artículos 1 y 24 de la CADH permiten una interpretación amplia del derecho a la igualdad y la no discriminación para reconocer a favor de la niñez migrante aquellos derechos reconocidos a los NNA en los diversos instrumentos internacionales, incluyendo el DIC. En consecuencia, una interpretación hermenéutica de las disposiciones de la CADH junto a aquellas previsiones universales que reconocen el DIC a favor de la niñez migrante, de acuerdo con las consideraciones desarrolladas en los párrafos que anteceden, permite argumentar el DIC a favor de estos grupos de migrantes y en este contexto reiterar el deber de adoptar medidas especiales para el cumplimiento de sus derechos sin discriminación y en igualdad de condiciones que el resto de la población. Y esta obligación de adoptar medidas de protección especiales —respecto de este y otros derechos de la niñez migrante— alcanza a su familia, a la sociedad y al Estado,¹¹¹ bajo distintos niveles de responsabilidad dependiendo del contexto.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte IDH, al ser el órgano habilitado para la interpretación de la CADH —según los artículos 62.1 y 62.2 de la referida convención—, ha asentado varios criterios importantes para asegurar el resguardo del DIC respecto de la migración,¹¹² puntualizando la necesidad de su resguardo como un valor democrático relevante.¹¹³ Este tribunal se ha pronunciado respecto al derecho de los NNA indígenas a vivir de acuerdo con su cultura, religión e idioma, aspectos que claramente hacen referencia al DIC. Según lo ha sostenido esta Corte:

Los Estados, además de las obligaciones que deben garantizar a toda persona bajo su jurisdicción, deben cumplir con una obligación adicional y complementaria definida en el artículo 30 de la Convención sobre los derechos del niño, la cual dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana, y que consiste en la obligación de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma.¹¹⁴

109 Esta obligación estatal de adecuar la normativa interna “no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que debe irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos” Corte IDH (19/08/2014) 65.

110 Esto también lo ha entendido la Corte IDH respecto de la obligación del Estado parte de respetar los derechos de los niños, niñas y adolescentes reconocidos en los demás instrumentos internacionales. Véase, Corte IDH (25/11/2013) 219.

111 Corte IDH (28/08/2002) 66.

112 Véase, sobre este particular, Corte IDH (10/09/1993), Corte IDH (15/06/2005), Corte IDH (17/06/2005), Corte IDH (29/03/2006), Corte IDH (28/11/2007), Corte IDH (12/06/2012), Corte IDH (8/10/2015), Corte IDH (5/02/2018), Corte IDH (6/02/2020).

113 Corte IDH (12/06/2012) 217.

114 Corte IDH (25/05/2010) 167. El resaltado es nuestro. En similares términos, véase también: Corte IDH (24/08/2010) 261, Corte IDH (17/06/2005) 221.

Otros criterios jurisprudenciales emitidos por este órgano se observan enfocados en el reconocimiento del DIC a favor de las minorías étnicas y afrodescendientes¹¹⁵ y —más recientemente— a *todos los grupos* y personas.¹¹⁶ No obstante, mediante la interpretación hermenéutica de las previsiones relativas al derecho a participar en la cultura —contenidas en los instrumentos erigidos en el ámbito universal y regional, junto a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación— se configura un estándar internacional que permite argumentar y promover el resguardo del DIC a favor de los NNA migrantes.

3. Avances en el derecho nacional chileno respecto del reconocimiento del derecho a la identidad cultural de la niñez migrante con base en el principio de no discriminación

El fenómeno de la migración y su globalización ha puesto en contacto más estrecho que nunca a diferentes culturas, grupos y personas en un momento en que cada una de ellas se esfuerza por preservar su propia identidad. Y el Estado chileno no escapa de esta realidad global. Respecto del fenómeno migratorio, las estadísticas en Chile reflejan un incremento en la cantidad de menores extranjeros, pues según la estimación de población migrante en Chile a diciembre de 2019, en el país hay actualmente 149.666 niños entre 0 y 14 años migrantes, lo que equivale al 10,0% de la población extranjera mayormente proveniente de Venezuela, Perú y Bolivia, los que en total suman 93.507 personas.¹¹⁷ Asimismo, para el 2020, un porcentaje importante de la población infantil migrante en Chile vivía en contextos de pobreza (26%),¹¹⁸ lo que refleja la vulnerabilidad a la que se exponen estos grupos migratorios. Además de la pobreza, la exclusión de estos grupos vulnerables se intensifica con la discriminación y dificultades de adaptación a los nuevos entornos. Los NNA migrantes en Chile experimentan discriminación racial por su origen nacional, color de piel, acento o fenotipo, mediante comentarios xenofóbicos y hostiles,¹¹⁹ lo que atenta contra su identidad cultural e imposibilita su adaptación por ser los *diferentes*. Tal panorama justifica la revisión que a continuación presentamos. Nos enfocaremos en la protección jurídica que brinda la normativa chilena a los NNA migrantes en cuanto al ejercicio del DIC con base en el principio de igualdad y no discriminación.

115 Corte IDH (10/09/1993), Corte IDH (15/06/2005), Corte IDH (28/11/2007) 128, Corte IDH (8/10/2015).

116 Corte IDH (6/02/2020) 231, 236, 240.

117 INE y DEM (2019).

118 CASEN (2020) 23.

119 INDH (2012) 33-35.

El conjunto de instrumentos ratificados por Chile¹²⁰ y, por ende, vinculantes, se traduce en su aplicación preferente en temas de derechos humanos, al limitar el ejercicio de la soberanía estatal conforme al artículo 5, inciso 2, de la Constitución de la República de Chile (CPR). Aunque la CPR no reconoce textualmente el derecho a la identidad cultural, su catálogo de derechos no es taxativo. Por ello, el reconocimiento del DIC se sostiene al incluirlo dentro que aquellos derechos que forman parte del bloque constitucional de derechos,¹²¹ conformado por los derechos reconocidos y amparados en el sistema internacional e incorporados como parte del ordenamiento jurídico nacional vigente una vez ratificados por Chile. Además, el artículo 1, inciso 1, de la CPR contempla el principio de igualdad en dignidad y derechos que asiste a *toda persona* junto al artículo 19, N° 2. De ello se desprende la prohibición de toda discriminación arbitraria y el respeto de la diversidad. Así también lo han interpretado las máximas cortes chilenas, sosteniendo —en interpretación de las anteriores previsiones— que la CPR no distingue en el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales, sino que les reconoce a los extranjeros tal título de derechos plenamente.¹²² Ello distingue a la CPR por ser integradora y permite argumentar el ejercicio del DIC a favor de los NNA migrantes, lo que se traduce en el ejercicio del derecho a conocer su cultura de origen —y que esto suceda en el contexto local—, reforzando una identidad y un sentido de pertenencia transnacional.¹²³

Bajo la aplicación de este principio de igualdad y no discriminación se reconocen otros derechos constitucionales vinculados con el resguardo de la identidad cultural (artículo 19, N° 4 CPR, respeto y protección a la vida privada y a la honra de la per-

120 En el plano universal, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) y un conjunto de otros instrumentos específicos sobre el derecho a la identidad cultural. Sobre el estado de ratificación de estos y otros instrumentos, véase, United Nations, “*Chapter IV: Human Rights*”.

121 Véase, Bogdandy *et al.* (2014). La noción de “bloque constitucional” —con el objeto de servir como baremo de constitucionalidad— se trata de un desarrollo dogmático que también puede ser aplicado al Estado chileno, según Nash Rojas (2012) 44. En Chile, aunque es un tema discutido a nivel doctrinario, es posible afirmar la existencia de un bloque constitucional de derechos humanos, de acuerdo con Nogueira Alcalá (2015) 311, enfocado desde la perspectiva de la dignidad humana. Esta posición tiene una sólida acogida: *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica el Código Penal en materia de lavado y blanqueo de activos (2003)* 17°. Ello también se entiende con base al artículo 1 y el inciso 2, artículo 5 de la CPR, posición que tiene una sólida acogida: *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Ximena Osorio Sagredo respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 —introducido por la Ley N° 20.015—, que actualmente corresponde al artículo 199 del D.F.L. (Ministerio de Salud) N° 1, de 2005, en la causa Rol N° 10.913-2008, de la que conoce actualmente como árbitro arbitrador, el Intendente de Fondos y Seguros de Salud (2009)* 18°.

122 *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el ciudadano haitiano Daniel Alerte, respecto de los artículos 13, 64 N° 2 y 67 del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, en relación a los autos sobre recurso de protección, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 21.751-2012 (2013)* 29°.

123 Pavez-Soto (2017) 619.

sona y su familia e identidad,¹²⁴ libertad de conciencia y religión,¹²⁵ artículo 19, N° 6 de la CPR; igual protección de la ley respecto del acceso a la defensa jurídica, artículo 19, N° 3 CPR).

Por todo lo anterior, sostenemos que el principio de igualdad y no discriminación juega un rol preponderante para deducir el resguardo del DIC a favor de la niñez migrante. Así, una revisión del ámbito normativo contenido en la CPR nos permite deducir la protección del DIC a favor de los NNA migrantes con base en el principio de igualdad y no discriminación. Este texto normativo: i) contempla un catálogo de derechos que no es taxativo; ii) conforme al bloque constitucional de derechos, aplicando las previsiones del artículo 5, inciso 2, incorpora los derechos humanos reconocidos en los instrumentos ratificados por Chile; iii) es integrador, al reconocer la titularidad de sus derechos no solo a los chilenos, sino también a los extranjeros, según lo interpretado por las máximas cortes chilenas.

Asimismo, en Chile los derechos de los NNA migrantes se garantizan en una serie de instrumentos de carácter legislativo y administrativo. En el ámbito legislativo, se observan prohibiciones de no discriminación arbitraria en cuanto al disfrute de los derechos que asisten a los NNA, cuya aplicación se extiende a la niñez migrante. Ello lo deducimos, por ejemplo, de la aplicación de los principios rectores contenidos en: i) el artículo 4 de la ley relativa al funcionamiento del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia,¹²⁶ ii) el artículo 5 de la ley que regula el funcionamiento de la defensoría de la niñez.¹²⁷

Más detalles se observan en la Ley Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, en sus artículos 8 (principio de igualdad y no discriminación arbitraria) y 19 (principio de inclusión). El primero hace referencia a la igualdad en el goce, ejercicio y protección de los derechos de los NNA, sin discriminación arbitraria basada en elementos como la raza, etnia, nacionalidad, cultura, estatus migratorio, idioma, religión, entre otros.¹²⁸ En la segunda de las previsiones legales se promueve la inclusión, a fin de asegurar que los NNA migrantes que se encuentren en territorio chileno, con independencia de su situación administrativa, disfruten de los

124 Elemento vinculado a la identidad cultural por las cortes chilenas: *C. T. M contra I. M. de O.* (2012) 7°; *C. A. T. L. contra Municipalidad de O.* (2013) 5°.

125 La Corte se ha referido a este derecho, asociándolo a estos grupos al referirse a este como un “derecho legítimo que tienen los recurrentes, tanto al libre ejercicio y desarrollo de sus creencias religiosas y ritos sagrados [conforme el N°6 del artículo 19] de modo que, de tolerar que se los pase a llevar, se los diferenciaría, arbitrariamente”, *Comunidad Indígena de la Banda y la Comunidad Atacameña Agrícola y Cultural “KAMAC MAYU, hijos de Yalquincha contra Sociedad Inversiones e Inmobiliaria Villa Nueva S.A.* (2013) 11°.

126 Ley N° 21.302 de 2021.

127 Ley N° 21.067 de 2018.

128 Ley N° 21.067 de 2018, artículo 8.

mismos derechos que los NNA nacionales.¹²⁹ Asimismo, esta ley promueve y protege el desarrollo cultural y social de estos grupos y les reconoce el derecho a participar de la cultura, junto a otros derechos como el de obtener una educación que respete su identidad cultural y ejercer la cultura de su lugar de origen.¹³⁰ Lógicamente, tales reconocimientos se aplican a los NNA migrantes.

Observamos pues, que la Ley Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia reviste de importancia para el aseguramiento del DIC a favor de los NNA migrantes, al definirse en su artículo 2 como un marco para que el Estado adopte todas las medidas administrativas, legislativas o de otro carácter para la defensa y protección, particular y reforzada de los derechos de los NNA provenientes de grupos sociales específicos, tales como migrantes, garantizando su pleno desarrollo y respeto a las garantías especiales que les otorgan la CPR, la CDN y demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y las leyes. Esta incorporación expresa por vía legislativa —tanto de la CPR como de los demás tratados internacionales erigidos en materia de derechos humanos— junto a la incorporación del principio de no discriminación arbitraria y las otras previsiones legales antes revisadas, constituyen un punto de partida para argumentar hermenéuticamente el resguardo del DIC a favor de la niñez migrante.

En el ámbito migratorio también reviste interés la nueva legislación migratoria, pues su texto parece haber efectuado cambios positivos respecto de las críticas efectuadas en relación con las previsiones del DL 1.094 en cuanto al reconocimiento de los derechos humanos que asisten a los migrantes. En varias secciones de esta nueva legislación se alude al reconocimiento de los derechos amparados por la CPR y por los tratados internacionales debidamente suscritos por el Estado chileno en el ámbito de los derechos humanos.¹³¹ También contempla el principio de no discriminación y le define.¹³² Asimismo, este texto normativo contiene referencias indirectas respecto de la identidad cultural de los migrantes, al aludir a la integración e inclusión de estos —junto con sus diversas expresiones culturales— dentro de la sociedad chilena.¹³³ Respecto de los derechos que les asisten a los NNA, el artículo 4 de esta ley establece el deber del Estado chileno de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y judiciales necesarias para asegurar el pleno ejercicio y goce de sus derechos. Vale destacar que, según esta ley, este reconocimiento de los derechos amparados en tales instrumentos internacionales y nacionales —lo que implica un reconocimiento indirecto del DIC— les corresponde a los NNA migrantes desde su ingreso al país y cualquiera sea la situación migratoria de sus padres o de los adultos que los tengan a su cuidado.

129 Ley N° 21.067 de 2018, artículo 19.

130 Ley N° 21.067 de 2018, artículos 1, 18, 25, 26.

131 Véanse, artículos: 3, inciso 5; 1, número 7; artículos 4, 11, 12, 13, 21, 22.2; todos de la Ley N° 21.325 de 2021.

132 Véase artículo 1.7 y artículo 3, inciso 6, de la Ley N° 21.325 de 2021.

133 Véase artículo 6 de la Ley N° 21.325 de 2021.

Hemos de observar que la reciente entrada en vigor del nuevo reglamento constituye un factor clave en la aplicación de la nueva legislación migratoria. Si bien se trata de una legislación que contempla una pléyade de previsiones garantistas, será la futura interpretación jurisprudencial la que determinará su efectiva aplicación. En esta tarea lo ideal sería que, bajo principio de no discriminación y con base en los anteriores parámetros, los órganos judiciales desarrollen criterios jurisprudenciales que aseguren el resguardo del derecho a la identidad cultural de la niñez migrante como un derecho necesario para asegurar su pleno desenvolvimiento dentro de la sociedad chilena.

Por su parte, en el ámbito administrativo, desde la política pública de infancia también se han desarrollado una serie de medidas —circulares y oficios— que promueven el reconocimiento de los derechos que asisten a los NNA migrantes en áreas de salud, educación, entre otras.¹³⁴ Estas medidas constituyen un avance respecto del acceso a estos servicios por parte de los NNA migrantes. No obstante, desde un punto de vista crítico, aún resultan insuficientes para alcanzar los retos que impone el resguardo del DIC de los NNA migrantes en Chile, pues en sus contenidos no se incluye la promoción de la interculturalidad que debiera reinar en estas políticas para dotarlas de eficacia en la lucha contra los obstáculos derivados de la discriminación que experimentan estos grupos vulnerables dentro de la sociedad chilena. En este contexto se hace necesario que la autoridad migratoria promueva no solo la accesibilidad, sino también la atención de todas las diversas necesidades de los NNA migrantes, incluyendo el respeto por sus culturas e idiomas, y su diversidad. Ello requiere el compromiso de los Estados, a fin de ejecutar políticas en línea con los retos de la integración, coordinación y diversidad local.¹³⁵

En el intertanto, la jurisprudencia desarrollada por las máximas cortes chilenas ha avanzado en el reconocimiento del DIC a favor de la niñez migrante. Ello se observa respecto de los pronunciamientos emitidos por la Corte de Apelaciones (CA) de Punta Arenas, tras recurrir a la aplicación de parámetros internacionales en relación con la evaluación de las actividades desempeñadas por unas niñas migrantes étnicas y su catalogación como prácticas culturales. El referido tribunal se ha referido al deber que tienen los operadores de justicia de aplicar las previsiones contenidas en los artículos 2, letra b); 3, N° 1; 8, N° 1; y 9, N° 2 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, a fin de verificar si las actividades desplegadas por unas niñas migrantes pertenecientes a la cultura otavaleña se encuentran enmarcadas dentro de un proceso formativo propio de la cultura y, por tanto, socialmente adecuada a esta.¹³⁶ En este caso, previamente el Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas había determinado que

134 Sin ánimos de una revisión exhaustiva, véase: Presidenta de la República (2015); Oficio circular N° 4 (02/03/2018); Ministerio de Salud (2018).

135 Mahon (2008) 2.

136 Ello se desprende por argumento en contrario, según lo señalado por la CA de Punta Arenas en *L. H. T. T. y M. L. C. G.* (2016) 9°.

la situación de las menores J.N.A.M y N.M.A.M., las que pertenecen a una familia de escasos recursos, se enmarca dentro de la actividad formativa tendiente a alcanzar el ideal “Mindalae”, a través del único medio de que disponen las jóvenes para lograr su formación como comerciante.¹³⁷

En sus argumentos, el referido tribunal había reconocido las prácticas culturales que son propias de estos migrantes ecuatorianos de la ciudad de Otavaló, sosteniendo que: “Bajo tal realidad se instala en la cultura quichua otavaleña un ideal compartido por todas las clases sociales denominado ‘mindalae’, que no es otra cosa que el convertirse en comerciante a fin de participar en el comercio que sustenta la elite”.¹³⁸

Así, el referido tribunal —en el caso planteado— sostuvo que ciertas actividades aparentemente comerciales pueden ser enmarcadas dentro de los procesos formativos que integran la identidad cultural de las niñas migrantes étnicas otavaleñas. Luego, tales pronunciamientos plantean las bases del reconocimiento por vía jurisprudencial respecto de la identidad cultural de los NNA migrantes —cuando estos pertenecen a minorías étnicas— al reconocer a estos grupos el derecho a participar de sus actividades formativas de acuerdo con sus prácticas culturales. Ello constituye un avance respecto de los criterios emitidos por la Corte IDH. Recordemos que en sus pronunciamientos este tribunal ha reconocido la titularidad del DIC respecto de los NNA étnicos, sin hacer referencia expresa a los migrantes, aunque ello pueda deducirse de la interpretación hermenéutica de otros criterios jurisprudenciales también emitidos por el referido órgano en los que se ha ampliado la titularidad de este derecho a otros grupos.¹³⁹

4. Conclusiones

El derecho a la identidad cultural está imbricado en las libertades inherentes a la dignidad de la persona y forma parte de la diversidad cultural. La formación de los valores culturales se realiza desde la etapa de la niñez y continúa en menor grado en la edad adulta, pero, en el caso de los NNA migrantes, la mirada del otro se introyecta, inscribiéndose en el propio cuerpo las relaciones de poder, revelando la situación de desventaja y subordinación que padecen estos grupos vulnerables. Por ello, el principio de igualdad y no discriminación constituye un eje transversal para la protección de los derechos de los NNA y juega un rol preponderante para asegurar el DIC de estos grupos. Con esto en mente, hemos de desarrollar un par de consideraciones importantes:

137 Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas (2016) 15°.

138 Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas (2016) 16°.

139 Sobre estos criterios de la Corte IDH, ver comentarios en sección anterior.

Primero, el principio de igualdad y no discriminación se observa reconocido en la mayoría de los instrumentos internacionales erigidos tanto en el ámbito internacional como en los ámbitos domésticos; y, respecto de la protección de los NNA, en el artículo 2 de la CDN. Este principio emana de la dignidad personal y exige el respeto de la legítima esfera de autonomía e independencia, reconociendo las diferencias y permitiendo deducir el DIC como derecho humano. En el ámbito universal se observa el reconocimiento progresivo del DIC; y, respecto de la infancia, el Preámbulo de la CDN recalca la necesidad de tomar en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño. La CDN también reconoce el derecho de los niños a una educación en la que se refuerce la identidad cultural, así como de su idioma y sus valores; y a tener su propia vida cultural. De la interpretación hermenéutica de estos instrumentos erigidos en el ámbito universal se desprende el reconocimiento del DIC a favor de la niñez migrante. Ello ha sido reiterado por distintos órganos internacionales, lo que traslada el deber de resguardar este derecho a los Estados, mediante políticas que promuevan su inclusión dentro de las sociedades de acogida y reconociendo dentro de estas la diversidad cultural de estos grupos bajo valores de tolerancia, respeto y conocimiento mutuo de sus diferencias.

En el ámbito interamericano, revisten especial interés las previsiones genéricas contenidas en CADH relativas a la protección de los derechos de la niñez. Una interpretación hermenéutica de su disposiciones —junto a aquellas previsiones universales que reconocen el DIC a favor de la niñez migrante— permite argumentar el DIC a favor de estos grupos y reiterar el deber de adoptar medidas especiales para el cumplimiento de sus derechos, sin discriminación y en igualdad de condiciones que el resto de la población. Este deber alcanza a su familia, a la sociedad y al Estado, bajo distintos niveles de responsabilidad dependiendo del contexto.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte IDH —como órgano habilitado para la interpretación de la CADH— ha asentado varios criterios importantes para asegurar el resguardo del DIC como un valor democrático relevante. Este tribunal también se ha pronunciado respecto del derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su cultura, religión e idioma, aspectos que claramente hacen referencia al DIC. Otros criterios jurisprudenciales emitidos por este órgano se observan enfocados en el reconocimiento del DIC a favor de las minorías étnicas y afrodescendientes, y, más recientemente, a todos los grupos y personas. No obstante, mediante la interpretación hermenéutica de las previsiones relativas al derecho a participar en la cultura —contenidas en los instrumentos erigidos en el ámbito universal y regional, junto a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación— se configura un estándar internacional que permite argumentar y promover el resguardo el DIC a favor de los NNA migrantes.

Segundo, el conjunto de instrumentos ratificados por Chile —y, por ende, vinculantes— se traduce en su aplicación preferente en temas de derechos humanos, al limitar el ejercicio de la soberanía estatal conforme las previsiones de la CPR. Aunque

este texto base no reconoce textualmente el DIC, su reconocimiento se desprende de la no taxatividad del listado de derechos que ella contempla, lo que hace del DIC un derecho integrante de aquellos reconocidos tácitamente dentro del bloque constitucional de derechos. Además, la CPR contempla el principio de igualdad en dignidad y derechos que asiste a toda persona. Este principio juega un rol fundamental al prohibir toda discriminación arbitraria y fomentar un respeto por la diversidad, lo que permite fundamentar los derechos de los NNA migrantes incluyendo aquí el DIC. Así también lo han interpretado las máximas cortes chilenas, precisando que la CPR no distingue en el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales, sino que les reconoce tal título de derechos plenamente. Esta interpretación hermenéutica de la CPR permite argumentar el DIC a favor de los NNA migrantes.

Asimismo, en Chile los derechos de los NNA migrantes se garantizan en una serie de instrumentos de carácter legislativo y administrativo. En el ámbito legislativo, se observan prohibiciones de no discriminación arbitraria en cuanto al disfrute de los derechos que asisten a los NNA y cuya aplicación se extiende a la niñez migrante. Más detalles de ello se leen en la Ley Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, normativa que incluye el principio de igualdad y no discriminación arbitraria junto al principio de inclusión y promueve el desarrollo cultural y social de los NNA, junto a otros derechos como el de obtener una educación que respete su identidad cultural y ejercer la cultura de su lugar de origen. Esta ley especial reviste de importancia al brindar un marco legal de defensa y protección, particular y reforzada de los derechos de los NNA provenientes de grupos sociales específicos, tales como migrantes, garantizando su pleno desarrollo y respeto a las garantías especiales que les otorgan la CPR, la CDN y demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y las leyes. Entendemos entonces que todas estas previsiones legales antes revisadas constituyen un punto de partida para argumentar hermenéuticamente el resguardo del DIC a favor de la niñez migrante.

En el ámbito migratorio reviste interés la nueva legislación migratoria, pues su texto también alude al reconocimiento de los derechos amparados por la CPR y por los tratados internacionales debidamente suscritos por el Estado chileno en el ámbito de los derechos humanos, incluyendo el principio de no discriminación y referencias indirectas respecto del DIC de los NNA migrantes. Empero, la entrada reciente en vigor del nuevo reglamento constituye un factor clave en la aplicación de la nueva legislación migratoria, pues será la futura interpretación judicial la que determinará la aplicación efectiva de estas previsiones. Por su parte, en el ámbito administrativo, desde la política pública de infancia también se han desarrollado una serie de medidas —circulares y oficios— que promueven el reconocimiento de los derechos que asisten a los niños migrantes en áreas de salud, educación, entre otras. Si bien estas medidas constituyen un avance, desde un punto de vista crítico, aún resultan insuficientes para alcanzar los retos que impone el resguardo del DIC de NNA migrantes en Chile si no se combaten las trabas erigidas por la discrimi-

nación que experimentan estos grupos vulnerables dentro de la sociedad chilena. En este contexto se hace necesario que la autoridad migratoria promueva no solo la accesibilidad, sino también la atención de todas las diversas necesidades de los niños migrantes, incluyendo el respeto por sus culturas e idiomas, y su diversidad. Ello requiere el compromiso de los Estados, a fin de ejecutar políticas en línea con los retos de la integración, coordinación y diversidad local.

En el intertanto, la jurisprudencia chilena ha avanzado en el reconocimiento del DIC a favor de la niñez migrante, argumentando que ciertas actividades aparentemente comerciales pueden ser enmarcadas dentro de los procesos formativos que integran la identidad cultural de las niñas migrantes étnicas otavaleños. Ello plantea las bases del reconocimiento por vía jurisprudencial respecto del DIC de los NNA migrantes —cuando estos pertenecen a minorías étnicas— al reconocer a estos grupos el derecho a participar de sus actividades formativas de acuerdo con sus prácticas culturales e implica para ello el derecho a conocer su cultura de origen —lo que debe asegurarse en el contexto local—, reforzando una identidad y un sentido de pertenencia transnacional.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Bogdandy, Armin Von; Fix-Fierro, Héctor; Morales Antoniazzi, Mariela (2014): *Ius constitutionale commune en América Latina, rasgos, potencialidades y desafíos* (México, UNAM/MPI/IIDC).
- Bustamante, Jorge (2009): “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo: Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, documento de las naciones unidas A/HRC/11/7 78”. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7045.pdf> [Fecha de Consulta: 15/11/2022].
- Bustamante, Jorge (2000): “Un marco de referencia acerca de la vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de los derechos humanos”, *Taller sobre mejores prácticas en materia de migración* (CEPAL).
- Casen (2020): “Encuesta casen en pandemia”. Disponible en: <http://observatorio.ministeriodesarrollo-social.gob.cl/encuesta-casen-en-pandemia-2020>. [Fecha de consulta: 13/03/2020].
- Comité de los Derechos del Niño (2003): “Observación General No. 5: Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”. Disponible en: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCA-qhKb7yhsiQql8gX5Zxh0cQqSRzx6Zd2%2FQRsDnCTcaruSeZhPr2vZQMqmhlfEo7plKbViUo-hP68AqgUKSq8kLJXMNTlpf9VZbzCJMcIV3cDztYhaQ2op>. [Fecha de consulta: 13/03/2020].
- Crépeau, François (2014): “Derechos humanos de los migrantes: Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, documento de las Naciones Unidas A/69/302, 2014”. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/501/99/PDF/N1450199.pdf?OpenElement>. [Fecha de consulta: 13/03/2020].
- Ferraudi, María (2009): *La sociología ahora* (Buenos Aires, Siglo XXI).
- Habermas, Jürgen (2010): “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Diánoia*, vol. LV: pp. 3-25.
- Hübner, Jorge (1973): *Panorama de los derechos humanos* (Santiago, Andrés Bello).
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) (2012): “Niños, Niñas y Derechos Humanos: Nuevos Actores y Nuevas Visiones. Principales Resultados de la Encuesta Nacional de Derechos Hu-

- manos y Niños, Niñas y Adolescentes”. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/547>. [Fecha de consulta: 13/03/2020].
- Instituto Nacional de Estadísticas (INE) y Departamento de Extranjería y Migración (DEM) (2019): “Estimación de personas extranjeras residentes en Chile al 31 de diciembre 2019”. Disponible en: <https://www.extranjeria.gob.cl/media/2019/07/Estimaci%C3%B3n-Poblaci%C3%B3n-Extranjera-enChile.pdf> [Fecha de Consulta: 22/05/2020].
- Lezcano, Alicia (2005): “Las miradas sociológicas sobre los procesos de socialización”, en Carli, Sandra (comp.), *De la familia a la escuela: infancia, socialización y subjetividad* (Buenos Aires, Santillana), pp. 41-75.
- Mahon Rianne (2008): “Childcare policy: a comparative perspective”. Disponible en: <https://www.child-encyclopedia.com/pdf/expert/child-care-early-childhood-education-and-care/according-experts/child-care-policy-comparative>. [Fecha de consulta: 9/03/2022].
- Marín, M^a Luisa (2007): “La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales”, *Revista de Bioética y Derecho*, N^o 9: pp. 1-8.
- Mariño, Fernando y Fernández Carlos (2001): “Introducción y aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo”, en Fernández, Liesa y Mariño, Fernando (coord.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo* (Madrid, Universidad Carlos III de Madrid), pp. 19-26.
- Mello, Patricia (2019): “Constitucionalismo, Transformação e Resiliência Democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?”, *Revista Brasileira Políticas Públicas*, vol. 9, N^o 2: pp. 254-286.
- Mello, Lacerda (2020): “El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil”, en Faundes, Juan Jorge y Ramírez, Silvinba (eds.), *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina* (Santiago, RIL), pp. 203-238.
- Ministerio de Salud (2018): “Política de Salud de Migrantes Internacionales”. Disponible en: <http://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2015/09/2018.01.22.POLITICA-DE-SALUD-DE-MIGRANTES.Pdf>. [Fecha de consulta: 3/08/2021].
- Nash Rojas, Claudio (2012): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno* (Santiago, Centro de Derechos Humanos/Facultad de Derecho, Universidad de Chile).
- Nogueira Alcalá, Humberto (2015): “El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia”, *Estudios Constitucionales*, vol. 13, N^o 2: pp. 301-350.
- Organización Internacional para las Migraciones (2006): “Glosario sobre migración”. Disponible en: http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf. [Fecha de consulta: 3/03/2017].
- Pavez-Soto, Iskra (2017): “Integración sociocultural y derechos de las niñas y los niños migrantes en el contexto local: el caso de Recoleta (región metropolitana, Chile)”, *Chungara*, vol. 49, N^o 4: pp. 613-622.
- Presidenta de la República (2015): “Lineamientos e Instrucciones para la Política Nacional Migratoria: Instructivo Presidencial N^o 5”. Disponible en: <http://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/Inst.%20Pres.%20N%C2%BA5.pdf>. [Fecha de consulta: 18/09/2021].
- Rodríguez Vignoli, Jorge (2001): “Vulnerabilidad y grupos vulnerables: un marco de referencia conceptual mirando a los jóvenes”, Disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/7150/S018659_es.pdf. [Fecha de consulta: 18/09/2021].
- Ruiz Chiriboga, Oswaldo (2006): “El DIC de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 5: pp. 43-69.
- Sarmiento, Daniel (2016): *Dignidade da pessoa humana conteúdo, trajetórias e metodologia* (Belo Horizonte, Fórum).
- Sassen, Saskia (2010): *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales* (Buenos Aires, Katz).

Solé, Carlota; Parella, Sonia; Alarcón, Amado; Bergalli, Valeria; Gibert, Francesc (2000): “El impacto de la inmigración en la sociedad receptora”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, vol. 90: pp. 31-157.

United Nations (s. f.): “CHAPTER IV: Human Rights”. Disponible en: <https://treaties.un.org/pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en> [Fecha de consulta: 15/11/2022].

Valls, Ramón (2015): “El concepto de dignidad humana”, *Revista de Bioética y Derecho*, N° 5: pp. 278-285.

NORMAS CITADAS

Ley N° 21.067 (29/02/2018) Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez.

Ley N° 21.325 (11/04/2021) Ley de Migración y Extranjería.

Ley N° 21.302 (05/01/2021) Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, y modifica normas legales que indica.

Oficio circular N° 4 (02/03/2018) Informa política y procedimiento sobre la gestión de casos de niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos, extranjeros o chilenos que se encuentren en el exterior o deban ser reunificados con familiares en el extranjero, y deja sin efecto circular N° 10, de 2010, de la Dirección Nacional del SENAME.

JURISPRUDENCIA CITADA

C. A. T. L. *contra Municipalidad de O:* Corte Suprema, 25/09/2013. Disponible en: <https://vlex.uaautonomacl.elogim.com/#search/jurisdictio:CL/651-2012+valdivia/WW/vid/412696550>. [Fecha de consulta: 12/03/2022].

CIDH. La Situación de las Personas Afrodescendientes en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.Doc.62, 5 de diciembre de 2011. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/afrodescendientes/docs/pdf/afros_2011_esp.pdf. [Fecha de consulta: 23/01/2021].

Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, 15 de junio de 2005. Sentencia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, 10 septiembre de 1993. Reparaciones y Costas.

Corte IDH, *Opinión Consultiva 17/02*, Sentencia de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17.

Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*, 15 junio de 2005. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas.

Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, sentencia 29 marzo 2006. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, sentencia de 28 noviembre de 2007. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, sentencia de 25 de mayo de 2010. Fondo, reparaciones y costas.

Corte IDH, *Caso comunidad indígena a Xakmok Kasek vs. Paraguay*, sentencia 24 de agosto de 2010. Fondo, reparaciones y costas.

Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, sentencia de 12 junio 2012. Fondo, reparaciones y costas.

Corte IDH, *Caso Pacheco Tineo vs. Bolivia*, sentencia de 25 de noviembre de 2013. Fondo, reparaciones y costas.

- Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-21/14 sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, 19 agosto 2014, Serie A N° 21.
- Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, sentencia de 8 octubre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte IDH, *Caso Pueblo Xucuro Vs. Brasil*, sentencia de 5 de febrero de 2018. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte IDH, *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) Vs. Argentina*, sentencia de 6 de febrero de 2020. Fondo, reparaciones y costas.
- C. T. M. contra I. M. de O.: Corte de apelaciones de Valdivia, 7/12/2012. Disponible en: <https://vlex.uautonomacl.elogim.com/#search/jurisdiction:CL/651-2012+valdivia/WW/vid/412696550>. [Fecha de consulta: 12/03/2022].
- L. H. T. T. y M. L. C. G.: Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 25.06.2016. Disponible en: <https://vlex.uautonomacl.elogim.com/#search/jurisdiction:CL/69-2016+punta+arenas/WW/vid/643729425>. [Fecha de consulta: 12/01/2022].
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Ximena Osorio Sagredo respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 -introducido por la Ley N° 20.015, que actualmente corresponde al artículo 199 del D.F.L. (Ministerio de Salud) N° 1, de 2005, en la causa Rol N° 10.913-2008, de la que conoce actualmente, como árbitro arbitrador, el Intendente de Fondos y Seguros de Salud: Tribunal Constitucional de Chile, 7.07.2009. Disponible en: https://vlex.uautonomacl.elogim.com/#search/jurisdiction:CL+content_type:2/inaplicabilidad+por+inconstitucionalidad+de+Mar%C3%ADA+Ximena+Osorio+Sagredo/WW/vid/61066278. [Fecha de consulta: 12.03.2022].*
- Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el ciudadano haitiano Daniel Alerte, respecto de los artículos 13, 64 N° 2 y 67 del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, en relación a los autos sobre recurso de protección, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 21.751-2012: Tribunal Constitucional de Chile, 4.07.2013. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias/busqueda-basica>. [Fecha de consulta: 12.03.2022].*
- Tribunal Oral en lo Penal de Punta Renas, 27/04/2016. Disponible en: <https://vlex.uautonomacl.elogim.com/#/>. [Fecha de consulta: 12/03/2022].

CAPÍTULO II

CONFLICTOS FAMILIARES Y CUESTIONES ASOCIADAS A LOS PROGENITORES

PROYECCIONES DEL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES. EXPERIENCIAS Y LECCIONES A PARTIR DE LA PANDEMIA DE COVID-19

The projections of the family conflicts resolution system. Experiences and learnings based on the covid-19 pandemic

Patricio Cury Pastene¹⁴⁰

RESUMEN

El COVID-19 fue un evento disruptivo para el sistema judicial chileno, dado que implicó una paralización en la tramitación de causas en todas las diversas sedes judiciales. Sin embargo, esta paralización derivó en un avance hacia nuevas formas de llevar a cabo la mediación. Adicionalmente, los cambios normativos precipitados por la pandemia posiblemente potenciarán el valor y uso de la mediación, a fin de evitar caer en los registros sancionatorios creados a partir de la realidad constatada sobre pensiones de alimentos adeudadas en Chile.

Palabras clave: Pandemia, mediación, innovación.

140 Abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas. Master en Derecho. Árbitro y mediador. Docente universitario de la Universidad Academia de Humanismo Cristiano. ORCID ID: 0000-0002-0501-4386 email: cury.asociados@gmail.com.

ABSTRACT

COVID-19 was a disruptive event for the Chilean judicial system because it involved a standstill in the processing of cases in all the juridical benches. However, this standstill led to progress towards new ways of carrying out mediation. Additionally, the regulatory changes precipitated by the pandemic, possibly enhance the value and use of mediation, to avoid the commission of any fault punished throughout the incorporation in one of the sanctioning records, created after the discovery of a gruesome outlook on child support massively owed in Chile.

Keywords: Pandemic, mediation, innovation.

1. Introducción

La pandemia de COVID-19 paralizó la tramitación de la mayoría de las causas en el sistema judicial chileno. Este evento, jamás antes visto en la historia legal y judicial de Chile, no tuvo el mismo impacto en todas las ramas del derecho en Chile. La dictación de la Ley N° 21.226 —la cual implantó un régimen especial durante el estado de excepción constitucional dictado a consecuencia del COVID-19— estableció que la exigencia de admisibilidad consistente en la asistencia por mediación familiar previa y obligatoria podía ser soslayada si significaba una carga excesiva para un litigante.

Esta situación, sumada a decisiones administrativas por parte del Ministerio de Justicia, como la prohibición de los centros licitados de efectuar mediaciones presenciales, generaron efectos impensados en el sistema procesal de familia. Por una parte, se potenció el inicio de causas de una manera inusual, sin espacio para la negociación que se da en un contexto de una mediación familiar. Además, sùmese, el efecto de los retiros de fondos de AFP, que recargaron de trabajo a los tribunales de familia, de una manera nunca antes vista. Así la litigiosidad de las causas se incrementó dramáticamente, con la consecuente recarga de trabajo de los tribunales de familia, retrotrayendo en los hechos a estos al estado equivalente al que existía con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 20.286.¹⁴¹

Por otra parte, los retiros desde las AFP y las leyes que los habilitaron, derivaron en la dictación de la Ley N° 21.389 que crea el Registro Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos y han tenido un efecto de incentivo a la litigación en materia de familia. Este escenario, por una parte, ha revalorizado la utilidad de la mediación familiar previa y obligatoria, como factor de optimización de la carga de trabajo de los tribunales. El proyecto de ley contenido en el boletín N° 13.752-07142 contempla, por una parte, el potenciamiento de los métodos autocompositivos, la posibilidad de efec-

141 Paredes Zieballe (2012).

142 Para mayor información puede consultarse el proceso legislativo en el siguiente link: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=14306&prmBOLETIN=13752-07>

tuar audiencia por vías remota y también la realización de las sesiones de mediación por vía remota. Se buscará correlacionar cómo el proceso de supresión temporal de requisitos de admisibilidad y el incremento de carga de trabajo durante la pandemia, así como la realización de audiencias contenciosas por medios remotos, ha generado, en los hechos, una verdadera anticipación de un sistema de *case management* aplicado a la causas de familia. Lo anterior, en parte por la excesiva sobrecarga de trabajo y la posibilidad de efectuar audiencias remotas, permitiendo a los tribunales de familia gestionar de mejor manera el incremento de causas, comparado con otras ramas del poder judicial.

Por último, se dejará planteada la duda acerca de si constituye o no un incentivo que estas tendencias y reformas antes señaladas, eventualmente potencien o fomenten la adhesión y conveniencia de llegar a un acuerdo en sede de mediación, antes de verse expuesto a un sistema procesal que cuenta con una serie de herramientas de flexibilidad procesal que lo hacen sustancialmente más rápido que otros. Ello, sumado al potencial futuro incentivo a renegociar, directamente, por ejemplo, deudas alimenticias directamente, antes de verse expuesto a los nuevos mecanismos de cobranza en contra de los deudores de obligaciones alimenticias.

2. Retorno a un escenario pasado de mediación no obligatoria

La disrupción del COVID-19 fue primeramente fáctica, dado que los contagios impedían que se pudieran llevar a cabo las audiencias presenciales en los diversos tribunales del país, y en paralelo las sesiones de mediación tampoco se pudieron llevar a cabo, dado que existían riesgos de contagio, pues el proceso debía llevarse de forma presencial y personal.

Este escenario motivó la dictación de la Ley N° 20.286, la cual además de establecer la suspensión de los procedimientos judiciales, estableció la posibilidad de presentar demandas en materia de familia sin necesidad de contar con un certificado de mediación frustrada, dado que ello podía implicar una exigencia que hubiere dificultado la posibilidad de presentar una solicitud o demanda ante el tribunal de familia competente.

Así, el escenario de la litigación en tribunales de familia quedó en lo que podríamos denominar como el peor de los escenarios, puesto que además de la recarga propia de la suspensión y reprogramación de audiencias, no había un mecanismo de filtro de ingreso a las nuevas causas, lo que trajo como consecuencia un incremento de causas de familia, tanto nuevas como aquellas reprogramadas.¹⁴³

143 Olave Astorga (2021).

3. Los retiros de fondos de AFP: Un fenómeno de consecuencias insospechadas

Una de las consecuencias económicas de la pandemia, además de la paralización de actividades sociales y económicas, fue la necesidad de obtener recursos más allá de las ayudas estatales, razón por la cual se dictaron las reformas constitucionales que permitieron el retiro del 10% de los fondos previsionales. Estas reformas, inéditas en la historia económica reciente del país, implicaron un enorme flujo de dinero que ingresó a la economía y una enorme disponibilidad de fondos. Esto puso en evidencia, por lo menos en el caso del primer retiro de fondos desde las Administradoras de Fondos de Pensiones, la existencia de una enorme cantidad de dinero adeudado por concepto de pensiones de alimento fijadas y adeudadas, y que no serían pagadas o ni siquiera abonadas, con el primer retiro de fondos de AFP.

4. La segregación del Sistema Nacional de Mediación Familiar

A nivel legislativo el estatuto de la mediación familiar es único y uniforme, y es entregada a las cortes la mantención del registro, aunque son los SEREMIS de justicia los encargados de efectuar el proceso de registro y control, así como la extensión de ámbitos de trabajo de los mediadores.

La misma ley de tribunales de familia establece la posibilidad de que el servicio sea proveído a través de la aplicación de la ley de contratación pública, en la cual los servicios de mediación serán provistos —en su integridad— por personas naturales o jurídicas, a fin de que se pudiese cumplir con el mandato de derivación a mediación familiar.

El diseño administrativo aplicable al sistema de mediación familiar chileno, en particular a partir de la reforma que establece la mediación familiar previa y obligatoria, en los hechos, generó un estatuto dual de los mediadores, dado que el número de mediadores registrados excede aquellos que se necesitan para proveer los servicios de mediación familiar en los diversos tribunales del país.

En base a esta situación, eminentemente fáctica, el ejercicio profesional de quienes ejercen como mediadores o mediadoras de familia, queda fuertemente limitado. Por una parte, la derivación masiva de causas por los tribunales es efectuada a los centros de mediación familiar licitados. Por otra parte, el atractivo de la gratuidad, prácticamente universal, hace que los mediadores privados no tengan opción efectiva de atender a un porcentaje relevante de las causas susceptibles de ser mediadas. El único punto a favor de los mediadores particulares no licitados es la mayor celeridad en el agendamiento de la causa. Eso, por lo menos, en un escenario que puede denominarse como “normal”, es decir, sin pandemia y las restricciones asociadas a ella.

Esta diferenciación, hasta la pandemia era claramente favorable para los mediadores que trabajan en el sistema de mediación licitada. Eso sí, a cambio de una sujeción

absoluta a los dictados de la Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia, a través de las bases administrativas de licitación, que en los hechos atribuyen la dirección y control de proceso de mediación a la ya señalada Unidad de Mediación del Ministerio (UMED). Justamente, en virtud de este control, la UMED está facultada, como contratante público, para fijar las condiciones de la prestación del servicio de mediación familiar e instruir reglas y condiciones en las cuales se ha de prestar los servicios.

5. Un factor coadyuvante: La sobrecarga de trabajo y la acumulación de causas reprogramadas

Como se señaló, uno de los factores inesperados que potenció el colapso de la tramitación de los tribunales de familia fueron —además de las suspensiones y reprogramaciones de causas¹⁴⁴— los retiros de fondos desde las AFP, dado que por lo menos en el diseño regulatorio del primer retiro no se consideraba en caso alguno la posibilidad de retención de los retiros efectuados por alimentantes con deudas por concepto de pensión alimenticios. Este vacío hizo que los acreedores de las pensiones adeudadas procedieran en masa a solicitar la retención de los fondos por parte de las administradoras de pensiones. Lo anterior abrió una cadena de resoluciones a adoptar por los tribunales, especialmente la generación de liquidaciones de deuda, indispensables para poder establecer el monto adeudado, y además requirió la elaboración y despacho de los correspondientes oficios, a fin de lograr la retención pretendida y el cobro de los alimentos adeudados.

En concreto, este primer retiro y la necesidad de cobrar los montos de pensiones adeudadas implicó una recarga de trabajo en los tribunales de familia, que se incrementaría a partir del segundo y del tercer retiro de fondo. Con la experiencia del primer retiro se hizo evidente la mejora de los derechos de los alimentarios con deudas de alimentos su favor, de forma tal que los posteriores proyectos de retiro involucraron una serie de resguardos, a fin de evitar que los alimentantes efectuaran retiros sin pagar sus deudas de alimentos, y que las administradoras de AFP incumplieran el deber de efectuar las correspondientes retenciones y pagos de pensiones adeudadas.

En términos prácticos, estas modificaciones incrementaron la carga de trabajo asociada a la mayor cantidad de liquidaciones de deuda de alimentos, con las consecuentes notificaciones, impugnaciones de montos y luego, con la correspondiente emisión de oficios de retención, así como la gestión de los pagos en la cuenta corriente del tribunal y la posterior emisión de oficios de pago en cuentas de ahorro a la vista para pago de alimentos.¹⁴⁵ Todo lo anterior, con igual o menor cantidad de funcionarios, con no pocos jueces con licencias médicas o con cuarentenas preventivas.

144 Carvajal, Chaparro y Zúñiga (2020).

145 Superintendencia de Pensiones (2021).

Lo antes señalado implicó una redestinación de jueces desde otras jurisdicciones o tribunales con menor carga de trabajo, los que asumieron el rol —esencialmente de proveedores— para la avalancha de liquidaciones y gestiones de retiros de fondos, sin perjuicio de que además había que tomar audiencias tanto preparatorias como de juicio, y redactar las correspondientes sentencias, pendientes de elaboración.

6. La regulación basada en evidencia empírica. La respuesta del derecho de familia ante la crisis

A propósito del primer retiro, y como consecuencia de la avalancha de liquidaciones y de retenciones para cobro de pensiones de alimentos adeudadas, es que la sociedad toda y muy especialmente los legisladores y la administración del Estado, motivaron la presentación de un proyecto de ley que establece una serie de mecanismos procesales y regulatorios de cobro de las pensiones adeudadas. Este proyecto de ley tuvo una tramitación paralela a la realización de los retiros de fondos desde las administradoras de pensiones. Es decir, se trató de un proceso legislativo “en tiempo real”, que terminó con la dictación de la Ley N° 21.389, la cual junto con endurecer las sanciones a los deudores de pensiones alimenticias estableció limitaciones y restricciones a la posibilidad de acuerdos referidos a la condonación y/o renegociación de deudas, por medio de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Este es un caso inédito, de dictación de una norma de esta envergadura y aplicación general prácticamente en tiempo real, en base a la constatación de una realidad a partir de una crisis masiva. Así, es indudable que la nueva ley tendrá un efecto en el uso de la mediación en referencia a las deudas de alimentos, pero ello excede el espacio y tema de este texto, y cabría que fuere objeto de un *paper* aparte.

7. La virtualización como posibilidad de la mejora de la gestión judicial

Ante una situación nunca antes vista, es que la orgánica de los tribunales (especialmente los de familia) fue muy útil, con miras a poder llevar a cabo decisiones que implicaban ya no solo la gestión administrativa del tribunal, sino también adoptar decisiones estratégicas vinculadas a la gestión jurídica de las causas sometidas a conocimiento de los tribunales de familia.

El proceso de virtualización del Poder Judicial chileno ya había empezado, a partir de la década de los noventas, al incorporarse, por la implantación de la reforma procesal penal, el Sistema de Asistencia a los Fiscales y la posterior creación del Módulo SIAJ, para la gestión de causas del sistema procesal penal reformado. Este sistema posteriormente se replicaría para la reforma del Sistema de Tribunales de Familia, denominándose SITFA.

Uno de los avances que se estableció por medio de los tribunales reformados fue la incorporación de los registros de audio de las audiencias llevadas a cabo en el tribunal, así como los procesos de interconexión entre los tribunales y otros organismos vinculados a la actuación de los tribunales de garantía y de juicio oral.

En este sentido, los acuerdos de los comités de jueces en sede de familia fueron de gran utilidad, a fin de adaptar la labor de cada tribunal para hacer avanzar las causas judiciales en la medida de lo posible.¹⁴⁶ Por ejemplo, las decisiones de estos comités, permitiendo que se pudiesen aceptar mediaciones de familia llevadas a cabo por medios remotos, constituyeron un alivio. La ley permitía que se presentaran demandas o solicitudes sin el correspondiente certificado de mediación familiar frustrada, por lo menos en lo que respecta a los casos en los cuales ella es previa y obligatoria.

Con todo, la aceptación de mediaciones familiares llevadas a distancia permitió que en ciertos casos, materias tales como rebajas de alimentos y —muy especialmente— repactaciones y/o condonaciones totales o parciales de deuda alimenticia —que se suscitaron con ocasión de alimentantes que quedaron cesantes o bien sus empleadores—, se acogieron a la ley de Suspensión Temporal Contrato de Trabajo. Frente a la imposibilidad de cumplir con las pensiones de alimentos fijadas, optaron por la mediación a fin de rebajar los alimentos, o bien, renegociaron la deuda mantenida con o sin posibilidad de una condonación de deuda.

Un punto que se podría discutir acerca de las mediaciones a distancia es la firma de los acuerdos, de forma remota. Este punto el Poder Judicial lo ha resuelto en su gestión diaria, dado que los jueces firman electrónicamente sus resoluciones, sin tener que estar presencialmente en su despacho, lo cual facilitó el trabajo no presencial del Poder Judicial durante la pandemia.

De la misma manera, los usuarios de la plataforma Oficina Judicial Virtual pueden firmar los escritos por medio de su clave única, lo cual permite su validación dentro de la plataforma de gestión del Poder Judicial. Con todo, el problema está dado porque las firmas usadas en la plataforma del poder judicial, y otras basadas en dicha tecnología, son firmas electrónicas simples, no avanzadas, y por lo mismo, pueda haber cierta duda acerca de la posibilidad de impugnarlas, en razón de falta de conformidad respecto de quién las emite. Sin embargo, la intervención de un mediador o mediadora con firma electrónica avanzada podría soslayar esta debilidad, atendido su rol de tercero con un rol de fedatario.

146 Forno y Nieto (2020).

8. Principios de la mediación y problemas con su desarrollo por medios remotos

Llama la atención la desconfianza por parte del Ministerio de Justicia respecto del desarrollo de la mediación por medios remotos. Ello, porque la conceptualización que el Ministerio de Justicia demostró durante la pandemia, no se avenía con algunos principios inspiradores del procedimiento de mediación. Así, los principios de la mediación contemplan la voluntariedad, la confidencialidad, la flexibilidad, la imparcialidad, entre otros. Pareciere que el criterio de acción para la proscripción durante la pandemia es enfatizar la protección de la confidencialidad de los participantes en la mediación, asumiendo que la Internet implica necesariamente una exposición más riesgosa que la que puede darse en la presencialidad.¹⁴⁷

Por otra parte, criterios como la flexibilidad y la voluntariedad, al parecer fueron dejados de lado como parámetros válidos a aplicar, prefiriendo una interpretación muy reducida de lo que debía entenderse como aceptable para comparecer a una mediación a distancia. Además, la unidad de mediación hizo una interpretación estricta que estima inviable la mediación a distancia, porque la ley exige la comparecencia “personal” de las partes. Es decir, de una asimilación de la concurrencia física al centro de mediación con la comparecencia. Por lo demás, un silogismo argumentativamente débil, ya que la comparecencia no necesariamente debe ser presencial, más aún tras las dictación de la Ley de Tramitación Electrónica. Por medio de esta se permite una serie de actuaciones por vía remota, lo cual ya se había aceptado hace varios años, con la deposición de testigos o peritos por videoconferencia o circuito cerrado, en los tribunales penales reformados, especialmente en los tribunales de juicio oral.

9. El ejemplo del sistema norteamericano

En los Estados Unidos de Norteamérica, el sistema de tramitación de causas es ostensiblemente distinto al sistema de gestión de causas de los países europeo-continentales y más aún de los sistemas procesales iberoamericanos. La regulación procesal estadounidense presenta niveles de mayor flexibilidad que el procedimiento civil en Iberoamérica. De hecho, la regulación central del proceso civil en Estados Unidos, el código de Procedimiento Civil, del año 1920, establece como criterio deseable el lograr celeridad y bajo costo en el desempeño del proceso civil.¹⁴⁸

Uno de los pilares que ha de permitir la celeridad y un acceso a la justicia a bajo costo, está dado por la posibilidad de disponer de las formas procesales por las partes en el juicio, a fin de poder alcanzar los objetivos ya señalados y de importancia capital para los justiciables, especialmente en materia de familia. Es justamente esta flexibili-

147 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2020).

148 Avraham y Hubbard (2020).

dad la que permite una mayor disponibilidad de las formas procesales, y ambas se proyectan también en los procedimientos judiciales. De hecho, Martínez y Schmitz¹⁴⁹ realizan un análisis panorámico de la aplicación de los ODR y presentan una aguda apreciación a propósito de los casos de familia. En estos se podrían aplicar los sistemas de resolución de conflicto en línea, especialmente para los casos más simples. Un punto clave para su éxito es un acertado diseño del sistema de resolución de disputas asociadas a la materia en cuestión, de forma tal que exista una correlación entre el caso a tratar, su complejidad y la posibilidad de que esa materia sea susceptible de ser resuelta por un medio de resolución alternativa electrónico. En este sentido, los acuerdos del Poder Judicial de permitir la mediación a distancia, de reagendar audiencias o resolver de plano sin audiencia algunos caso de familia, constituyen prácticas concretas de *case management*, que se orientaron al avance de las causas de familia durante la peor época de la pandemia.

10. Conclusiones

La pandemia de COVID-19, ciertamente cimbró los cimientos sociales de la humanidad del siglo XXI, de una manera aún temprana para poder hacernos un juicio categórico. Sin embargo, es posible hacer un análisis prospectivo de los cambios que, a lo menos para el sector judicial en materia de derecho de familia, fueron consecuencia directa de los efectos socioeconómicos derivados de la pandemia.

En lo referido a la mediación, es importante la consagración formal de que ella se pueda llevar a cabo por medios remotos. La prohibición o inhibición impuesta por parte del Ministerio de Justicia para los centros licitados durante la pandemia solo reafirmó la existencia de una demanda basal por estos servicios, principalmente en los casos en los cuales las partes cuentan con un acuerdo informal que ha de ser autorizado por el tribunal, a fin de gozar de una resolución coercible por medio de los tribunales de justicia.

Llama la atención la desconfianza por parte del Ministerio de Justicia —y muy especialmente de su Unidad de Mediación— en el uso de la mediación familiar por medios remotos, que contrasta fuertemente con las decisiones del Poder Judicial, tanto de la Corte Suprema, los comités de jueces de familia e incluso de agencias regulatorias como la Superintendencia de Salud. Estos optaron claramente por promover el acceso a la justicia y a los medios alternativos de resolución de conflictos, como forma de dar continuidad a los procedimientos en los cuales existe una etapa de mediación previa y obligatoria.

Además, el rol de atenuación u optimización en los ingresos de causas de la mediación familiar ha quedado en evidencia, producto del desborde de causas ingresadas a los tribunales de familia. También se expone la conveniencia de que se resuelvan de

149 Martínez y Schmitz (2021).

forma más eficaz y rápida temas tales como renegociaciones o repactaciones de deuda de alimentos, de forma menos compleja que lo que implica un proceso de cumplimiento de mediación, por lo menos al momento de la pandemia.

Sobre las repactaciones o acuerdos sobre deuda, todo parece indicar que, atendida la creación del Registro Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos, podría haber un incentivo a repactar dichas deudas o incluso condonar parte de ellas, a fin de hacer viable el pago de la obligación alimenticia. Ello en base a las nuevas regulaciones dictadas con ocasión de la pandemia de COVID-19 y los retiros de las AFP que ella causó. Sin embargo, sin bien podría pensarse que habrá un incentivo para la repactación, el control judicial sobre esta clase de acuerdos abre la puerta para severas limitaciones a las voluntades de las partes. Este punto es altamente especulativo y supondrá recurrir a un cuerpo ostensible de datos cuantitativos de la máxima extensión posible por parte de tribunales de familia, a fin de poder dar una opinión consistente con la realidad resuelta por los tribunales.

Por otra parte, la consagración de la mediación por medios electrónicos o remota, constituye un avance, dado que previene un retroceso o imposibilidad de llevar a cabo la mediación familiar, si hubiere problemas con los contagios por efecto de la pandemia o por otra causa que genera una disrupción grave o severa de los servicios judiciales y anexos a ellos, como es el caso de la mediación familiar.

Otro aspecto destacable es que se unifica el estatuto de los mediadores licitados respecto de los no licitados, por lo menos en lo que refiere a la forma y condiciones en las cuales la mediación familiar se efectúa. Además, la circunstancia de dictarse un manual de cómo ha de llevarse a cabo la mediación a distancia licitada —si bien pareciera una sobrerregulación comparada con el estatuto aplicable a los mediadores privados— es atendible, dado que los mediadores licitados habrán de ceñirse adicionalmente a las normas sobre contratación pública, que supone una concordancia con el estatuto de prestadores de servicios del Estado, por medio de contratos de aprovisionamiento.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Avraham, Ronen & Hubbard, William (2020): “The Spectrum of Procedural Flexibility”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 87, N° 4: pp. 883-952.
- Carvajal, C; Chaparro, A. y Zúñiga, A. (2021): “Jueces de Familia suspenden audiencias para poder fallar retención del 10% de las AFP”. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=908809&Path=/OD/DE/> [Fecha de consulta: 15/11/2022].
- Forno Rey, María y Nieto Valdés, María (2020): “Acta de Reunión de Jueces de Familia de Santiago, Colina y Pudahuel, en la que acuerdan aprobar las mediaciones realizadas por videoconferencia.” Disponible en: <https://www.acuerdamediacion.cl/acta-jp-jurisdiccio/> [Fecha de consulta: 15/11/2022].
- Martínez, Janet y Schmitz, Amy (2021): “ODR and Innovation in the United States”. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3916974 [Fecha de consulta: 15/11/2022].

- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2020): “Pronunciamiento sobre realización del proceso de mediación a distancia”. Disponible en: http://www.mediacionchile.cl/media/2020/03/Instructivo_proceso_de_mediacion_C3%B3n_Presencial_250320.pdf [Fecha de consulta: 15/11/2022].
- Olave Astorga, Mauricio (2021): “Tribunales en pandemia: urge una sobredotación de jueces y juezas”. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2021/03/16/tribunales-en-pandemia-urge-una-sobredotacion-de-jueces-y-juezas/> [Fecha de consulta: 15/11/2022].
- Paredes Zieballé, Alejandro (2012): “La mediación familiar obligatoria: una crítica a la regulación y funcionamiento en Chile”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 3, N° 2: pp. 189-224.
- Superintendencia de Pensiones (2021): “Retiros de fondos: sistema ha pagado más de 485.000 liquidaciones por deudas de pensión de alimentos por un total de US\$ 679 millones”. Disponible en: <https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/w3-article-14695.html> [Fecha de consulta: 15/11/2022].

RESPONSABILIDAD PARENTAL: EN BUSCA DE UNA CONCEPTUALIZACIÓN ADECUADA PARA COMPRENDER LAS RELACIONES PARENTO-FILIALES DESDE UN ENFOQUE DE DERECHOS

Parental responsibility: In search of a proper conceptualization in order to understand parent-child relationships from a rights-based perspective

Daniela Arce Ramírez¹⁵⁰

Jorge Sepúlveda Varela¹⁵¹

RESUMEN

Frente al avance en el reconocimiento y protección de distintas configuraciones familiares en la legislación chilena, y ante el enfoque sobre el lugar que la niñez ocupa en la sociedad, expresado en la Convención sobre los Derechos del Niño, el presente trabajo busca ofrecer una comprensión distinta acerca de las relaciones parento-filiales, bajo la noción de responsabilidad parental.

Palabras clave: Responsabilidad parental, enfoque de derechos, relaciones parento-filiales.

ABSTRACT

The recognition and protection of different family configurations has advanced greatly in Chilean legislation, in recent years. In the context of that change, and also considering children's place in society under the Convention on the Rights of the Child, this paper seeks to offer a different understanding of parent-child relationships under the notion of Parental Responsibility.

Keywords: Parental responsibility, rights-based perspective, parent-child relationships.

150 Daniela Arce Ramírez. Abogada de la Universidad de Chile y mediadora familiar. Diplomada en Derecho de Familia, Universidad Alberto Hurtado. Miembro de REDAN Chile. Santiago, Chile. d.arce.r@aryv.cl Orcid: 0000-0002-0504-0744.

151 Jorge Sepúlveda Varela. Abogado de la Universidad de Concepción, Magíster en Derecho de Familia(s) y en Derecho de la Infancia y de la Adolescencia, Universidad de Chile. Profesor instructor adjunto, Escuela de Derecho, Universidad Mayor. Miembro de REDAN Chile. Santiago, Chile. jorge.sepulvedav@mayor.cl Orcid: 0000-0002-6622-9831.

1. Introducción

El foco de nuestra legislación familiar, depositado históricamente en el modelo de familia tradicional, ha sido lentamente desplazado a partir del reconocimiento y protección de distintas configuraciones familiares. La incorporación del AUC ha sido parte importante de este proceso, por cuanto, además de otorgar validez a los acuerdos de carácter afectivo entre personas del mismo sexo,¹⁵² establece normas que les permiten terminar con el vínculo de manera voluntaria y sin necesidad de recurrir a un tribunal.¹⁵³

Esta flexibilidad en las formas jurídicas elegidas por el legislador, desde un punto de vista práctico, se encuentra en plena armonía con la finalidad última de la decisión que implica formar una familia: permitir (y no impedir) que las personas desarrollen libremente sus proyectos de vida. En cuanto al concepto de familia, ya desde hace décadas las ciencias sociales vienen planteando que no existe un solo modelo familiar, por lo cual prefieren hablar de “configuraciones” o “tipologías familiares”, distinguiendo entre familia nuclear y extensa, monoparental o biparental, entre otras.¹⁵⁴ La institución, en esencia, es la misma; son sus miembros los que varían.¹⁵⁵ Lo anterior resulta bastante relevante, por cuanto, tal como las estadísticas muestran, la mayoría de los niños y las niñas nacen fuera del matrimonio.¹⁵⁶ En algunos casos, inclusive, ni siquiera ha existido una relación de pareja entre estos.

Por otra parte, las familias monoparentales también van en constante aumento. De acuerdo con la División del Observatorio Social de la Subsecretaría de Evaluación Social, los hogares monoparentales aumentaron entre 2006 y 2017, llegando a 27,4%, mientras que los hogares biparentales disminuyeron desde 67,6% a 56,6%.¹⁵⁷ Estas

152 Este proceso se profundiza con la entrada en vigencia de la Ley N° 21.400, que establece normas que permiten la celebración del matrimonio a personas del mismo sexo, sentando, además, las bases para la generación de vínculos filiativos de manera conjunta.

153 En materia de divorcio, se ha venido consolidando una jurisprudencia de acuerdo con la cual se considera la *affectio maritalis* como el elemento fundamental en la relación matrimonial. En ese sentido, aun cuando los cónyuges vivan bajo el mismo techo, si existe una “ruptura consciente de la convivencia conyugal” o *animus separationis* , se entiende que existe un cese de convivencia, en los términos exigidos en el artículo 55 de la LMC. Barrientos (2020). En el mismo sentido, Lepín (2017).

154 Muñoz (2018) 59-60.

155 Esta definición amplia de familia se encuentra, por ejemplo, en el artículo 2 de la Ley N° 21.150 que crea el Ministerio de Desarrollo Social y de Familia, y que la reconoce como: “núcleo fundamental de la sociedad, compuesto por personas unidas por vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos”. En ese mismo sentido, la Ley N° 21.302, que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, establece como sujeto de intervención en el artículo 2, al niño, niña o adolescente “cualquiera que sea el tipo de familia en que se desenvuelva”.

156 En el año 2018, por ejemplo, más de un 70% de los nacimientos ocurrieron fuera del matrimonio (Baeza, 2019).

157 Subsecretaría de Evaluación Social (2020) 2.

cifras muestran la coexistencia en Chile de distintos modelos familiares, siendo notorio el avance de las familias monoparentales y el retroceso de aquellas en que conviven ambos progenitores. Se hace necesario, entonces, buscar otros elementos para caracterizar lo que entenderemos por familia.

Sin pretender agotar esta discusión, si optamos por comprender a la familia como una “organización” o “estructura social” cuyo elemento distintivo no son los miembros que la integran, sino la entidad de las relaciones que se generan entre estos, será más fácil comprender que lo que las caracteriza y distingue de otras agrupaciones humanas es el componente afectivo (filial, fraterno o sexual, según corresponda) de las relaciones familiares. Este va acompañado, en la mayoría de los casos, de una pretensión de estabilidad en el tiempo,¹⁵⁸ con miras a desarrollar un proyecto de vida en común, compartiendo lazos de solidaridad y apoyo mutuo.¹⁵⁹ Este afecto se expresa por medio de prácticas sociales, como la reproducción o la convivencia, o bien, a través de manifestaciones de voluntad a las cuales la ley otorga efectos jurídicos, como el matrimonio, el AUC, el reconocimiento de un hijo o de una hija, y la adopción.¹⁶⁰

Finalmente, y en lo que a las relaciones parento-filiales se refiere, también existen cuestionamientos a la concepción tradicional que las agrupa bajo el nombre de “autoridad paterna” o “autoridad parental”, para referirse a las relaciones personales entre progenitores e hijos, y que en Chile son tratadas de manera separada a las relativas al goce y administración de los bienes. Estas últimas son agrupadas bajo el concepto de “patria potestad”. En la actualidad, ha cobrado mayor relevancia una perspectiva que podríamos denominar “funcional”,¹⁶¹ por cuanto pone su énfasis en el objeto hacia el cual se orientan las relaciones parento-filiales. Esta visión ha sido impulsada, en gran medida, a partir de la ratificación de la CDN.

Es así como la Convención expresa un cambio de mirada en cuanto a la naturaleza jurídica de las relaciones que se generan entre progenitores e hijos. NNA aparecen como sujetos de derechos, con un rol activo en su propio desarrollo, lo cual en gran medida depende de los espacios para la toma de decisiones que los progenitores les brinden, conforme a su edad y madurez.¹⁶² En consecuencia, en el ejercicio de la parentalidad se fija como orientación y límite el ISN, cuyo objeto es “garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”.¹⁶³

158 Lepín (2017).

159 Arancibia y Cornejo (2014).

160 Que sean culturalmente entendidas como expresiones de afecto, no implica necesariamente que este se encuentre siempre presente. Frente a esta dificultad, autores como Lepín estiman que el elemento afectivo por sí solo no es suficiente, debiendo “coexistir” con otros elementos. Lepín (2017) 21.

161 Espejo (2017).

162 Ravetllat (2020).

163 Comité (2013) 4.

A partir de esta nueva perspectiva en torno a la niñez, ¿podemos seguir comprendiendo las relaciones parento-filiales, a partir del modelo tradicional (“autoridad” de los progenitores, “respeto”, “obediencia” y “sometimiento” de los hijos)? ¿Son estas las únicas relaciones que se dan en el contexto familiar? ¿Qué funciones cumplen los progenitores respecto de sus hijos? ¿Cómo se adoptarán las decisiones de aquellos progenitores que viven separados, respecto de la vida de sus hijos? ¿Dónde quedan estas incorporadas? Frente a estas interrogantes, el concepto de responsabilidad parental aparece como más amplio y comprensivo de una serie de aspectos no resueltos por nuestra legislación.

Así las cosas, entendemos la responsabilidad parental como aquella conceptualización que más se adecua al enfoque de derecho, gozando de una amplia recepción en los distintos ordenamientos jurídicos de Latinoamérica y del mundo. Por lo anterior, se ha fijado como objetivo principal de este trabajo analizar el concepto de responsabilidad parental, planteando nudos críticos y desafíos para su recepción en el derecho chileno. De manera específica, en primer lugar, haremos una breve revisión de la regulación de las relaciones parento-filiales en Chile, desde un punto de vista histórico-legislativo. En segundo lugar, analizaremos el concepto de responsabilidad parental, poniendo énfasis en las ventajas de esta visión en torno a las relaciones parento-filiales, desde un enfoque de derechos. En tercer lugar, clasificaremos las distintas normas referidas a las relaciones entre progenitores e hijos existentes en la legislación chilena, desde la conceptualización que ofrece la responsabilidad parental. Finalmente, planteamos algunos nudos críticos y desafíos en este área desde lo legal, judicial, y el rol del Estado mismo en estas materias.

2. El cambio de paradigma a partir de la CDN

Como se ha indicado previamente, a falta de una conceptualización de los llamados “derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”¹⁶⁴, la doctrina mayoritaria suele agrupar las relaciones parento-filiales referidas a la persona de los hijos, dentro del concepto de autoridad parental. La patria potestad, por su parte, comprende lo relativo a los bienes y la representación legal de NNA.

Las expresiones “autoridad”, “potestad” o “sometimiento”, utilizadas por el legislador, son representativas de la visión imperante en la época de la dictación del CC, la cual consideraba a NNA solo en cuanto hijos, o bien, en su calidad de personas que debían ser protegidas y cuyas necesidades debían ser satisfechas. Este discurso se encuentra también plasmado en las normas que regulan el derecho de alimentos.¹⁶⁵

164 Como reza el encabezado del Título IX del Libro I del CC.

165 De hecho, en la redacción original del código se hacía mención al “sometimiento” tanto de los hijos como de la mujer al marido. El hombre es concebido como un verdadero “príncipe de la familia” (Tapia, 2007) con un fuerte rol en el ámbito público, en contraposición a la mujer, quien cumplía un rol principal en el espacio privado.

En este ámbito, el artículo 323 del CC utiliza el concepto “posición social”, dando a entender que ha existido una relación previa entre los progenitores. En palabras simples, la lógica que subyace a la prestación de alimentos, en su concepción original, consiste en procurar que se mantenga la situación existente; “el estatus” anterior a la ruptura.¹⁶⁶

Por otra parte, la utilización del verbo “subsistir”, al fijar el objeto del derecho de alimentos, es característica de la doctrina de la situación irregular, discurso predominante en la época previa a la CDN. Bajo esta visión, al hablar de subsistencia, el foco está puesto en aquellas necesidades de los hijos que requieren ser satisfechas, más que en el potencial que el sostenimiento material o económico tiene para la plena satisfacción de sus derechos.

En resumen, tanto la “autoridad” como el “deber de respeto y obediencia” son entendidos, en general, como derechos y deberes de contenido eminentemente moral, por cuanto la legislación no entrega herramientas para hacerlos exigibles en caso de incumplimiento.¹⁶⁷

La CDN supone un cambio radical en esta materia. La concepción predominante hasta esa época, que consistía en considerar a NNA como objetos de protección, es lentamente desplazada por una nueva perspectiva que los reconoce en su calidad de sujetos de derecho.

La familia, por su parte, es considerada como el ámbito propicio para el desarrollo integral de todo NNA. Esta afirmación se desprende de lo indicado en el Preámbulo de la CDN, en el cual se considera a la familia “como grupo fundamental de la sociedad, y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”.¹⁶⁸

De manera específica, en el artículo 18 de la Convención se establece que:

Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso, a los re-

166 No es casualidad, entonces, que el principal instrumento jurídico que regula esta materia —Ley N° 14.908— tenga como nombre: “Sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias”. La evolución histórica de las normas relativas al derecho de alimentos refuerza esta idea, por cuanto, hasta antes de la Ley N° 19.585, el artículo 323 distinguía entre alimentos “congruos” o “necesarios”. La llamada “posición social”, en este caso, estaba referida a los hijos legítimos, mientras que a los hijos ilegítimos solo les correspondían “alimentos necesarios”, los cuales eran concebidos como “los que le dan lo que basta para sustentar la vida”.

167 Ramos (2013).

168 Comité de los derechos del niño (2013), Preámbulo.

presentantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.¹⁶⁹

En consecuencia, tratándose de los progenitores, la Convención los reconoce como responsables principales en la crianza de sus hijos, la cual se ejerce por medio de su dirección y orientación. Esta guía y orientación tienden a retroceder, en la medida que su edad y grado de madurez avanza, permitiendo que se generen crecientes espacios de autonomía y de toma de decisiones.¹⁷⁰

A modo de resumen, y siguiendo a Acuña,¹⁷¹ se puede indicar que la Convención establece a lo menos tres grupos de deberes respecto de los progenitores: “el deber de dirección y orientación apropiadas, el deber de crianza y desarrollo y el deber de proporcionar condiciones de vida necesarias para el desarrollo del niño”.

3. Responsabilidad parental

A partir del cambio de perspectiva en torno a la niñez, expresado en la CDN, una serie de autores prefieren hablar de “responsabilidad parental” para referirse a “aque- llos derechos, deberes, poderes, responsabilidades y autoridades que, por ley, tiene un padre o una madre de un niño, en relación al niño y sus bienes”.¹⁷² De acuerdo con esta definición, los elementos que componen las relaciones parento-filiales son de diversa naturaleza jurídica. Bajo esta conceptualización, el ejercicio del cuidado ya no es visto como un “derecho” de los progenitores, sino más bien como un “deber”. Por otra parte, se plantea que los progenitores se encuentran en una posición de “privile- gio” normativo¹⁷³ en relación con los demás adultos y el Estado para ejercer el cuidado de sus hijos.

Las ventajas de esta conceptualización podrían resumirse en las siguientes. En pri- mer lugar, permite describir de mejor manera el lugar que los progenitores ocupan en relación con sus hijos desde el punto de vista legislativo, pero a la vez respecto de los demás adultos y del Estado. En ese sentido, tal como se ha indicado previamente, los progenitores se encuentran en una posición privilegiada —pero no exclusiva— para el cuidado, la crianza y la educación de sus hijos. El hecho de que no sea exclusiva se

169 El artículo 5 de la Convención, por su parte, señala: “Los Estados Partes respetarán las responsabili- dades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legal- mente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

170 Comité de los derechos del niño (2013).

171 Acuña (2020) 119.

172 Espejo (2017) 51.

173 Eekelaar (2017).

explica porque frente a la ocurrencia de situaciones que afecten gravemente alguno de sus derechos, el Estado debe intervenir a través de medidas de protección especiales para la restitución de sus derechos. Estas medidas pueden implicar, en casos especialmente graves, privar al NNA de su medio familiar, sea de manera temporal o definitiva.

En resumen, tanto la “autoridad” como también el “deber de respeto y obediencia” —revestidos más bien de un carácter simbólico— se reducen a obligaciones morales que no dan acción para exigir su cumplimiento, mientras que la responsabilidad parental está dotada de un contenido estrictamente jurídico. A su vez, NNA tienen el “derecho” a ser cuidados por sus progenitores, siendo el seno familiar el lugar propicio para su desarrollo pleno.¹⁷⁴

Relacionado con el punto anterior, se puede afirmar que el concepto de responsabilidad parental se aviene de mejor manera con el ISN, entendido como la “plena satisfacción de sus derechos”.¹⁷⁵ Este principio tiene el carácter de criterio orientador y consideración primordial en el actuar de las familias, la sociedad y el Estado. Pero además el ISN constituye un límite para el ejercicio de la función parental.¹⁷⁶ En otras palabras, las facultades con que cuentan los progenitores para ejercer la parentalidad no son absolutas o ilimitadas.

En ese sentido, el artículo 234 del CC es enfático en señalar que el ejercicio de la facultad de corrección “excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño”, agregando que “si se produjese tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra, el juez, a petición de cualquiera persona o de oficio, podrá decretar una o más de las medidas cautelares”. Es por lo anterior que, si en el contexto de las relaciones parento-filiales ocurre alguna situación de vulneración de derechos, el Estado tiene la obligación de intervenir,¹⁷⁷ o bien, en caso de vida separada de los progenitores, el otro progenitor tiene la posibilidad de solicitar el cuidado personal de los hijos para sí.¹⁷⁸

En definitiva, la legislación deposita en la familia la responsabilidad principal del cuidado, crianza y educación de NNA. El Estado, por su parte, tiene el rol de garante principal de sus derechos, el cual se despliega por medio del reconocimiento, garantía y protección de estos.

Si observamos otras legislaciones, como la de Cataluña, por ejemplo, encontramos que ella reconoce una especie de derecho a la desobediencia frente a situaciones que afecten el bienestar de los hijos al indicar que: “Los hijos, mientras están en

174 Sepúlveda (2020).

175 Cillero (1999) 54.

176 Corporación Opción (2021).

177 Pinochet y Ravetllat (2015).

178 Corporación Opción (2021).

potestad parental, deben obedecer a los progenitores, salvo que les intenten imponer conductas indignas o delictivas”.¹⁷⁹ En consecuencia, el ISN es tanto una orientación como un límite.¹⁸⁰

Finalmente, desde un enfoque sistémico, esta conceptualización permite comprender de mejor manera el lugar que la niñez ocupa en la sociedad, por cuanto su capacidad de agencia no se acota al ámbito familiar, como parece desprenderse de los conceptos “autoridad”, “sometimiento” u “obediencia”. El concepto de agencia al que hacemos referencia comprende a estos sujetos en tanto “actores sociales que participan en la construcción y determinación de sus propias vidas, de quienes les rodean y de las sociedades en que viven”.¹⁸¹ De esta manera, su campo de acción se caracteriza por constantes vinculaciones de estos con los diferentes actores que conforman el sistema, quienes cuentan, a su vez, con diferentes grados de responsabilidad. En consecuencia, bajo esta conceptualización, NNA tienen un campo de acción que va más allá del espacio familiar cotidiano y que se proyecta al ámbito social e incluso político, sea de manera individual o colectiva.¹⁸²

4. Contenido de las relaciones-parento filiales desde la responsabilidad parental: Análisis de la legislación chilena

En cuanto al contenido de la responsabilidad parental, siguiendo a Espejo, se puede señalar que este concepto integra los siguientes aspectos: 1) cuidado, protección y educación, 2) mantenimiento de relaciones personales, 3) determinación de la residencia, 4) administración de la propiedad, 5) representación legal.¹⁸³ Si hiciéramos un análisis de la legislación chilena a partir de esta conceptualización, la clasificación quedaría de la siguiente manera:

4.1 Cuidado, protección y educación

En palabras simples, el cuidado puede definirse como “la gestión cotidiana del bienestar propio y ajeno”.¹⁸⁴ Desde un enfoque de derechos, la profesora argentina Laura Pautassi afirma que “el derecho al cuidado —tanto considerando a la persona como receptor o como dador de cuidado— integra el conjunto de los derechos universales de derechos humanos consagrados en los diversos instrumentos internacionales,

179 Artículo 236-17, Código Civil de Cataluña. El subrayado es propio.

180 Cillero (1999).

181 Pavez y Sepúlveda (2019) 203.

182 Corporación Opción (2021).

183 Espejo (2017) 33.

184 Durán (2018) *apud* Sepúlveda (2020) 21.

a pesar de no estar explícitamente nominado como tal”.¹⁸⁵ En dichas circunstancias, NNA son vistos como sujetos beneficiarios de cuidado más que simplemente como objetos del ejercicio de la autoridad de sus progenitores.

Así las cosas, podemos distinguir entre un deber genérico de cuidado, que involucra a ambos progenitores, y el derecho-deber de cuidado personal, que puede corresponder a ambos o a solo uno de estos.¹⁸⁶ El primero de estos conceptos, tal como señala Espejo, se identifica con el de responsabilidad parental.¹⁸⁷ En consecuencia, dentro del concepto de cuidado, en un sentido amplio, quedaría comprendido el cuidado personal y el sostenimiento material, expresado tanto en el derecho-deber de establecimiento regulado en los artículos 230 y siguientes del CC, como también en el derecho de alimentos, profusamente desarrollado en los artículos 321 y siguientes del mismo Código, y de manera específica en la Ley N° 14.908.

En el caso del cuidado personal, este se encuentra principalmente reducido al aspecto residencial y a las decisiones cotidianas que emanan de su ejercicio¹⁸⁸, mientras que las decisiones más relevantes para la vida de los hijos, en virtud del principio de corresponsabilidad parental, corresponderán a ambos progenitores, como consagra el artículo 225 del CC.¹⁸⁹

En cuanto al deber de protección, este se encuentra desarrollado en una serie de artículos del CC, siendo especialmente relevante el artículo 234 del mismo. Por medio de este, se regula la llamada “facultad de corrección”. Esta facultad, por un lado, corresponde a un derecho de contenido moral, por cuanto no da acción para exigir su cumplimiento, de la misma manera que el deber de “respeto y obediencia”. Por otra parte, esta prerrogativa se encuentra severamente limitada por el ISN, en los términos indicados en párrafos anteriores.

Finalmente, el artículo 19, N° 10 de nuestra CPR garantiza a los progenitores “el derecho preferente a educar a sus hijos”, mientras que el artículo 236 del CC les concede el “derecho y el deber de educar a sus hijos”. Esta prerrogativa, establecida en beneficio de los hijos, tiene un carácter excluyente tanto respecto de otros adultos como también del Estado.

185 Pautassi (2007) *apud* Sepúlveda (2020) 23.

186 Sepúlveda (2020).

187 Espejo (2020).

188 Acuña (2018).

189 Desde ya podemos adelantar que, a falta de acuerdo, la legislación otorga al Tribunal la facultad de definir de qué manera se garantizará la participación del otro progenitor, pero sin indicar modos de solución de conflictos que eventualmente puedan ocurrir en el ejercicio de esta prerrogativa, ni pautas o reglas específicas para concretar este mandato.

4.2 Mantenimiento de relaciones personales

El principio que rige esta materia es el de corresponsabilidad parental, “en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”.¹⁹⁰ Desde el punto de vista de NNA, la profesora Acuña¹⁹¹ habla de “coparentalidad”, para referirse al derecho que corresponde a los hijos a relacionarse con ambos padres, vivan juntos o separados. En síntesis, para la autora antes citada, “corresponsabilidad” y “coparentalidad” serían dos caras de una misma moneda.

Para que aquel de los progenitores que no vive con los hijos se relacione con estos, nuestra legislación establece el derecho-deber de RDR, el cual se regula principalmente en el artículo 229 del CC y en algunas normas de la llamada Ley de Menores. Allí se establecen reglas tanto para su determinación como también para afrontar los incumplimientos totales o parciales que puedan ocurrir.

4.3 Determinación de la residencia

Este aspecto no se encuentra regulado de manera específica en nuestra legislación. En la práctica, por regla general, esta decisión será de aquel de los progenitores que tiene el cuidado personal, considerando que este derecho-deber se circunscribe principalmente al aspecto residencial y a las consecuencias más inmediatas derivadas de este.¹⁹²

4.4 Administración de la propiedad

Este aspecto se encuentra comprendido dentro del concepto de “patria potestad”, en los artículos 243 y siguientes del CC. En cuanto a su titularidad, a partir de la Ley N° 20.680 se promueven los acuerdos entre progenitores, agregándose una regla supletoria: a falta de acuerdo, la patria potestad será ejercida por aquel de los progenitores que tenga el cuidado personal de sus hijos.¹⁹³

4.5 Representación legal

En lo que dice relación con este último aspecto, se puede encontrar de manera específica en los artículos 260 a 266 del CC, además del artículo 19 de la Ley N° 19.968, en donde se regula lo relativo a la representación jurídica de NNA ante estos tribunales, por medio de la curaduría *ad litem*.

190 Artículo 224, CC.

191 Acuña (2013).

192 Acuña (2018).

193 Artículo 245, CC.

5. Nudos críticos en materia de relaciones parento-filiales

En materia de responsabilidad parental, la Ley N° 20.680 supuso un cambio importante en nuestra legislación, por cuanto además de eliminar la preferencia materna como regla supletoria en el cuidado personal, fija el interés superior del niño como principal criterio de atribución de este. Asimismo, se incorporó la figura de la corresponsabilidad en el artículo 224 del CC y se conceptualizó de forma más específica la RDR en el artículo 229 del mismo cuerpo legal.

A simple vista, pareciera que nuestra actual legislación tiene todos los flancos cubiertos: independientemente de quién detente el cuidado personal de un NNA, se mandata que ambos padres “participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”¹⁹⁴ y será el juez quien llene de contenido a la participación del progenitor que no tiene dicho cuidado, a través de la RDR: “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”.¹⁹⁵ Sin embargo, a pesar del avance que significó la Ley N° 20.680, nuestro sistema actual continúa fallando, en variados aspectos.

5.1 Aspecto legal

En términos generales, la ley establece que ambos padres deben participar de forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos, pero no establece claramente cómo ha de hacerse aquello ni cuáles son los estándares o requisitos mínimos para que pueda darse por cumplida dicha exigencia. Al respecto, Barcia¹⁹⁶ sostiene que, para lograr cumplir con el mandato de la corresponsabilidad, nuestra legislación debe contemplar el establecimiento de deberes y facultades conjuntas y exclusivas de los progenitores, a fin de materializar una crianza y educación que efectivamente sea corresponsable. Adicionalmente, este autor plantea permitir en casos excepcionales el cuidado personal compartido aun con oposición de un progenitor, cuando con ello se obtenga el máximo bienestar del NNA.

Atendidos los términos generales en los que está planteada nuestra legislación —y si consideramos que la ley debe ser una guía para el juez en estos deberes-facultades conjuntos e individuales—, cabe preguntarse qué ítems deben ser considerados como estándares mínimos al momento de regular la RDR, con miras a lograr el máximo desarrollo del NNA.¹⁹⁷

194 Artículo 224, CC.

195 Artículo 229, CC.

196 Barcia (2018).

197 En este punto no hay que olvidar que los padres tienen un derecho preferente en la determinación de cómo desean criar a sus hijos e hijas, por lo que cualquier indicación a nivel legal debe tratarse de lineamientos generales, cuyo contenido particular deberá determinarse caso a caso.

Resulta interesante mirar lo que ocurría en el Reino Unido aun antes de la reforma del año 1989,¹⁹⁸ pues dicha legislación planteaba un listado de situaciones potencialmente conflictivas entre los padres, tales como la determinación del hogar del NNA y el contacto de este con los progenitores, la determinación de la educación de los hijos y la provisión de fondos para ello, la determinación de la religión del NNA, la disciplina, el acuerdo acerca de tratamientos médicos, de la posibilidad de adopción, de emigrar a otro país, etcétera.¹⁹⁹ Así, era la propia legislación la que entregaba una especie de *checklist*, que incluía todos aquellos aspectos de esencial regulación tanto para el juez como para las partes.

En otros países —como España— se ha optado por la implementación de los llamados “Planes de Parentalidad”, que son “otro tipo de instrumentos de pacto específicos, como complemento o sustituto del convenio regulador, dirigidos a consensuar todos los detalles del ejercicio de la guarda y custodia, es decir, del régimen de estancias de los hijos con sus progenitores”.²⁰⁰ La virtud que tiene este tipo de acuerdos consiste en que son los mismos progenitores quienes definen la estrategia o camino a seguir en cómo quieren criar a sus hijos, ejerciendo efectivamente el derecho preferente de crianza y educación que tienen los padres y madres. En estos planes, los progenitores deciden qué tareas serán conjuntas, cuáles son áreas exclusivas de uno de ellos, la forma en la que tomarán decisiones y, por supuesto, se referirán a los temas de fondo: el tipo de educación que quieren que sus hijos reciban, qué actividades extraescolares serán promovidas, si recibirán algún tipo de formación religiosa, la elección de proveedores de salud y educación, etc., respetando siempre el interés superior del niño. Lo anterior, por medio del acompañamiento de coordinadores parentales.

Otra complicación que plantea la legislación chilena actual en cuanto a la responsabilidad parental dice relación con la llamada “etapa de cumplimiento”. Atendido a que la corresponsabilidad es un imperativo (el artículo 224 del CC establece que los progenitores “participarán”), nuestro sistema legal debe asegurar la participación de ambos padres en la crianza y educación del NNA, especialmente respecto de quien no tiene su cuidado personal, habilitando los medios para que esta participación pueda concretarse.²⁰¹ Sin embargo, vemos que en la realidad no existen mecanismos efectivos para exigir el cumplimiento de los deberes y facultades que representa la corresponsabilidad, dejando una parte importante de este tema al mero arbitrio de los progenitores.

El primer problema con el que nos encontramos a este respecto es procedimental. Nuestra legislación no contempla un procedimiento de ejecución propiamente tal, limitándose la Ley N° 19.968 a designar dentro de las unidades administrativas de los

198 Dicha reforma consagró la *parental responsibility*, que corresponde a ambos progenitores.

199 Barcia (2017).

200 Becerril y Venegas (2017) *apud* Alba (2019).

201 Acuña (2013).

tribunales una llamada “de Cumplimiento”, que está encargada de “desarrollar las gestiones necesarias para la adecuada y cabal ejecución de las resoluciones judiciales en el ámbito familiar, particularmente de aquellas que requieren de cumplimiento sostenido en el tiempo”.²⁰²

Evidentemente, esta es una arista que excede los objetivos de este trabajo, pero baste decir en este punto que el hecho de que no haya una regulación clara de lo que pasa más allá de la sentencia definitiva, acarrea una serie de problemas que finalmente han tenido que ser abordados de manera parcial mediante la gestión administrativa de los tribunales de familia (como ocurre en Santiago con la Unidad Centralizada de Cumplimiento), basándose en las escasas normas de fondo que existen al respecto.

En cuanto a la obligación alimenticia, la reciente modificación de la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, viene a intentar solucionar la verdadera desgracia que era el cumplimiento de estas pensiones, incluyendo hoy una serie de nuevas medidas de apremios y de consecuencias para el progenitor que no cumple, tales como el llamado Registro de Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos, que entrará en vigencia en noviembre del año 2022.

Respecto al cumplimiento de la RDR, las pocas y parciales soluciones que entrega la Ley N° 16.618203 son del todo insuficientes. Para el caso en que el progenitor que tiene el cuidado personal impida el cumplimiento del régimen, únicamente se contempla la posibilidad de “solicitar la recuperación del tiempo no utilizado”.²⁰⁴ Es decir, solo se refiere a la parte de “visitas” de la RDR, sin otorgar ninguna alternativa frente a otro tipo de incumplimientos, como cuando se impide que el otro progenitor participe en las actividades escolares o se le excluye en la elección del establecimiento educacional del NNA.

Para el caso de incumplimiento por parte del progenitor titular del régimen RDR, la misma norma indica que este “podrá ser instado a darle cumplimiento”, bajo apercibimiento de suspender o restringir el régimen, sin perjuicio de los apremios contenidos en el artículo 66 por infringir las resoluciones que determinen el ejercicio del derecho a que se refiere el artículo 229.²⁰⁵ Lamentablemente, aquí nos encontramos con una problemática a la que nos referiremos más adelante: si los tribunales siguen estableciendo regímenes de RDR, que en la práctica no son más que regulación de cuánto tiempo los NNA pasarán con el otro progenitor, cualquier incumplimiento que no se refiera a días u horarios de visita/comunicación ni siquiera estará considerado dentro de las posibles infracciones, por lo que, aun en los casos en que los tribunales finalmente los apliquen, estos apremios y apercibimientos no tendrán ninguna utilidad.

202 Artículo 2 de la Ley N° 19.968.

203 También llamada Ley de Menores.

204 Artículo 48 de la Ley N° 16.618.

205 A su vez, este artículo se remite al artículo 543 del CPC, que establece “arresto hasta por quince días o multa proporcional, y repetir estas medidas para obtener el cumplimiento de la obligación”.

Por lo demás, en principio parece cuestionable que la sanción al incumplimiento del padre o madre a quien le corresponde mantener la RDR sea que haya aún menos participación de dicho progenitor, por lo que, si ha de tomarse esta vía, debe considerarse previamente cómo esto afectaría el ISN en el caso particular.

5.2 Aspecto judicial

Como se indicó, los artículos 224 y 229 del CC establecen que es el tribunal quien está llamado a llenar de contenido la participación del progenitor que no detenta el cuidado personal, al momento de regular o aprobar la RDR.²⁰⁶ Lamentablemente, en la práctica hemos visto que los tribunales no cumplen con este mandato legal, sino que normalmente se limitan a decretar regímenes de visita/comunicación, sin establecer la forma en que se asegurará “la mayor participación y corresponsabilidad” de dicho progenitor, ni las condiciones que fomenten “una relación sana y cercana” que exige la ley. Efectivamente, vemos que lo habitual es la determinación de un régimen de visita de fin de semana por medio, sumado a veces a algún día en la semana, e incluyendo quizás algún grado de comunicación por medios tecnológicos para los demás días.

Por lo general, no hay mención alguna a otros factores de la educación y crianza, tales como la participación del progenitor en la elección del establecimiento educacional donde asisten sus hijos o su participación en las actividades escolares o extra-programáticas. En el establecimiento del régimen, ni siquiera se mencionará el deber de información que debería recaer en el progenitor que convive con los hijos y que facilita de algún modo la participación del otro en los aspectos importantes de su vida.

Podemos plantear varios posibles motivos para este grave incumplimiento del deber legal que recae en los tribunales. Primeramente —aunque no es excusa suficiente, dados los términos en que está redactado el artículo 229—, las demandas de RDR no incluyen petición alguna al respecto. Esto se explica por el poco conocimiento que existe todavía respecto al contenido de la norma legal, dado que aún se tiene una noción de la RDR como “visitas”, limitándose los padres a pedir cierto número de días, vacaciones y celebraciones especiales en los que los NNA pasarán tiempo con ellos.

Luego, una vez que los progenitores llegan al tribunal, se mantiene la lógica de “negociar” entre estos cuántos días más o cuántos días menos se van a incluir dentro del régimen, desperdiciando una excelente oportunidad de plantear estos temas y promover la comprensión de los roles que a ambos progenitores le caben en la vida de sus hijos e hijas. La mayoría de las veces se prefiere poner fin a la causa con un acuerdo mínimo entre las partes o dictando sentencia sin mencionar los demás elementos de la

²⁰⁶ En palabras de Barcia (2018), se trata de una técnica legislativa que establece una cláusula general que debe ser llenada concretamente por los juzgados de familia.

responsabilidad parental, aun cuando esto signifique abarcar apenas parcialmente lo que implica un régimen de RDR en los términos establecidos en nuestra legislación.

En palabras de la profesora Lathrop, este incumplimiento del deber legal tiene su explicación en que gran parte de nuestra jurisprudencia continúa “anclada a criterios legales tradicionales, incapaces de (re)interpretar la normativa vigente conforme a los nuevos principios y/o a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.²⁰⁷ Por ello, se hace evidente que también es necesario formar a los y las magistradas en torno a los “nuevos” lineamientos de la responsabilidad parental, a fin de que incorporen estos criterios en los casos donde les toque intervenir.

5.3 Rol del Estado

La profesora Lathrop explica que las estadísticas acerca del incumplimiento de alimentos y de regímenes de RDR demuestran que las funciones parentales no son cumplidas responsablemente, por lo que “el legislador y las políticas públicas de familia deben encaminarse hacia la concienciación y reeducación de los roles parentales en general”.²⁰⁸ En efecto, como se trató antes en este trabajo, estos roles parentales —y la corresponsabilidad en general— no solo deben trabajarse a nivel del grupo familiar, sino que se hace necesario un cambio cultural que pase por las familias, la ley y también por los tribunales de familia, y los funcionarios y funcionarias que diariamente están en contacto con estos temas.

Si consideramos, como plantea Barcia, que el deber de criar recae en los progenitores, en los representantes legales de NNA y en las autoridades del Estado, nos encontramos con que habría una clara responsabilidad internacional del Estado chileno si la legislación o los tribunales no respetan este deber-facultad de los padres y madres. La situación es tal, que las Naciones Unidas —a través del Comité de los Derechos del Niño— ya criticó a Chile por la limitada participación de los progenitores en la crianza de los hijos y por el apoyo insuficiente hacia las madres trabajadoras que son jefas de hogar, en el cumplimiento de sus responsabilidades parentales.²⁰⁹

Esto es importante, porque la regulación que se necesita va más allá de lo meramente judicial. El artículo 18 de la CDN establece la obligación de los Estados Parte de prestar la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y de velar por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. Es decir, sin desconocer el derecho preferente que tienen los progenitores en la crianza y educación de sus hijos, la Convención ordena a los Estados a prestar apoyo en el cumplimiento de estos deberes, pues es sabido que el adecuado ejercicio de estos de-

207 Lathrop (2017) 161.

208 *Ídem*, 156.

209 Barcia (2017).

beres y facultades requiere del desarrollo de ciertas habilidades que pueden no estar suficientemente incorporadas previamente en los padres y madres.

Con este fin, y especialmente teniendo en la mira evitar la institucionalización de NNA por razones asociadas a la pobreza o la exclusión social, Espejo plantea que existen varias medidas integrales, entre las que destaca:

a) las ayudas materiales como subvenciones, que contribuyan a un mejor cumplimiento de las responsabilidades parentales y a la protección y bienestar de los NNA y; b) los programas de parentalidad o crianza positiva: intervenciones que se centran en desarrollar una relación fuerte y profundamente comprometida entre padres e hijos basada en la comunicación y el respeto mutuo.²¹⁰

En el mismo sentido, el recién mencionado profesor explica que el Estado debe dotar a los NNA de dos tipos genéricos de garantías:

i. Garantías primarias: aquellas que buscan tanto reconocer los derechos como dotar de aquellos mecanismos específicos que permiten su efectividad universal para todos los NNA. Pueden ser políticas, legales, presupuestarias y administrativas.

ii. Garantías secundarias: complementan las anteriores y son aquellas que otorgan a los niños la capacidad de denunciar el incumplimiento de sus derechos ante un poder independiente de los sujetos obligados primariamente, el cual tendrá competencia para forzar el cumplimiento y establecer reparaciones o sanciones, según el caso.²¹¹

Entonces, en virtud de las garantías primarias, el Estado debe asegurar los derechos de la niñez y otorgar respuestas administrativas de carácter preventivo, logrando así que las vías jurisdiccionales, contempladas a partir de las garantías secundarias, solo entren en juego cuando las demás instituciones y garantías no resultan suficientes para el adecuado ejercicio de los derechos.

En definitiva, el mejoramiento de las condiciones de vida de NNA en el aspecto cotidiano también requiere del reconocimiento normativo de ciertas garantías y mecanismos para su adecuada protección. Todos los elementos recién mencionados se unen a los demás puntos ya desarrollados en este trabajo (de carácter legislativo, judiciales, políticos, etc.) para conformar un verdadero “sistema de protección integral”, cuyo eje es el enfoque de derechos, en donde los progenitores, la sociedad en general y el propio el Estado asumen un rol protagónico como garantes.

210 Espejo (2020) 598.

211 *Ídem*, 584-587.

6. Conclusiones

Por medio del presente trabajo se ha revisado el concepto de responsabilidad parental, planteando nudos críticos y desafíos para su recepción en el derecho chileno. Se ha intentado demostrar que aquella conceptualización resulta más adecuada para describir las relaciones parento-filiales que aquellas categorías que tradicionalmente se utilizan por la doctrina (autoridad parental y patria potestad).

Se ha señalado en primer lugar que, a partir del cambio de perspectiva en torno a la niñez, expresado en la CDN, una serie de autores prefiere hablar de responsabilidad parental, para referirse al cúmulo de derechos, deberes, poderes, responsabilidades y autoridades respecto de los hijos y sus bienes, por cuanto estas describen de forma más precisa la naturaleza heterogénea de las relaciones que se generan entre NNA y sus progenitores. Se han indicado, entre otras ventajas, que esta conceptualización permite definir de mejor manera el lugar que los progenitores ocupan en relación con sus hijos desde el punto de vista legislativo (privilegio normativo), pero a la vez respecto de los demás adultos y del Estado.

Por otra parte, se ha indicado que el concepto de responsabilidad parental se aviene de mejor manera con el ISN, tanto en su carácter de criterio orientador y consideración primordial en el actuar de las familias, la sociedad y el Estado, pero también en cuanto límite para el ejercicio de la función parental.

Finalmente, desde un enfoque sistémico, se ha planteado que esta conceptualización permite comprender de mejor manera el lugar que la niñez ocupa en la sociedad. De esta manera, su carácter de sujetos de derecho cobra verdadero sentido, teniendo en cuenta el potencial que posee su participación progresiva en el ámbito social para el libre desarrollo de su personalidad.

En un segundo momento, a partir de la clasificación que ofrece el profesor Espejo, se han analizado los distintos ámbitos que involucran las relaciones parento-filiales, agrupados en cinco categorías claramente diferenciadas en la responsabilidad parental. De estas, las que mayor atención cobran en el análisis son las referidas al mantenimiento de las relaciones personales y la determinación de la residencia. Lo anterior, por cuanto, como se ha visto, más allá de la regulación de la RDR, no se establecen normas o estándares que promuevan que la responsabilidad en la crianza y educación con que cuentan los progenitores cumpla con el principio de la corresponsabilidad parental, tal como es el mandato específico hecho en distintas normas del CC.

En ese sentido, se ha mostrado que nuestra legislación no cuenta con mecanismos suficientes para exigir el cumplimiento de los deberes y facultades que involucra una efectiva corresponsabilidad en los cuidados, dejando una parte importante de este tema al mero arbitrio de los progenitores. De esta manera, se ha detectado que no se establecen mecanismos de solución de conflictos respecto de la toma de decisiones en los principales aspectos de la vida de los hijos, tales como la profesión de una religión, la práctica de un deporte o bien la elección de un sistema de salud o de un establecimiento educacional, quedando, en definitiva, entregado a la diligencia del tribunal.

En ese mismo orden de cosas, resulta evidente la necesidad de formar a los y las magistradas en torno a los distintos aspectos que involucra la responsabilidad parental, a fin de que incorporen estos criterios en los casos en que les corresponda intervenir, cumpliendo así con la obligación legal planteada en el artículo 229 del CC en cuanto a fomentar una relación sana y cercana entre aquel de los progenitores que no tiene el cuidado y sus hijos.

Otro de los aspectos que ha mostrado este trabajo es el referido a la sanción establecida por el incumplimiento del padre o madre a quien le corresponde mantener la RDR, por cuanto, como se ha analizado, este se reduce a un aspecto meramente comunicacional o de “visitas”. En la regulación de la RDR, ni siquiera se mencionará el deber de información que debería recaer en el progenitor que convive con los hijos y que facilitaría la participación del otro en los aspectos importantes de su vida.

Finalmente, y en cuanto al rol que compete al Estado y además de las necesarias innovaciones normativas antes indicadas, se ha mencionado que a este corresponde establecer garantías primarias, asegurando los derechos de la niñez por medio de una normativa que además de reconocer derechos, otorgue respuestas administrativas de carácter preventivo. De esta forma, se logra que la vía jurisdiccional, contemplada en las garantías secundarias, solo entre en juego cuando las demás instituciones y garantías no resultan suficientes para el adecuado ejercicio de los derechos.

En otras palabras, que la intervención judicial sea necesaria solo de manera excepcional, cuando las demás medidas no hayan sido suficientes, o bien cuando exista una grave vulneración de derechos que implique, entre otras cosas, privar temporal o definitivamente a un NNA de su medio familiar. Lo anterior, por medio de un adecuado sistema de protección integral, que reconozca el rol de las familias, pero también del Estado y de la sociedad en su conjunto, en todas aquellas instancias en que NNA se desenvuelven cotidianamente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Acuña San Martín, Marcela (2020): “Los deberes de los padres respecto de sus hijos: Asegurando su protección y bienestar”, en Domínguez Hidalgo, Carmen (ed.), *Convención Internacional de los Derechos del Niño. Estudios y experiencias en Chile y Latinoamérica a 30 años de su vigencia* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 115-142.
- Acuña San Martín, Marcela (2018): *El cuidado personal de los hijos* (Santiago, Thomson Reuters).
- Acuña San Martín, Marcela (2013): “El principio de corresponsabilidad parental”, *Revista de derecho (Coquimbo)*, vol. 20, N° 2: pp. 21-59.
- Alba Ferré, Esther (2019): “El plan de parentalidad y el coordinador parental: herramientas de protección del menor ante las crisis matrimoniales”, *Revista Boliviana de Derecho*, N° 28: pp. 114-133.
- Arancibia Obrador, María José y Cornejo Aguilera, Pablo (2014): “El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”, *Revista Ius et Praxis*, N° 1: pp. 279-318.
- Baeza, Angélica (2019): “Cerca del 75% de los niños inscritos en Chile durante 2018 nació fuera del matrimonio”. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/cerca-del-75-los-ninos-inscritos-2018-nacio-del-matrimonio/480917/> [Fecha de consulta: 18/11/2022].

- Barcia Lehmann, Rodrigo (2018): “La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres”, *Ius et Praxis*, vol. 24, N° 2: pp. 469-512.
- Barcia Lehmann, Rodrigo (2017): “Hacia una mirada integral del derecho de la infancia: deberes y facultades del padre no custodio en el derecho chileno”, *Revista de Derecho Privado*, N° 32, pp. 219-254.
- Barrientos Grandón, Javier (2020): *Código de la Familia* (Santiago, Thomson Reuters, séptima edición) Tomo I.
- Cillero Bruñol, Miguel (1999): “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño”, *Justicia y derechos del niño*, N° 1: pp. 45-62.
- Corporación Opción (2021): *Evaluación pericial del ejercicio parental. Consideraciones teóricas, metodológicas y prácticas a partir del marco legal chileno* (Santiago, LOM).
- Eekelaar, John (2017): “Responsabilidad Parental como privilegio”, en Espejo, Nicolás y Lathrop, Fabiola (coords.), *Responsabilidad Parental* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 13-32.
- Espejo Yaksic, Nicolás (2020): “Derechos de los niños, niñas y adolescentes”, en Contreras, Pablo y Salgado, Constanza (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales* (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 573-604.
- Espejo Yaksic, Nicolás (2017): “El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental”, en Espejo, Nicolás y Lathrop, Fabiola (coords.), *Responsabilidad Parental* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 33-52.
- Lathrop Gómez, Fabiola (2017): “Responsabilidad Parental en caso de separación. Una mirada a las legislaciones latinoamericanas”, en Espejo, Nicolás y Lathrop, Fabiola (coords.), *Responsabilidad Parental* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 147-198.
- Lepín Molina, Cristián (2017): *Derecho Familiar Chileno* (Santiago, Thomson Reuters).
- Muñoz Bonacic, Gabriel (2018): *Evolución del concepto de Familia en la legislación y la jurisprudencia* (Santiago, Hammurabi).
- Pavez Soto, Iskra y Sepúlveda Kattan, Natalia. (2019): “Concepto de agencia en los estudios de infancia. Una revisión teórica”, *Sociedad e Infancias*, 3: pp. 193-210.
- Pinochet Olave, Ruperto y Ravetllat Ballesté, Isaac (2015): “El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIV: pp. 69-96.
- Ravetllat Ballesté, Isaac (2020): “Ley de Garantías y protección integral de los Derechos de la niñez y la adolescencia: El niño, niña y adolescente como epicentro del sistema”, *Revista De Derecho Universidad De Concepción*, año 88, 248: pp. 293-324.
- Sepúlveda Varela, Jorge (2020): *Acción declarativa de cuidado personal. Estudio sobre su procedencia en el derecho chileno* (Santiago, Rubicón).
- Subsecretaría de Evaluación Social (2020): “Documento de resultados: Equidad de Género. División Observatorio Social”. Disponible en: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/grupos-poblacion/Documento_de_resultados_Equidad_de_genero_25.06.2020.pdf. [Fecha de consulta: 25/03/2022].
- Tapia Rodríguez, Mauricio (2007): “Constitucionalización del Derecho de Familia(s), el caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 8: pp. 155-199.

NORMAS CITADAS

- Ley N° 14.908 (5/10/1962) Sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias.
- Ley N° 16.618 (8/3/1967) Ley de Menores.
- Ley N° 19.585 (26/10/1998) Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación.
- Ley N° 19.968 (30/8/2004) Crea los Tribunales de Familia.

Ley N° 20.680 (21/6/2013) 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.

Ley N° 21.150 (16/4/2019) Modifica la ley N° 20.530 y crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia.

Ley N° 21.302 (5/1/2021) Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, y modifica normas legales que indica.

Ley N° 25/2010 (29/7/2010) Del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

LA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR: EL CASO DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE EN LA VENTANA

The direct and regular relationship: The children or
teenager in the window's case

Leyla Escobar Zarzar²¹²

Karla Medina Sánchez²¹³

RESUMEN

El objeto de este artículo es dilucidar la naturaleza jurídica del incumplimiento del régimen de relación directa y regular por parte del progenitor que no tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente, y sus consecuencias, mediante un análisis de la jurisprudencia nacional e internacional, recurriendo asimismo a la opinión autorizada de jueces de familia, verificando las herramientas que otorga nuestro ordenamiento jurídico al respecto, y exponiendo los vacíos que existen en la práctica.

Palabras clave: relación directa y regular, derecho de los niños, incumplimiento.

ABSTRACT

The purpose of this article is to elucidate the legal nature of non-compliance with the direct and regular relationship regime by the parent who does not have personal care of the child or adolescent, and its consequences, through an analysis of both national and international jurisprudence, also appealing to the authorized opinion of family judges, verifying the tools provided by our legal system in this regard, and exposing the gaps that exist in practice.

Keywords: legal access right, children's rights, incompliance.

212 Abogada, Universidad Central de Chile. Magíster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Gobierno en Iberoamérica. Universidad Alcalá de Henares, España y Universidad San Sebastián, Chile. Administrativo 1° Titular, 2° Juzgado de Familia de Santiago. Santiago de Chile, leyescobar@gmail.com ORCID <https://orcid.org/0000-0002-5195-0271>

213 Abogada, Universidad de Concepción. Magíster International Children's Rights, Universidad de Leiden, Países Bajos. Abogada litigante y en funciones en PRM Quinta Normal, Fundación Crea Equidad, kmedina.asesoria@gmail.com ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0405-4797>

1. Introducción

La relación directa y regular —en adelante RDR— se encuentra consagrada en el artículo 229, inciso 2, del Código Civil, comprendida como: “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”. Complementando lo anterior, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 9, N° 3, dispone que: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”. Así pues, es posible concluir que no solo se trata de un contacto presencial, no obstante, el presente trabajo se acota a ese caso en particular, sumado a la hipótesis en que dicho régimen esté regulado judicialmente, ya sea por acuerdo de las partes, materializado en la aprobación de una mediación familiar, acuerdo de relaciones mutuas en divorcio de mutuo acuerdo calificado por el tribunal de completo y suficiente, transacción o conciliación, o bien de oficio por el juez al resolver un cuidado personal, o por sentencia definitiva de RDR, al no existir un pacto entre los progenitores.²¹⁴ A su turno, es menester precisar que hablaremos del incumplimiento de ese régimen presencial, pero emanado del progenitor que no tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente.

Tal inobservancia puede ser imperfecta o total. Es imperfecta cuando el progenitor no custodio no se ciñe al horario o días establecidos, retira a su hija/a, pero en los hechos delega el cuidado en un tercero, o bien, cumple de manera intermitente cuando quiere, sin avisar cuando no lo hará. En cambio, es total si derechamente ese progenitor no llega. En ambos casos, y por lo general, privilegia sus intereses personales en desmedro de la estabilidad del hijo en común.

Así, a los progenitores les asiste la obligación de generar para sus hijos un entorno armónico que garantice su adecuado desarrollo, que reconozca su calidad de sujeto de derechos que le son privativos y exclusivos, distintos de los que a sus padres les corresponden, de manera tal que les permita crecer en un ambiente sano, armonioso y estable, en concordancia con el principio interés superior del niño, niña o adolescente — en adelante NNA—. ²¹⁵ Se da así plena aplicación al principio de corresponsabilidad parental,²¹⁶ que en palabras de Greveen y Carreta, “se refiere a aquel estándar que los

214 Si bien resulta curioso que la Ley N° 21.400, que “modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo”, no modificó en el artículo 229 del Código Civil, la expresión “padre o madre”, por progenitor. En este trabajo se utiliza dicha expresión para aludir a cualquiera de ellos indistintamente.

215 Aun cuando el contorno de este principio inspirador del derecho de familia ha sido dado por la doctrina y jurisprudencia nacional, en la legislación aplicable es posible encontrarlos en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 16 de la Ley N° 19.968 Crea los Tribunales de Familia, y el artículo 7 de la Ley N° 21.430 Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia.

216 Consagrado en el artículo 224 del Código Civil y artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

progenitores deben tener en cuenta y que los orienta a cooperar en el desarrollo de sus hijos en todas las facetas que constituyen su bienestar. En suma, que propendan a que estos tengan una vida que valga la pena vivir”.²¹⁷

Así, conforme lo expresa el máximo tribunal del país, que conociendo de un recurso de casación en el fondo que declaró inadmisibile, precisa que la corresponsabilidad constituye un principio jurídico que propende a la participación de ambos padres en el ejercicio de los derechos y deberes que comprende la autoridad parental, esto es, que ambos padres asuman en común ciertas funciones en relación con los hijos, como las de mayor impacto en su formación integral: su crianza y educación.²¹⁸

Refuerza la idea anterior, en su fallo que acoge recurso de casación en el fondo, señalando que

es un principio jurídico que tiende a que ambos padres participen en el ejercicio de los derechos y deberes que engloba la autoridad parental, esto es, que asuman de consuno ciertas funciones en relación con los hijos, como son las relativas a su crianza y educación, para que disfruten a sus progenitores de manera natural, formadora, sana y afectiva, considerando siempre su interés superior como el objetivo fundamental, aspecto en el que los padres deben necesariamente cooperar y deponer las posturas que asumen en su propio beneficio.²¹⁹

Hecha la precisión, si bien en nuestra legislación se contemplan medidas de apremio respecto del progenitor que ejerce la custodia obstaculizando el régimen comunicacional (entre ellas, sanciones tanto pecuniarias como restrictivas de libertad), en la otra faz de la moneda, y ante el mismo incumplimiento, el legislador solo da cuenta de medidas tendientes a restringir o suspender el régimen establecido cuando este perjudica al NNA.²²⁰ Lo anterior, a petición de parte, lo que en consecuencia limita aún más la relación directa y regular con el progenitor no custodio, y afecta, asimismo, tanto el derecho de este a que se respete lo decidido como el derecho mismo del NNA a mantener una RDR con el progenitor no custodio, lo que a su vez afecta su estabilidad física y psíquica.

217 Carretta y Graveen (2021) 48.

218 Extracto de considerando 3º, en sentencia causa Rol N° 21334-2014, de la Excelentísima Corte Suprema, dictada el 4 de septiembre de 2014.

219 Extracto de considerando 3º, en sentencia causa Rol N° 2814-2018, de la Excelentísima Corte Suprema, dictada el 24 de septiembre de 2018.

220 Tal como precisan los magistrados Carretta y Graveen (2021) 34, también puede privarse el ejercicio de este derecho a alguno de los progenitores por el juez, en otros casos. Entre estos, cuando el hijo es abandonado, de acuerdo con el artículo 238 del Código Civil, y si la filiación es determinada contra la oposición del padre o madre, conforme al artículo 203 del mismo cuerpo legal.

2. Jurisprudencia nacional

La labor de encontrar la opinión de los tribunales acerca de la materia resulta bastante compleja, teniendo presente que las causas de familia son reservadas, y considerando que la alegación del incumplimiento de la RDR da paso a la formación de un incidente, y su resolución por la mayoría de las Cortes de Apelaciones del país se estima que es inapelable. Destaca la sentencia del 23 de julio de 2018, que rechazó recurso de hecho Rol Familia N° 1651-2018, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. En pasajes de su considerando quinto dispone que el artículo 67, numeral segundo, de la Ley N° 19.968 indica que: “Sólo serán apelables la sentencia definitiva de primera instancia, las resoluciones que ponen término al procedimiento o hacen imposible su continuación, y las que se pronuncien sobre medidas cautelares”. Así, “la regla general constituye la improcedencia del recurso de apelación, siendo excepcional la posibilidad de deducir el mismo, en los casos específicos que regulan las normas previamente citadas”, por lo que

la resolución impugnada en forma alguna se estima que tenga la naturaleza jurídica de aquella que se pronuncie sobre medidas cautelares, las que por lo demás no fueron solicitadas, sino que únicamente se remite a ordenar el cumplimiento de un acuerdo pactado y suscrito por las propias partes.

Así pues, no estaría dentro de las hipótesis que la ley admite para su interposición.

A su turno, si bien hay superiores jerárquicos que sí conocen de la apelación de esta incidencia, se verificó que lo usual es que se alegue el incumplimiento por el progenitor no custodio en contra del progenitor custodio, por obstaculización de este último y no al revés. Mención especial obtienen los recursos de amparo y protección, interpuestos por el progenitor custodio en los casos en que le han sido impuesta una orden de arresto o multa por tal motivo.

Pero volviendo al objeto que nos convoca, en relación con el incumplimiento de la RDR, se pudo pesquisar que, en miras a poder ejercer el derecho a un debido proceso, respetando la bilateralidad de la audiencia —que admita rendir prueba con inmediatez y, a su vez, ir en búsqueda de una solución colaborativa—, se verifica como una fórmula para abordar la problemática el que se cite a una audiencia de cumplimiento, explorando una salida más beneficiosa para el NNA, pudiendo inclusive ejercer su derecho a ser oído.

Se ha destacado la importancia de la tutela de este derecho por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel que, conociendo de apelaciones acumuladas por incumplimiento de la RDR, en causa Rol N° 22-2020, del 7 de agosto de 2020, en su considerando tercero estableció:

Que el artículo 229 ya referido en armonía con la Convención Internacional de los Derechos del Niño, Niña o Adolescente, establece como imperativo legal y deber del Estado velar por el resguardo y derecho de los menores a mantener vínculos permanentes con sus progenitores, relación que no implica una obligación para

éstos, sino un deber para con aquéllos que mira a la formación futura integral de los jóvenes, de saberse hijos de determinados sujetos, en miras al establecimiento de su propia identidad, vínculo que la ley reconoce como esencia, por lo que debe ser fomentado y garantizado en resguardo de los derechos de los menores de edad. Por su parte la ley de menores está destinada a la protección de los menores y a resguardar los derechos vulnerados a su respecto, contemplando normas especiales y los procedimientos para exigir el cumplimiento de estos derechos, entre otros el derecho a mantener un régimen de relación directa y regular entre padre o madre no custodio y su hijo o hija.

Del tenor del pasaje previamente citado se puede concluir la conexión existente entre el incumplimiento de la RDR y sus eventuales consecuencias negativas en la identidad de ese ser humano en formación.

Es por lo anterior que la legislación admite estudiar una eventual suspensión o restricción de la RDR, tal como lo precisa en sentencia del 7 de octubre de 2021, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° Familia-317-2021, conociendo de una apelación de sentencia definitiva, la que es confirmada, teniendo presente que:

El mérito de los antecedentes que obran en la causa, y especialmente el tenor del artículo 229 del Código Civil en su inciso final que permite suspender o restringir el régimen comunicacional del hijo con el padre no custodio, cuando resulte manifiestamente perjudicial para aquel, sumado al principio de interés superior del niño, que aconseja, atendida la afectación emocional pesquisada en la niña de autos el no establecer régimen de relación directa y regular con el actor en tanto no se verifique respecto de aquella terapia reparatoria, que permita una vinculación sana y cercana entre ambos; es que estiman estos sentenciadores que la decisión tribunal a quo se encuentra ajustada a derecho.

En otras palabras, no se fija RDR, la que queda supeditada a la realización de una terapia reparatoria vincular entre el padre con su hija.

Para finalizar este apartado, no podemos dejar de mencionar el fallo icónico que da origen al título de nuestro trabajo, sentencia emanada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° Familia-721- 2018, dictado el 11 de enero de 2019, que acoge apelación de la resolución del tribunal de familia de esa ciudad. Este apercibió al padre no custodio a cumplir RDR, bajo sanción, dejando sin efecto la misma y, en su lugar, ordenando simplemente tener presente los incumplimientos, bajo las siguientes consideraciones que vale la pena destacar. En un extracto del considerando tercero citando a Maricruz Gómez de la Torre,²²¹ indica:

Este derecho/deber de comunicación se basa en el principio de que el niño es sujeto de derecho y, en consecuencia, titular del derecho de relacionarse en forma

221 Gómez de la Torre, Maricruz (2011): “La relación directa y regular como efecto de la ruptura”, *Revista del magíster y doctorado en derecho*, N° 4.

regular y permanente con su padre o madre que no vive con él. Desde la perspectiva del padre, su derecho de comunicación con el hijo constituye para él también un verdadero deber hacia el hijo, sobre todo en el orden interno y moral, en atención a los vínculos que los ligan, las funciones socioeducativas a cumplir y los graves perjuicios que pueden producirse en caso de incumplimiento.

A su turno, en considerando quinto expresa:

Que, no cabe duda que el incumplimiento del progenitor al no visitar al hijo o hija tal como se había acordado, genera el denominado caso del “niño en la ventana” que espera a un padre o madre que no llega ni avisa que no viene. Es así que, la ley de Menores en su artículo 48 señala que: en caso de que el padre o madre a quien corresponda mantener la relación con el hijo dejase de cumplir, injustificadamente, la forma convenida para el ejercicio del derecho o la establecida por el tribunal, puede ser instado a darle cumplimiento, bajo apercibimiento de decretar la suspensión o restricción. Esto no obstará a que se decreten apremios cuando procedan, de conformidad al inciso 3° del artículo 66, esto es, de acuerdo al artículo 543, inciso 3°, del Código de Procedimiento Civil (arresto hasta por 15 días o multa proporcional, que se puede repetir).”, luego haciéndose cargo de las limitaciones que tiene el Derecho en esta materia, señala: “Sin embargo, no cabe duda que se trata de una situación especial, porque no hay ley que pueda imponer amor por un hijo y por otra parte, como dice Diez Picazo, “la sentencia judicial, aun revestida de todos los sacrosantos valores, es un instrumento de eficacia limitada” (DIEZ-PICAZO, LUIS. “Familia y Derecho”, Editorial Civitas S. A., España, p. 34). Entonces es preciso cuestionarse si el tribunal, como en este caso, puede imponer –o apercibir con imponer- sanciones al progenitor que no está interesado en mantener la relación con el hijo. En este punto, poco puede hacer el derecho. (En este sentido es la opinión de la profesora Gómez de la Torre).

Este caso, como aquellos de obstrucción del régimen de comunicación por el padre o madre que ejerce el cuidado personal o como las negativas de los hijos a mantener una comunicación con aquél, evidencian la existencia de una grave crisis familiar, que demanda la intervención interdisciplinaria de auxilio terapéutico y no la amenaza de sanción que, finalmente, va a repercutir en perjuicio del niño o niña respecto de quien los tribunales estén en obligación de proteger.

3. Tratamiento en la legislación comparada

Para dar luces respecto a la forma en que ha de abordarse este vacío, analizaremos los casos de Argentina, Colombia y España. Los dos primeros, por ser países latinoamericanos que de alguna manera resultan más cercanos a nuestra realidad político/cultural/legislativa, y el último, por ser un país de habla hispana reconocidamente a la vanguardia en cuanto a lo que a derechos de niños, niñas y adolescentes se refiere.

En general, en doctrina comparada, los distintos países han regulado en términos amplios la temática del incumplimiento del progenitor no custodio. Es decir, no abordan específicamente el caso concreto, sino que se ha dejado más bien al análisis jurisprudencial, siendo los tribunales de justicia los entes que se han hecho cargo de la situación en concreto, en virtud del principio de inexcusabilidad que los rige. Cabe hacer presente que, de manera transversal, la mayoría de los países concede mayor énfasis y regulación a la situación del progenitor no custodio que obstaculiza e incumple el régimen. Es un resabio —a juicio de esta parte— de un derecho patriarcal que no toma ni tomaba en cuenta la perspectiva de género, ni el derecho de infancia. Así pues, “castiga” tan solo a la parte obstaculizadora, por regla general la madre,²²² sin tomar en cuenta el caso del padre infractor ni la manera que esta conducta de incumplimiento afecta tanto a la madre como al niño, niña o adolescente.

3.1. Argentina

En el país trasandino, el fundamento legal base en esta materia es la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo cual se entiende el “derecho a visita” como un derecho de estos. Así, al igual que en nuestro país, considerado como una responsabilidad del progenitor para con el hijo, entendido este como sujeto de derecho. La existencia y preservación de una RDR es un derecho que atañe al NNA, que este detenta y de cuyo incumplimiento se derivan consecuencias que le afectan directamente.

Tanto en Argentina como en nuestro país se sanciona la obstaculización o impedimento de contacto por parte del padre custodio, pero lo diferencia que en Chile se trata de medidas de apremio para obtener el cumplimiento (arresto o multa), y en el caso de Argentina, dicha figura puede inclusive llegar a ser sancionada penalmente. El artículo 72 del Código Penal, inciso 3, establece:

Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 3. Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes”. Sin perjuicio de lo cual, para que pueda hacerse efectiva esta pena, debe existir un acuerdo o sentencia previa que establezca y regule la RDR. Cabe señalar que para que el hecho prospere y no quede estancado en una mera denuncia, se deben presentar pruebas que acrediten la obstaculización.

La Ley N° 24.270 en su artículo 1 modifica el Código Penal argentino, estableciendo la pena que recibe aquel que incurre en dicha situación, pues dispone que “será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes”. Es decir, se le otorga una gravedad tal a la obstaculización, que puede incluso derivar en una prisión efectiva.

222 Se indica “madre” por cuanto en la mayoría de los casos es la madre la que mantiene el cuidado personal de los hijos y, por tanto, aquella parte que “obstaculiza” el derecho del progenitor no custodio.

En cuanto a las consecuencias de incumplimiento por parte del progenitor no custodio, en el artículo 557 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) establece: “Medidas para asegurar el cumplimiento. El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia”.²²³ ¿Pero a qué se refiere la ley con “medidas razonables para asegurar su eficacia?” Puesto que el legislador no lo señala expresamente, ello quedaría entonces al arbitrio del juez.

Así, doctrina y jurisprudencia han estado contestes en que “no se puede obligar al progenitor incumplidor a ver al hijo”, en otras palabras, “no se puede obligar a querer”. Sin embargo, la redacción amplia de la norma otorga suficiente espacio al juez para adoptar una solución alternativa. Este es el caso, por ejemplo, del fallo de fecha 16/04/2010, en los autos caratulados: “S. H. c/ S., E. s/ alimentos” del tribunal de Rosario (Santa Fe) en virtud de los cuales, ante el incumplimiento acreditado, reiterado y de mala fe del padre no custodio, el juez decide modificar la cuota alimentaria fijada al caso concreto, aumentándola, dado que implicaría una mayor carga pecuniaria para el progenitor custodio.

Parte del fallo establece:

Los deberes —en el caso específico la obligación de tomar contacto con sus hijos— que la patria potestad impone no desaparecen por el traslado del progenitor al extranjero o porque éste no asuma la parentalidad, ya que las necesidades de sus hijos también se han modificado con el tiempo y se incrementan con la mayor edad, la obligatoriedad de su escolarización, sus deseos, sus expectativas y todo ello se frustra con la ausencia injustificada en la vida de sus dos hijos de casi cinco años de edad (...) Si bien la dedicación y responsabilidad debería ser igualitaria respecto de la crianza, educación y manutención de ambos niños en cuanto a los roles de su madre y de su padre, cuando existe un apoyo full time de la primera y un desapego total por parte del segundo, al ser prácticamente imposible imponer aquello jurídicamente, esta falta tiene que compensarse con una mesada acorde que al menos supla el aludido desentendimiento y “recompense” mínimamente a su guardadora por las responsabilidades casi totales que tiene en relación a los niños.

En armonía con lo señalado, sostiene la jueza Macarena Rebolledo Rojas,²²⁴ a la pregunta respecto de la utilidad de alegar este incumplimiento de la RDR, “creo que debería al menos considerarse para los alimentos, considerando que el cuidado lo asume 100% el progenitor custodio, y aplicar sanciones al no custodio que no impliquen un RDR forzado”. Sin perjuicio de lo señalado, las “medidas razonables” más comunes siguen siendo la suspensión o modificación de la RDR del progenitor no custodio, considerando esto como una “sanción” frente al incumplimiento.

223 El destacado es nuestro.

224 Jueza titular del 2° Juzgado de Familia de Santiago. Entrevista completa disponible en anexo a este trabajo.

3.2. Colombia

En Colombia, la RDR puede establecerse de diversas formas: por acuerdo de las partes (conciliación), por vía administrativa en la institución correspondiente (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar) y por sentencia judicial. Cabe hacer presente que, en el citado país, el derecho de custodia y cuidado personal, así como el derecho de visitas (derivado del mismo), constituyen derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, y gozan de una especial protección a nivel supranacional, constitucional y legal.^{225,226}

Este tipo de incumplimiento se ventila, idealmente y, en primer lugar, en sede administrativa, debiendo acudirse ante la autoridad competente para que se restablezcan los derechos, se tomen las decisiones a que haya lugar y, de ser necesario, se inicien las acciones judiciales pertinentes ante la jurisdicción de familia correspondiente, procedimiento que también puede activarse de manera oficiosa.

En el presente artículo nos centraremos en la vía administrativa de cumplimiento, por considerarla una alternativa práctica e innovadora, que permite descongestionar la tramitación judicial y, por sobre todo, una vía que adopta y considera un enfoque interdisciplinario en relación con el incumplimiento.

Respecto al procedimiento administrativo propiamente tal, este se encuentra regulado en los artículos 99 y 100 del Código de Infancia y Adolescencia Colombiano (en adelante CIAC), denominado “Proceso administrativo de restablecimiento de derechos”. Ante el incumplimiento reiterado del régimen de visitas por parte del progenitor no custodio, se debe acudir²²⁷ a la autoridad administrativa correspondiente al lugar de residencia del NNA afectado, solicitando la protección de los derechos del mismo. Este ente administrativo puede ser el defensor o comisario de la familia o, en su defecto, un inspector de policía, quien, al tomar conocimiento de la inobservancia de derechos, abrirá la respectiva investigación, a objeto de determinar si existe o no vulneración, siempre y cuando el hecho se encuentre dentro del ámbito de su competencia y con el objeto de proveer al restablecimiento de los respectivos derechos.

225 Es así que la Convención Americana de los Derechos del Niño lo establece en sus artículos 7 y 9, la Constitución Política de Colombia lo consagra en su artículo 44 y el Código de Infancia y Adolescencia lo garantiza y desarrolla en su artículo 23.

226 “En asuntos de custodia, cuidado personal y regulación de visitas, tanto los jueces de familia, como los comisarios y defensores, tienen competencia, según el Código General del Proceso y el Código de la Infancia y la Adolescencia, para conocer del proceso judicial o del trámite administrativo, según sea el caso, y evaluar la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de garantías en asuntos donde se ven comprometidos los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes?” Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2017).

227 El representante legal del niño o niña, la persona que lo tenga bajo su custodia, o directamente el propio NNA.

En cuanto a las etapas de esta sede administrativa, se contemplan dos: la primera corresponde al auto de apertura del procedimiento de investigación (artículo 99 CIAC), y la segunda al procedimiento propiamente tal (artículo 100 CIAC).

La investigación se inicia con el auto de apertura del procedimiento, el cual debe ordenar:

- La identificación y citación de los representantes legales del NNA, personas con quienes conviva o sean responsables de su cuidado, o de quienes de hecho lo tuvieren a su cargo, y de los implicados en la violación o amenaza de sus derechos.
- Las medidas provisionales de urgencia que requiera la protección integral del NNA.
- La práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer los hechos que configuran la presunta vulneración o amenaza de derechos.

Luego se inicia el procedimiento propiamente tal, en virtud del cual, si se trata de asuntos que pueden conciliarse, entonces se cita a las partes a una audiencia de conciliación, a realizarse dentro de los diez días siguientes al conocimiento de los hechos. Si se logra una conciliación se levanta acta y de deja constancia de esta. En cambio, si fracasa la conciliación o transcurrido el plazo de diez días sin que se haya realizado la audiencia, se inicia el procedimiento contencioso propiamente tal, en virtud del cual:

- Se notifica a las partes, confiriéndose traslado por cinco días a las personas que deban ser citadas, para que se pronuncien y aporten sus pruebas. Asimismo, la autoridad administrativa decretará la prueba que estime necesario realizar, de lo cual también se da traslado por cinco días a las partes para que se pronuncien. Vencido el traslado, se fijará fecha de audiencia de prueba y fallo.
- Audiencia de prueba y fallo: se rinde la prueba y se dicta fallo conforme a ella, el cual es susceptible de recurso de reposición (en audiencia de manera verbal para quienes concurrieron, o posterior a ella por escrito, respecto de quienes no concurrieron a la audiencia).
- La reposición se resuelve en un plazo de diez días desde su interposición.
- Resuelto el recurso, o vencido el término para interponerlo, el expediente debe ser remitido al tribunal de familia para homologar el fallo.
- El plazo total del procedimiento es de cuatro meses. En efecto, la actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud o a la apertura oficiosa de la investigación, prorrogable excepcionalmente y por razones fundadas.

También es posible concurrir directamente al tribunal de familia, cuando existe incumplimiento de las obligaciones establecidas en la sentencia, todo ello a objeto de iniciar un procedimiento ejecutivo.

La legislación colombiana deja en claro que el incumplimiento del derecho de visitas de un menor de edad constituye una vulneración de su derecho a tener familia y a no ser separado de ella.²²⁸ Respecto a las sanciones, si bien es cierto que el incumplimiento relativo al derecho de visitas constituye un actuar reprochable, este no se tipifica como delito, como sí ocurre en el caso del progenitor que sustrae, oculta o arrebatata al NNA. Por lo mismo, las sanciones aplicables al incumplimiento de RDR se remiten meramente a conminar al progenitor no custodio al cumplimiento, así como otras medidas administrativas, entre otras, el derivar el caso al Sistema Nacional de Bienestar Familiar —concretamente, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar—, con el fin último de buscar un apoyo interdisciplinario para lograr un cumplimiento efectivo de la RDR.

Lo interesante de acudir a la instancia administrativa, consiste en que la solicitud ante el defensor de familia permite que se efectúe un seguimiento, luego se conmine al cumplimiento, se coordine el mismo con las autoridades de policía y, a su vez, puedan adoptarse las demás medidas administrativas que se consideren necesarias, de acuerdo con la verificación de derechos realizada y a la prueba recaudada. A su turno, el ICBF, a través de los defensores de familia competentes, debe realizar las gestiones pertinentes para que las demás autoridades colaboren en garantía del cumplimiento de los acuerdos. Al respecto, debe precisarse que, tanto la Policía Nacional como la Procuraduría General de la Nación estén facultados para coadyuvar en el referido acatamiento.²²⁹

Por tanto, frente al incumplimiento, si bien es posible concurrir directamente al tribunal de familia y activar la vía judicial (en caso de que haya sentencia), en la práctica y como vía válida y previa, se insta a concurrir directamente al ICBF, con el fin de que se inste al cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo arribado en el mismo centro, en el acta de conciliación judicial o en la sentencia misma, según corresponda, proveyendo a una solución colaborativa e interdisciplinaria es pos del cumplimiento efectivo de la RDR.

3.3. España

Frente a la situación que nos ocupa, cabe mencionar que en el país ibérico, tal como en los dos países expuestos anteriormente, se produce de manera habitual el incumplimiento del progenitor no custodio, frente a lo cual existe, por una parte, normativa expresa que tipifica y regula las consecuencias —sanciones— ante el referido

228 Irrespetar el régimen de visitas u obstaculizar su realización, es una conducta nociva para el niño y para su familia, de esto no hay duda. Al afectar derechos fundamentales, frente a tal conducta este tribunal no ha vacilado en sostener que procede la acción de tutela como un mecanismo de protección expedito y eficaz de estos derechos. Así pues, de la mera circunstancia de que la conducta no se tipifique como delito, no se sigue que esta conducta no pueda ser sometida al conocimiento y control de las autoridades, por medio de diversos mecanismos administrativos y judiciales, para proteger el derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella.

229 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2017).

comportamiento. Por otra parte, existe también la posibilidad de considerar esta infracción como delito, al encontrarse tipificado en el Código Penal español el llamado “delito de desobediencia a la autoridad”.

En España existe norma expresa respecto al progenitor no custodio que incumple; el artículo 94 del Código Civil Español señala:

El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores, gozará del derecho a visitarlos (...) el juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplan grave o reiteradamente los deberes impuestos en la resolución judicial.

Asimismo, existe regulación específica respecto al progenitor no custodio en el artículo 776, N° 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual dispone: “El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas tanto por el progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por parte del tribunal del régimen de visitas”.

Cabe hacer presente que esta modificación consiste en la restricción del régimen o derechamente su suspensión, como en el caso de nuestro país, respecto al incumplimiento por parte del padre no guardador. En cuanto al procedimiento, es posible distinguir dos vías:

3.3.1. Vía Civil

Frente al incumplimiento del régimen de visitas, primero debe requerirse de manera formal al progenitor incumplidor, con objeto de que cumpla su obligación legal y moral respecto de su hijo/a; este requerimiento se lleva a cabo a través de burofax²³⁰ o mediante un escrito notarial. Si no cesan los incumplimientos, se abre el camino, entonces, a la posibilidad de interponer una “demanda de ejecución del convenio o sentencia”, ante el tribunal correspondiente. Los requisitos para interponer dicha acción judicial son:

- El progenitor que sufra el incumplimiento es quien puede dar inicio al procedimiento.
- El incumplimiento debe ser grave y reiterado, no una situación aislada.
- El progenitor que sufra el incumplimiento es quien debe acreditarlo.
- Es necesario el patrocinio de un abogado.

230 Burofax es un servicio que permite enviar documentos de manera urgente y que acredita el contenido del envío, el remitente, el destinatario y la fecha de envío. Se pueden remitir documentos que requieran una prueba ante terceros y tiene carácter probatorio ante los tribunales.

Una vez interpuesta la demanda de ejecución de sentencia o convenio regulador, el juez requerirá nuevamente al progenitor incumplidor o guardián no custodio, con objeto de interpellarlo en cuanto al cumplimiento de su obligación u/o escuchar los motivos de su incumplimiento. El juez requerirá nuevamente al cumplimiento del régimen y otorgará, esta vez, un plazo para que se materialice aquello. Si transcurrido el plazo, el progenitor persevera en dicha inobservancia, el juez podrá apremiar al cumplimiento, aplicando medidas coercitivas mensuales, consistentes en multas, cuyo monto determinará él mismo (artículo 776.2 Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 711 del mismo cuerpo legal).

Si, una vez realizado todo este procedimiento, el progenitor persiste en el incumplimiento, el juez derivará entonces a dar plena aplicación a lo señalado en el artículo 776, N° 3, es decir, procederá a modificar o derechamente suspender el régimen comunicacional.

3.3.2. *Via penal*

Estrechamente relacionado al incumplimiento persistente del régimen de relación directa y regular, se encuentra el delito de “desobediencia a la autoridad”, tipificado en el artículo 556 del Código Penal español. Cabe señalar que, dado el principio de intervención mínima que rige en el derecho penal, solo procederá acudir a él, si se ha agotado con carácter previo la vía civil.

Se entiende por desobediencia a la autoridad, el hecho de “dejar de cumplir consciente e injustificadamente órdenes emanadas de un superior jerárquico, de la autoridad o de sus agentes”.²³¹ Cabe colegir, entonces, que la norma presupone que la desobediencia debe ser grave y ante un mandato claro y expreso de un agente de la autoridad. El artículo 556 establece:

1. Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. 2. Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de multa de uno a tres meses.

Por tanto, si ha habido un requerimiento judicial frente al incumplimiento y este persiste, dicha conducta puede configurar el referido delito; en este mismo sentido, se aconseja que el texto de la demanda de incumplimiento contenga un apartado en el cual se indique y aperciba al demandado, en cuanto al hecho de poder configurarse el delito.

231 Diccionario Panhispánico del Español Jurídico.

4. Naturaleza jurídica y sus consecuencias

La naturaleza jurídica corresponde a la caracterización que una determinada institución se le atribuye dentro del marco del derecho. Así, resulta interesante la reflexión efectuada por el jurista David Quintero Fuentes, quien señala:

¿Qué se busca al indagar sobre la naturaleza jurídica? Las posibilidades son varias, ya que esta expresión es usada con propósitos diversos:

- a) determinar el régimen jurídico aplicable a una institución, a fin de establecer cuáles son sus consecuencias jurídicas. Ello implica efectuar una operación de calificación jurídica.
- b) identificar los elementos que la constituyen, es decir, cuáles son sus hechos condicionantes.
- c) precisar los requisitos o condiciones que deben reunirse, según el uso, para emplear la palabra.
- d) en otros casos, por ejemplo, en la compensación económica, precisar los criterios de determinación del quantum.
- e) en algunas ocasiones, determinar la validez y jerarquía de una norma jurídica (de acuerdo con las normas que rigen la producción jurídica).
- f) dar contenido a un concepto jurídico indeterminado.
- g) de modo más general que el anterior, emplear los espacios de discrecionalidad que concede el derecho.²³²

De lo anterior, se colige que nuestra pretensión es al menos sentar las bases para determinar los contornos de los principios y las normas jurídicas aplicables en la hipótesis de incumplimiento planteada.

En relación con los principios, como ya se mencionó en la introducción, destaca la actuación de oficio, de colaboración, del interés superior del niño y la corresponsabilidad parental. En cuanto a las normas jurídicas, si bien la Ley Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia se aprobó recientemente, tras una extensa y acalorada discusión legislativa que podría haberlo incluido, la regulación del caso en estudio está consagrado en una ley que se gestó en el año 1967, a saber, Ley de Menores N° 16.618 y cuya **última** modificación data del año 1999. Así, el **artículo** 48 del citado cuerpo legal consagra la facultad de solicitar que se fije un régimen de “visitas” en el caso de que los padres de un NNA²³³ vivan sepa-

²³² Quintero (2009).

²³³ La ley acuña el concepto de “menor”, nomenclatura que hoy en día está en proceso de erradicación, por cuanto importa un contenido peyorativo hacia los NNA, al considerarlos “menos” que los adultos.

rados, pudiendo acudir a un juez de letras de menores (hoy juez de familia) para tales fines, o bien solicitar su modificación si el régimen fuere perjudicial para el bienestar del “menor.” Si se atribuye un cuidado personal, el juez de oficio debe fijar una RDR con el progenitor no custodio. Si se obstaculiza el régimen por parte del progenitor no custodio, el otro progenitor está facultado, al parecer por razones de equidad, para solicitar al juez la recuperación de días incumplidos, lo que el tribunal dispondrá prudencialmente. A su turno, trata el caso del progenitor no custodio que incumple, pero de manera arbitraria, “quien podrá ser instado a darle cumplimiento, bajo apercibimiento de decretar su suspensión o restricción, lo que no obstará a que se decreten apremios cuando procedan de conformidad al inciso tercero del artículo 66”.²³⁴ Sin perjuicio de ello y conjuntamente se admite la posibilidad de decretar la suspensión o restricción del ejercicio de la RDR, en la hipótesis que dicha conducta “manifiestamente perjudique el bienestar del hijo”, pudiendo acceder provisionalmente a la petición, siendo para ello menester que el solicitante acompañe antecedentes graves y calificados, que así lo justifiquen.

Del tenor del precepto analizado, Acuña San Martín es de la opinión de que:

Las tradicionales garantías cabrían, en cambio, el pacto o la imposición judicial de una pena sancionadora del incumplimiento, del cumplimiento imperfecto o sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios, la medida de conminar o advertir en la sentencia o el convenio de la posible suspensión o restricción del régimen de visitas (art 48 LM), la advertencia del cambio de régimen, según de quien provenga un eventual incumplimiento, y la amenaza de aplicar al cuidador de obstaculizar, apercibimiento, y de remitir los antecedentes al ministerio público por infracción del inc. 2º del art 240 del CPC.²³⁵

Dicho artículo dispone que: “Cumplida una resolución, el tribunal tendrá facultad para decretar las medidas tendientes a dejar sin efecto todo lo que se haga en contravención a lo ejecutado. El que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo”.

La autora explica que

también se corresponden con estas medidas atípicas de aseguramiento de la efectividad del derecho, algunas de las restricciones que se pueden prever al tiempo de la determinación del régimen de relación, como la de imponer que las entregas y recogidas se realicen en un punto neutral cuando existe fundado temor o serio peligro de ejercicio gravemente conflictivo del derecho de relación, o que el ejer-

234 La parte final del artículo 66 de la Ley N° 16.618 sanciona al que “infringiere las resoluciones que determinan el ejercicio del derecho a que se refiere el artículo 229 del Código Civil, será apremiado en la forma establecida por el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil. En igual apremio incurrirá el que retuviese especies del menor o se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del tribunal”.

235 Código de Procedimiento Civil Chileno. Ley N°1552.

cicio mismo se lleve a cabo en lugares determinados, cuando se trata de visitas que requieren ser vigiladas. Lo propio ocurre con la restricción consistente en la presencia de una tercera persona durante el ejercicio del derecho, o la imposición de tratamientos o terapias tanto para mejorar la relación entre padres e hijos como para corregir problemas de orden conducta entre uno y otro.²³⁶

4.1. Medida restrictiva de derecho de propiedad: Sanción pecuniaria

De la revisión de las sanciones que nuestro ordenamiento jurídico contempla, es posible identificar esta posibilidad desde que se habilita al juez de familia a imponer una multa a beneficio fiscal respecto del progenitor incumplidor, dejando en sus manos la determinación de su cuantía. En caso de no acreditar el cumplimiento de la medida de apremio impuesta, se arriesga a una eventual remisión de los antecedentes al Ministerio Público, a fin de que se investigue un eventual delito de desacato a la autoridad, por incumplir una resolución judicial.

4.2 Indemnización de perjuicios

Por otra parte, también se ha planteado la posibilidad de demandar indemnización de perjuicios, entendida como la obligación que tiene aquel que ha causado un daño de repararlo mediante el pago de una suma de dinero frente al incumplimiento, entendiendo éste como una forma de responsabilidad civil, cuyo fundamento sería precisamente, el daño causado al NNA, el que sabemos, es efectivo, existe y es perfectamente detectable y demostrable.

La indemnización de perjuicios es entendida como la obligación que tiene aquel que ha causado daño, de repararlo, usualmente, mediante el pago de una suma de dinero. En cuanto a los argumentos a favor de esta postura, se indican, entre otros, que una indemnización de este tipo responde, en todo caso, a una manifestación de justicia, “por cuanto no se puede aceptar que se mantenga un ambiente de impunidad para quien incurre en un daño ilícito dentro de la familia”²³⁷ y en este sentido, “la función del derecho de familia debe ser la de evitar que los conflictos que se producen en el interior del grupo puedan llevar a lesionar los derechos fundamentales de algunos de sus miembros. Porque pertenecer a una familia no implica ni la pérdida ni la disminución de ningún derecho.”²³⁸

Cabe concluir, entonces,

236 Acuña (2020).

237 Godoy (2017).

238 Roca Trías (1999) *apud* Lepín (2014) 405.

que la moderna concepción de familia permite, en principio, derribar reglas y postulados que durante tanto tiempo han impedido y obstaculizado la aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil. Existen daños que se producen en el seno de las relaciones familiares cuya reparación no entra dentro de las normas específicas que el derecho de familia dedica a estos casos.²³⁹

Así, en nuestro país, existe una postura que se manifiesta a favor de esta y abrirse a la posibilidad de aplicar el derecho de daños, cuando estos efectivamente se produzcan, y sea procedente su reparación integral. Si acaso la jurisprudencia acogiera la tesis en el incumplimiento de la RDR, transformaría la presunción general de culpa cada vez que, en atención a la naturaleza y circunstancias del caso en particular, se estime la previsibilidad y el riesgo. En palabras de la magistrada María Pinochet frente a la pregunta “¿Cree usted factible la procedencia del ejercicio de una acción civil de indemnización de perjuicios en contra del progenitor incumplidor por ese daño causado?”: “Soy una convencida que esa acción procede y en ambos sentidos, también cuando el incumplimiento es por parte del padre custodio”.²⁴⁰

4.3. Vulneración grave derechos del niño, niña o adolescente

La posibilidad de estimar que esta conducta es constitutiva de una vulneración grave de los derechos del NNA, varía caso a caso, según la forma en que afecte a este sujeto de derechos, por lo que estimar *per se* que la configura, es errada, siendo ello materia de prueba en el juicio respectivo en el que se podrá evaluar una eventual aplicación de medida de protección en su favor.

4.4. Medida privativa de libertad: Omisión constitutiva de delito de desobediencia o desacato a la autoridad o un acto punible en el contexto de violencia intrafamiliar por omisión

La medida privativa de libertad es aquella que conculca la libertad personal ambulatoria de una persona, quedando recluso dentro de un establecimiento especial para tal fin. Tal como se revisó latamente en el acápite de análisis del derecho comparado, este comportamiento puede ser susceptible de un hecho constitutivo de delito, hipótesis que nuestro ordenamiento jurídico no contempla.

239 Rivas (2017).

240 Jueza titular del 2º Juzgado de Familia de Santiago.

5. Conclusión

El cumplimiento de una RDR es un deber jurídico y no tan solo una exigencia moral, teniendo en consideración que el establecimiento de esta favorece el desarrollo integral del NNA, fortalece su autoestima y su confianza, llegando incluso a formar parte de su propia identidad, por lo que no puede ni debe ser un tema ajeno al derecho. Lo anterior constituye, asimismo, un deber del Estado, desde que por mandato del artículo 1 en relación con el artículo 19, N° 1, de la Carta Fundamental, tiene que propender al fortalecimiento de la familia, debiendo generar las condiciones necesarias que le permitan al NNA desarrollarse espiritualmente y resguardar tal cúmulo de derechos en armonía con la protección del derecho a la integridad física y psíquica del mismo.

En la otra cara de la moneda, los motivos para incumplir, en palabras de la magistrada Rebolledo, “pueden ser diferentes, pero posiblemente son parte de una cultura o familia en que los roles eran muy marcados, y, por tanto, tienen la creencia que el cuidado corresponde solo a la madre, por lo que sus hijos e hijas no están descuidados si él no cumple la RDR”.²⁴¹

En cuanto a la justificación del incumplidor, podemos identificar en la casuística, entre otros: la existencia de un cambio de circunstancias, como lo es un traslado de ciudad de cualquiera de los progenitores o una modificación de los turnos en el trabajo del progenitor no custodio; que el progenitor no custodio “rehízo su vida sentimental” y su nuevo núcleo familiar no ve con buenos ojos la relación con el hijo de una relación anterior; que además el progenitor está obligado por sentencia judicial a pagar una pensión alimenticia y por el hecho de atrasarse, —por ignorancia— piensa que no tiene el derecho-deber de cumplir la RDR; pérdida o falta de interés, etc. Si bien una de las máximas de la experiencia es que los padres aman a sus hijos, ello no ocurre siempre así. El progenitor no custodio puede encontrarse agotado de la obstaculización del progenitor custodio, y decide renunciar a la RDR.

Plausibles sus motivos o no, el ordenamiento jurídico chileno les otorga a los progenitores la posibilidad de ejercer las acciones pertinentes para solicitar la modificación de la RDR, de manera tal que se ajuste a los parámetros que sí pueda cumplir, en beneficio del NNA. El punto radica en el desconocimiento de tal posibilidad, desechando la opción de asesorarse jurídicamente con un abogado de su confianza particular o, si no tiene los medios para pagar uno y califica para ello, acudir a una corporación de asistencia judicial o clínicas jurídicas. Lo común cuando tenemos un síntoma físico o mental es acudir a un profesional de salud, pagando por la consulta, pero no está normalizado en nuestra sociedad actual el acudir a un profesional del derecho y pagar una consulta para recibir asesoría en conflictos jurídicos, recurriendo a ellos en muchas ocasiones cuando tienen un “incendio” que requiere de actuación inmediata, en circunstancias que ello se podría haber evitado.

241 Entrevista completa en anexo de esta publicación.

Mención especial recibe la perspectiva de género inherente a este tipo de casos, visión transversal en los países analizados. Existe mayor regulación del incumplimiento del progenitor que detenta el cuidado personal (generalmente la madre), y no así la regulación contraria, es decir, cuando son los padres (identificación sexo biológico masculino) quienes incumplen dicho régimen. Asimismo, el hecho de aceptar simplemente la circunstancia de que “no se puede obligar a querer” y que “la ley no puede obligar a ver a los hijos”, no deja de constituir un exponente de un sesgo de género. Es resabio de un sistema patriarcal que pareciera terminar castigando a la mujer por haber decidido tener hijos y el haber “elegido mal” a la persona del progenitor, debiendo adaptar su vida en torno a dicha opción, cumpliendo el rol de ambos padres. Esta opinión es reforzada por la magistrada Luisa Hernández,²⁴² al afirmar que “el derecho patrimonial y patriarcal, da importancia a bienes y no vínculos afectivos”. Existen vínculos de cuidado que no es posible obligar a ejercer, inclusive ocurriendo situaciones en las que forzar ese vínculo puede resultar peor y más vulnerador de los derechos de ese NNA. Así, se deben reconocer las limitaciones que tiene el derecho en esta materia. Por ello, resulta imperioso que el derecho converse con otras disciplinas, tales como la psicología, la psiquiatría, la orientación familiar y el trabajo social.

Lo anterior, impone una serie de desafíos a las tres funciones (poderes del Estado) en el ejercicio de su función pública, así como a todas las personas, abandonando el “adultocentrismo”, para priorizar y poner por delante de nuestras decisiones el interés de los NNA, en lugar de las necesidades de los adultos. En esa línea, una de las ideas centrales que propone la comunidad internacional, UNICEF es que:

Para que todo niño, niña y adolescente tenga un desarrollo infantil armónico e integral, que le permita alcanzar su máximo potencial, el principal desafío es avanzar en que familias y comunidades cuenten con las condiciones materiales necesarias, sumado al apoyo del Estado para ejercer una crianza respetuosa y un cuidado cariñoso y sensible a sus necesidades. Para esto deben promoverse políticas que se hagan cargo del cuidado con perspectiva ecológica (familia y comunidad), generando condiciones suficientes para ejercer su parentalidad de manera positiva, protegiendo a niñas, niños y adolescentes frente a la violencia.²⁴³

Así, una salida adecuada y que en la práctica judicial se ha implementado según las circunstancias del caso lo ameriten —conforme lo autoriza la actuación de oficio del artículo 13 de la Ley N° 19.968, en armonía con la potestad cautelar del artículo 22 de la misma ley— es la derivación del núcleo familiar. Que en casos calificados se incorpore al NNA, a un auxilio terapéutico interdisciplinario, tendiente a consolidar un vínculo bien tratante, otorgando las herramientas de las que la diada parental carece y son necesarias para realizar un trabajo interno transformador. Esto, mejorando la comunicación entre ellos y sus habilidades, que permita propender a una vinculación

242 Jueza Titular del 2° Juzgado de Familia de Santiago.

243 UNICEF (2021) 33-34.

sana y nutricia del NNA con sus progenitores, fijando objetivos claros, sin perjuicio de ir descubriendo nuevos en el camino, siendo deber del profesional a cargo enviar informes periódicos, usualmente bi o trimestrales, de avances y/o retrocesos en la intervención debiendo consignar sus sugerencias.

Como se ha señalado latamente en este artículo, si bien existe un vacío legal respecto a la fase de cumplimiento de las resoluciones judiciales por parte del padre o cuidador no custodio que incumple la relación directa y regular, y las medidas efectivas existentes a este respecto —lo cual no fue considerado en la Ley N° 19.968 Crea los Tribunales de Familia ni en la reciente aprobada Ley N° 21.430, Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia—, este contexto resulta a todas luces complejo, pues el cumplimiento/incumplimiento del régimen comunicacional puede prolongarse por un largo espacio de tiempo, inclusive hasta que el titular del derecho cumpla la mayoría de edad.

Respondiendo a la pregunta de cuál es la naturaleza jurídica del incumplimiento del progenitor no custodio, si bien es cierto que este trabajo explora distintas opciones respecto a un posible encuadre legal de dicha conducta, creemos que la alternativa de una indemnización de perjuicios es una vía no poco interesante, que a su vez permitiría abrir una puerta a magistrados, doctrina, jurisprudencia y abogados litigantes de poder hacer valer de forma más concreta y fehaciente los derechos de NNA, como, asimismo, su derecho a ser resarcidos frente a un adulto incumplidor y a una sociedad que invisibiliza, y continúa invisibilizando, el incumplimiento de tan importante vínculo.

Finalmente señalar que, independientemente de cuál sea, en definitiva, la naturaleza que se le quiera atribuir al incumplimiento, se verifica de manera fehaciente la inexistencia de un mecanismo efectivo para la exigibilidad o el desarrollo de esta. La sociedad chilena no ha sido capaz de entregar un mecanismo de resguardo y promoción de la RDR, más allá de establecerlo y señalarlo como un derecho.

Nunca es demasiado tarde para tener una infancia feliz y evitar tener más niños, niñas o adolescentes esperando en la ventana.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Acuña San Martín, Marcela (2020): *Derecho de relación directa y regular* (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición).
- Carretta Muñoz, Francisco y Graveen Bobadilla, Nel (2021): “Régimen de Alimentos, Cuidado personal y Relación directa y regular en la decisión judicial.”. Disponible en: https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2021/09/13_Regimen-de-alimentos-cuidado-personal-y-RDR.pdf [Fecha de consulta: 2/03/2022].
- Godoy Flores, Paula (2017): “Consecuencias aplicables al incumplimiento del régimen de relación directa y regular entre progenitores e hijos”. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146590/Consecuencias-aplicables-al-incumplimiento-del-r%C3%A9gimen-de>

relaci%C3%B3n-directa-y-regular-entre-progenitores-e-hijos.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Fecha de consulta: 4/02/2022].

Lepín Molina, Cristian (2014): “Los nuevos principios del derecho de familia”, *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 23: pp. 9-55.

Quintero Fuentes, David (2009): “Sobre la búsqueda de la naturaleza jurídica: Un comentario a propósito de la compensación económica (sentencia de la Corte Suprema)”, *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 22, N° 2: pp. 233-241.

Rivas Vargas, Carola (2017): “Indemnización de daños por infracción de deberes conyugales”, *Revista de derecho (Concepción)*, vol. 85, N° 242: pp. 221-251.

Unicef Chile (2021): “Agenda niñez y adolescencia 2022-2025”. Disponible en: <https://www.unicef.org/chile/media/6831/file/agenda%20final.pdf> [Fecha de consulta: 27/02/2022].

NORMAS CITADAS

Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia, Ley N° 10.098 (2006) 08 de noviembre 2006.

Código de Procedimiento Civil Chileno. Ley N° 1552. Última versión 11 de diciembre de 2021.

Constitución Política de la República de Chile. Última versión 11 de marzo de 2022.

Convención sobre los Derechos del Niño. Ratificado por el Estado de Chile el 14 de agosto de 1990.

Ley N° 1/2000 (6-7/01/2000) Ley De Enjuiciamiento Civil.

Ley N° 21.430 (15/03/2002) Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia.

Ley N° 19.968 (15/03/2022) Crea los Tribunales de Familia.

Ley N° 16.618 (5/08/1999) Ley de Menores.

Ley N° 21.400 (10/03/2022) Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Ley N° 24.270 (25/11/1993) Configúrase delito al padre o tercero que impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes.

JURISPRUDENCIA CITADA

Excelentísima Corte Suprema, en sentencia sobre recurso de casación en el fondo, causa rol N° 21334-2014, de fecha 4 de septiembre de 2014. Disponible en: <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:CL/21334-2014/WW/vid/527568078>. [Fecha de consulta: 03 de marzo de 2022]

Excelentísima Corte Suprema, en sentencia sobre recurso de casación en el fondo, causa rol N° 2814-2018, de fecha 24 de septiembre de 2018.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia sobre recurso de hecho, Rol Familia N° 1651-2018, de fecha 23 de julio de 2018.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, Apelación incidentes, causa Rol Familia 22-2020, de fecha 07 de agosto de 2020.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Apelación sentencia definitiva, causa Rol Familia del 07 de octubre de 2021, Rol N° Familia-317-2021

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción. Apelación incidente, causa Rol N° Familia – 721- 2018, de fecha 11 de enero de 2019.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Concepto 111 de 2017. Disponible en https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000111_2017.htm#NF8

Anexos

Jueza titular María Pinochet Olmo

2º Juzgado de Familia de Santiago

- **En su experiencia, ¿cuáles serían los motivos por los que se incumple por parte del progenitor no custodio la RDR?**

Desinterés, conflictos en la diada parental, interferencias en el ejercicio del régimen, situaciones anexas, como distancia y traslados de las partes por motivos laborales, por ejemplo.

- **¿Nos podría decir cuál es la situación general, actual, en los juzgados de familia respecto al progenitor no custodio que incumple la RDR? ¿Se aplican sanciones en su contra?**

Solo si se pide la suspensión del RDR.

- **En caso de ser utilizadas las medidas de apercibimiento que existen en la legislación actual, ¿surten efecto en la práctica?**

No, son escuetas, pero lo obvio es suspender el RDR.

- **En la práctica, ¿cuál es el comportamiento que despliega el progenitor custodio cuando el otro progenitor incumple con el régimen comunicacional en favor del hijo en común? ¿Qué medidas se adoptan?**

Generalmente dejan constancia en Carabineros, también solicitan la suspensión o la modificación del RDR, en el caso que sea por horarios o atrasos.

- **¿Qué utilidad tiene alegar el incumplimiento en este caso?**

La posibilidad de dejar al NNA no sujeto a que esté esperando a un progenitor que no lo va a buscar. Mejorar el estado de salud mental del NNA para el daño causado.

- **¿La magistratura toma en cuenta el eventual daño causado al NNA en esta hipótesis? ¿Cómo se materializa ello en la práctica?**

Sí, lo toma en cuenta al momento de decidir si suspende la RDR. Se envía al niño a terapia psicológica.

- **En este mismo sentido, ¿cree usted factible la procedencia del ejercicio de una acción civil de indemnización de perjuicios en contra del progenitor incumplidor por ese daño causado?**

Soy una convencida que esa acción procede y en ambos sentidos, también cuando el incumplimiento es por parte del padre custodio.

- **En su opinión, ¿cuál sería la forma más idónea en que se podría, en los hechos, llegar a obtener el cumplimiento efectivo del régimen comunicacional?**

La única forma de cumplir el RDR por parte de los progenitores apunta a trabajar con la diada parental, estimo. Si no hay convergencia y armonía entre los padres, difícil que se dé una RDR sana y nutricia para el niño.

Jueza titular Macarena Rebolledo Rojas

2° Juzgado de Familia de Santiago

- **En su experiencia, ¿cuáles serían los motivos por los que se incumple por parte del progenitor no custodio la RDR?**

Creo que pueden ser diferentes, pero posiblemente son parte de una cultura o familia en que los roles eran muy marcados y, por tanto, tienen la creencia que el cuidado corresponde solo a la madre, por lo que sus hijos e hijas no están descuidados si él no cumple la RDR.

- **¿Nos podría decir cuál es la situación general, actual, en los juzgados de familia respecto al progenitor no custodio que incumple la RDR? ¿Se aplican sanciones en su contra?**

No hay sanciones.

- **En caso de ser utilizadas las medidas de apercibimiento que existen en la legislación actual, ¿surten efecto en la práctica?**

No se utilizan, considerando que una RDR forzada podría traer consecuencias negativas para el NNA.

- **En la práctica, ¿cuál es el comportamiento que despliega el progenitor custodio cuando el otro progenitor incumple con el régimen comunicacional en favor del hijo en común? ¿Qué medidas se adoptan?**

Generalmente no se piden apremios, solo se hace presente, por ejemplo, al solicitar alimentos y sus apremios, pero el que tenga el cuidado el 100% del tiempo generalmente no se considera en dicha materia.

- **¿Qué utilidad tiene alegar el incumplimiento en este caso?**

Creo que debería al menos considerarse para los alimentos, considerando que el cuidado lo asume 100% el progenitor custodio, y aplicar sanciones al no custodio que no impliquen un RDR forzado.

- **¿La magistratura toma en cuenta el eventual daño causado al NNA en esta hipótesis? ¿Cómo se materializa ello en la práctica?**

No se toma en cuenta.

- **En este mismo sentido, ¿cree usted factible la procedencia del ejercicio de una acción civil de indemnización de perjuicios en contra del progenitor incumplidor por ese daño causado?**

No sé, si es el daño causado al NNA este debería probarse. No necesariamente no tener vínculo con progenitor no custodio que no demuestra interés en el vínculo genera un daño (quizás incluso es mejor para su vida), no es un daño abstracto, sino concreto.

- **¿Conoce algún mecanismo a nivel de derecho comparado, y eventualmente su resultado?**

No conozco.

Juez titular Max Iturra Leiva **2° Juzgado de Familia de Santiago**

- **En su experiencia, ¿cuáles serían los motivos por los que se incumple por parte del progenitor no custodio la RDR?**

Falta de habilidades parentales, desincentivo producto de conflictos con el cónyuge custodio, falta de interés en relacionarse con sus hijos.

- **¿Nos podría decir cuál es la situación general, actual, en los juzgados de familia respecto al progenitor no custodio que incumple la RDR? ¿Se aplican sanciones en su contra?**

Estimo que por regla general no se aplican sanciones frente al incumplimiento del progenitor no custodio.

- **En caso de ser utilizadas las medidas de apercibimiento que existen en la legislación actual, ¿surten efecto en la práctica?**

Estimo que no, porque las medidas adoptadas parten de la base de la sanción, lo que genera más desincentivo a quien se obliga a tener un vínculo con su descendiente(a).

- **En la práctica, ¿cuál es el comportamiento que despliega el progenitor custodio cuando el otro progenitor incumple con el régimen comunicacional en favor del hijo en común? ¿Qué medidas se adoptan?**

Estimo que la regla general es una actitud pasiva, esto es, la mayoría de los progenitores custodios se ven impedidos de obligar al otro progenitor para que se vincule

con sus hijos(as), lo que se observa en los relatos de los hechos de otras acciones, como alimentos, modificación de RDR o cuidado personal. En forma excepcional se conocen solicitudes de suspensiones de RDR por este motivo y muy excepcionalmente solicitud de apremios en etapa de cumplimiento.

- **¿Qué utilidad tiene alegar el incumplimiento en este caso?**

No veo mucha utilidad, más que agudizar el conflicto familiar.

- **¿La magistratura toma en cuenta el eventual daño causado al NNA en esta hipótesis? ¿Cómo se materializa ello en la práctica?**

No, las partes por regla general no acreditan un eventual daño al NNA. No obstante, al momento de resolver, se parte del supuesto que la ausencia del progenitor no custodio es un factor que puede generar una afectación del NNA (semejante a lo que llama la literatura, el síndrome del Niño en la Ventana). Pero el sistema otorgado por la legislación —para exigir el cumplimiento del régimen— no resulta idóneo, ya que otorga una forma de sancionar su incumplimiento, sin considerar la naturaleza especial de los principios que sustentan el derecho de familia. Un ejemplo claro de aquello es que la sanción para el padre que no cumple su obligación es semejante a la sanción que recibe un testigo que no comparece a la citación judicial (artículo 33 del Código Procesal Penal), lo que resulta —por lo menos— paradójico, pues no se entiende cómo se sanciona con medidas semejantes a situaciones tan disímiles, más si se tiene en consideración el especial derecho-deber que supone un régimen de RDR y los principios que sustentan esta especial rama del derecho.

- **En este mismo sentido, ¿cree usted factible la procedencia del ejercicio de una acción civil de indemnización de perjuicios en contra del progenitor incumplidor por ese daño causado?**

No, por la naturaleza extrapatrimonial del derecho-deber de la RDR. Además, tiene un inconveniente práctico, se puede pagar, pero se sigue incumpliendo. En este sentido, en Chile no existe un marco normativo *ad hoc* (en derecho de familia) preciso que permita conectar el incumplimiento de este derecho-deber con un estatuto indemnizatorio por eventuales daños ocasionados por este especial incumplimiento. Tendríamos que ocupar el estatuto indemnizatorio civil. Un ejemplo de aquello es el fallo de la ICA de La Serena, de 3 de abril de 2014, Rol 507-2013, que ha resultado ser un ejemplo aislado, del que comparto su sentido de justicia, pero cuestiono su construcción normativa para llegar a la solución. Estimo necesaria una solución legislativa propia del derecho de familia, basada en sus particulares principios, más que una construcción jurisprudencial basada en un estatuto civil ajeno y a veces que pugna con los principios de esta especial rama del derecho.

- **En su opinión, ¿cuál sería la forma más idónea en que se podría, en los hechos, llegar a obtener el cumplimiento efectivo del régimen comunicacional? ¿Conoce algún mecanismo a nivel de derecho comparado, y eventualmente su resultado?**

Estimo que no hay una medida única, que aquello depende del caso particular y las circunstancias especiales de la crisis familiar que genera este incumplimiento. Por eso creo que la disposición general que existe en el derecho argentino resulta más eficaz y concordante con los principios del derecho de familia, al indicar que “El Juez puede disponer al culpable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por una sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia” (artículo 557 del CC y C).

RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR. ¿CAMBIÓ EL PARADIGMA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EN ORDEN A INCORPORAR EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD AL MOMENTO DE FIJAR UNA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR DEL PADRE NO CUSTODIO CON SUS HIJOS, CON LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N° 20.680?

Direct and regular relationship: Did the Courts of Justice's paradigms change when incorporating the principle of co-responsibility at the moment of establishing a direct and regular relationship of the non-custodial parent with their children, when Law 20.680 went into effect?

Fernanda Carrillo Suárez²⁴⁴

Matías Soto Cid²⁴⁵

244 Abogada, candidata a Magíster en Derecho Procesal de Familia Universidad Católica de la Santísima Concepción. Diplomada en Derecho de la Infancia Universidad de Los Andes, Santiago. Contrata Poder Judicial. Docente Universidad de La Frontera, Temuco. Miembro de REDAN Chile.

245 Abogado, candidato a Magíster en Derecho Procesal de Familia Universidad Católica de la Santísima Concepción. Diplomado en Infancia y Adolescencia con Perspectiva Regional, Universidad Autónoma de Chile, sede Temuco. Abogado(s) Corporación de Asistencia Judicial Biobío.

RESUMEN

El principio de corresponsabilidad se traduce en asegurar al padre no custodio una participación equitativa y permanente en el desarrollo de sus hijos. Dicho principio viene a entregar presupuestos que serán de aplicación obligatoria por el juez y que —como veremos— la inobservancia de su aplicación acarreará la máxima sanción, esto es, la nulidad.

Palabras clave: principio de corresponsabilidad, relación directa y regular, Ley N° 20.680.

ABSTRACT

The principle of co-responsibility aims at insuring to the non-custodial parent an equitable and permanent access to their child's development. The judge must apply and follow this principle in a mandatory way, and as we will see next, the non-observance of this principle will result in nullity, the maximum sanction established.

Keywords: principle of co-responsibility, direct and regular relationship, Law 20.680.

1. Planteamiento del problema

La relación directa y regular es, según la doctora en derecho, Maricruz Gómez de la Torre, un derecho-deber que permite un contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, en procurar del desarrollo afectivo, emocional y físico en los casos en que no exista entre ellos una cohabitación permanente.²⁴⁶ Consideramos que nuestros tribunales de justicia aún no internalizan el contenido de este concepto, considerando —equivocadamente— que la relación directa y regular comprende un simple deber del padre no custodio de mantener un contacto con el hijo o hija. Por tanto, se mantiene en muchos casos la dinámica de que el padre custodio se ocupe de la crianza y educación, y el padre no custodio de la entretención. Sin embargo, el objetivo de la reforma fue otro: que ambos padres estén obligados a ocuparse del desarrollo de los derechos de la personalidad de sus hijos.

En ese orden de ideas, pretendemos por medio de esta colaboración, visibilizar nuestra hipótesis y así desafiar tanto a la magistratura como a los abogados litigantes a comprender la amplitud del concepto, entendiendo por sobre todo un derecho-deber: un deber para el padre no custodio y —a la vez— un derecho privilegiado en torno a la crianza y educación de los hijos.

Con la promulgación de la Ley N° 20.680 —que modificó el artículo 229 y agregó un artículo 229-1, ambos del Código Civil— se introdujo el principio de la corresponsabilidad, el que se traduce en asegurar al padre no custodio una participación,

246 Gómez de la Torre (2014).

equitativa y permanente en el desarrollo de sus hijos. Este principio de corresponsabilidad viene a entregar presupuestos que serán de aplicación obligatoria por el juez sentenciador y que, como veremos en el desarrollo de este trabajo, la inobservancia de su aplicación acarreará la máxima sanción por nuestros tribunales superiores de justicia, esto es, la nulidad.

2. Soluciones doctrinarias

El artículo 229, incisos 1 y 2, del Código Civil (en adelante, CC) indica:

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.

Nos adherimos a lo expuesto por el profesor Rodrigo Barcia, quien relaciona el artículo 3 de la Convención Internacional de Derechos del Niño —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— justamente con el concepto jurídico *in comento*, en la expresión “todas las medidas concernientes”. Este académico indica que la Ley N° 20.680 suma al concepto tradicional de RDR (visitas, comunicación y estancia o establecimiento), la crianza y la educación del padre no custodio. Es decir, el objetivo de esta reforma es justamente evitar que el padre no custodio se convierta en un mero visitador.

Es preciso mencionar el artículo 229, inciso 3 del CC:

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.

Por tanto, la RDR debe conllevar necesariamente a la obtención, gracias a la intervención judicial, de una relación sana y cercana del padre no custodio.

Gracias a los doctrinarios en la materia, nos damos cuenta de la importancia de relacionar debidamente el artículo 229 del CC con el principio de corresponsabilidad (que tiene como sustento el fomento de acuerdos cooperativos entre los padres), contenido en el artículo 224 del CC, inciso 1:

Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del

cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

De lo anterior, surge nuestro fundamento para desarrollar este trabajo, respondiendo a la cuestión planteada, si a propósito de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.680 cambió el paradigma de los tribunales de justicia en orden a incorporar el principio de corresponsabilidad al momento de fijar una relación directa y regular del padre no custodio con su hijo, en torno a que este último participe “en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”.

3. Jurisprudencia analizada

3.1. Causa RIT C-729-2018, caratulado ALVARADO/FEE, Juzgado de Familia de Colina. Recurso de Apelación, Rol 3890-2019 (Familia), I. Corte de Apelaciones de Santiago. Recurso de casación en el fondo, Rol 76.194-2020, Excelentísima Corte Suprema

Compareció ante el Juzgado de Familia de Colina doña Anita, quien interpone demanda de alimentos menores en favor de su hijo. La demanda se interpone en contra del padre del hijo en común, Judson. Este último contesta la demanda e interpone demanda reconvenicional de cuidado personal y demanda reconvenicional de relación directa y regular. El tribunal de primera instancia acoge la demanda de alimentos, rechaza la demanda reconvenicional de cuidado personal interpuesta por el padre y acoge parcialmente la demanda reconvenicional de relación directa y regular. El alimentante y demandante reconvenicional se alza contra la sentencia de primera instancia, y una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia apelada. El padre, Judson, interpone recurso de casación en el fondo, argumentando infracción de normas sustantivas que pasan a analizarse.

Si bien el caso analizado considera tres materias, cuidado personal, relación directa y regular, y alimentos, enfocamos el comentario en lo pertinente al establecimiento del régimen comunicacional. Así las cosas, el juez de primera instancia acogió la demanda de relación directa y regular, estableciendo un régimen comunicacional consistente en sábados y domingos, sin pernoctación, cada quince días, de 10:00 a 20:00, respecto del niño de seis años de edad aproximadamente.

El padre no custodio se alzó en contra de aquella sentencia que fijó el régimen comunicacional limitado, y una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia recurrida. Hasta aquí llama profundamente la atención la completa y absoluta inobservancia de la aplicación del principio de corresponsabilidad, siendo justamente este tipo de situaciones las que se tuvieron en vista para la promulgación de la Ley N° 20.680, buscando un cambio de paradigma en lo que se refiere a la relación del padre no custodio con sus hijos. Es impensado que el padre no custodio

pueda participar de manera activa, equitativa y permanente en el desarrollo del niño, si solo va a tener una comunicación de veinte horas cada quince días, obstruyendo su derecho-deber de participar en su desarrollo. Es alarmante que tanto el Tribunal de Familia de Colina como la sala de la Corte de Apelaciones de Santiago hayan pasado por alto la aplicación de este principio; la vigencia de la ley comenzó en el año 2013 y las sentencias analizadas corresponden al año 2018 en adelante.

De lo anterior, el padre no custodio, frente a este pronunciamiento, dedujo recurso de casación en el fondo, alegando la infracción de, entre otros artículos, lo dispuesto en el artículo 229 del Código Civil. Si bien se estableció un régimen comunicacional, este fue sumamente limitado, cayendo en lo que ya conocemos como “un padre visitador”, dejando en evidencia la no aplicación del principio de corresponsabilidad y, de paso, aplicando indebidamente el principio del interés superior del niño.

A su vez, la Excelentísima Corte Suprema, entre los considerandos noveno al duodécimo, razona respecto del régimen comunicacional, alude al interés superior del niño y cómo este debe servir como doble herramienta, ya como criterio de control, ya como criterio de solución. Esto lo hila en el considerando décimo, con el principio de corresponsabilidad, señalando los criterios que permiten construir una decisión correcta al respecto. Y ya en el considerando duodécimo, sentencia expresamente que la decisión impugnada desconoce criterios legales para la determinación de la relación directa y regular, en particular el artículo 229 CC en lo referente al principio de corresponsabilidad, estimando que, por lo razonado, se acogerá el recurso de nulidad. No podemos sino estar de acuerdo con lo razonado por el máximo tribunal, debiendo necesariamente acoger la casación en el fondo, ya que es evidente la inobservancia de la aplicación de la corresponsabilidad.

Esto nos hace reflexionar respecto a la dificultad que se presenta en torno al establecimiento de un régimen comunicacional, siendo, como vimos, los tribunales de primera instancia y de apelación, indiferentes a los presupuestos legislativos vigentes, y que fueron aplicables al caso concreto.

Creemos así, que lo resuelto en sede de casación sustantiva determina el criterio que debiese imperar en nuestros tribunales de justicia, incorporando la aplicación de la institución de la corresponsabilidad en la toma de decisiones, pero que, a la luz de lo analizado, no se aplica en tribunales de primera instancia y en algunas cortes de apelaciones.

3.2. Causa RIT C-1270-2016, caratulado VIGGIANO / LUCERO, 3° Juzgado de Familia de Santiago. Recurso de Apelación, Rol 1370-2017 (Familia), I. Corte de Apelaciones de Santiago. Recurso de casación en el fondo, Rol 42.642-2017, Excelentísima Corte Suprema

Compareció ante el 3° Juzgado de Familia Santiago doña Mariana, argentina, casada, kinesióloga, quien interpuso demanda de autorización judicial de salida del

país con destino a Argentina, de sus hijos Ignacio y Camila, quienes viven con la demandante. La demanda se interpone contra Fernando, argentino, casado con la demandante, médico, domiciliado en Buin, Santiago.

Expone que en 2005 se trasladaron a Chile y contrajeron matrimonio. Que de dicho matrimonio nacieron sus dos hijos. A los pocos años se separaron y ella optó por quedarse en Chile, privilegiando que los hijos crecieran cerca del padre y tuvieran una relación cercana con él. Indica que el padre nunca se ha hecho el tiempo para estar con los niños y que, durante todos estos años, ni siquiera ha solicitado regular un régimen comunicacional entre él y estos. Expone que sus hijos están prácticamente presos en Chile, por cuanto el padre desde 2013 coloca todo tipo de dificultades para que los niños viajen a Argentina a ver a la familia.

Con las citas legales que invoca, solicita tener por interpuesta demanda de autorización de salida del país de Ignacio y Camila, con destino a Argentina, en compañía de su madre, a fin de radicarse en dicho país, hasta que los niños cumplan la mayoría de edad o por el mayor tiempo que el tribunal estime pertinente.

Fernando contestó la demanda y solicitó el completo rechazo, con costas. Indica que se debe tener siempre presente el interés superior de los hijos, siendo la demanda de salida del país una petición efectuada por la madre en su solo interés y capricho personal, invisibilizando a los hijos, yendo en contra de su bienestar y de sus necesidades, además de faltar gravemente a la verdad, ya que él siempre ha sido un padre presente, apoderado en el colegio, etc.

En Chile, los niños viven en la comuna de Ñuñoa, con sus necesidades cubiertas, con comodidades, colegio y todos los servicios cerca. La situación económica en Argentina no es buena, en Córdoba el desempleo es muy alto, siendo la calidad de vida más baja que en una comuna como Ñuñoa en Chile.

El tribunal de primera instancia acoge la demanda, autorizando la salida del país por el plazo de dos años, debiendo las partes determinar el régimen comunicacional entre el padre y los niños. Estos deben, por lo menos, comunicarse con el progenitor en forma semanal, por vías electrónicas o teléfono, y en forma personal mínimo dos veces por mes, sea en Chile o en Argentina.

Se alzaron ambas partes y una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago la confirmó, sin esgrimir argumento alguno. En contra de este último pronunciamiento, el demandado, don Fernando, dedujo recurso de casación en el fondo, solicitando su invalidación y la consecuente dictación de una sentencia de reemplazo que deniegue la solicitud de autorización para salir del país de sus hijos. Denunció como vulnerados los artículos 224, 229 y 236 del Código Civil en relación con el artículo 9 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, pues la decisión impide el ejercicio de la corresponsabilidad parental, viéndose privados los niños de la activa y permanente participación del padre en su crianza.

Los ministros de la Corte Suprema no vislumbraron yerros en la aplicación de las normas denunciadas, indicando que efectivamente la decisión se enmarca en los beneficios que el traslado temporal reportará a los niños, desestimando el recurso de casación en estudio.

Cabe hacer mención que hubo un voto en contra al respecto, del ministro señor Blanco, quien estuvo por acoger el recurso de casación en el fondo, ya que él advierte que, al otorgar la salida del país, se vulnera el derecho a mantener con su progenitor un verdadero régimen comunicacional.

Respecto a esta causa analizada, especialmente lo fallado por la Excelentísima Corte Suprema, consideramos que la autorización de salida del país quebranta de manera evidente el interés superior de los niños Ignacio y Camila, pues la vida con la familia extendida de su madre no constituye, a nuestro juicio, un factor que, atendida su actual etapa de desarrollo, sea más trascendente que su derecho a mantener un vínculo afectivo con su padre, a quien reconocen e identifican como parte de su familia.

Destacamos el voto disidente del ministro Sr. Blanco, el que razona sobre la base de que sí se vulnera la comunicación del padre con sus hijos al autorizar la salida del país de estos y que, en palabras nuestras, se traduce en la no aplicación del principio de corresponsabilidad en toda su esfera, en relación con una debida aplicación del interés superior del niño. Esto, pues al coincidir estos dos principios, se debe adecuar la decisión a fin de que se logre un respeto irrestricto de los derechos del niño y que, en el caso concreto, se traduce en la vulneración del artículo 229 CC. Por lo que estaríamos de acuerdo con lo señalado por el disidente, debiendo haber acogido el recurso de casación en el fondo, rechazando la autorización de salir del país por la cantidad de años señalada.

4. Conclusiones

Habiendo analizado jurisprudencia, en particular las sentencias citadas y comentadas, es que no podemos sino concluir que, en tribunales de primera instancia y en algunas Cortes de Apelaciones, la aplicación del principio de corresponsabilidad es bastante ajeno. No incorporan este principio al momento de la regulación de un régimen comunicacional, no logrando aún, a ocho años de la dictación de la ley, una aplicación práctica real en el quehacer jurídico diario.

La abogada y doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza, Marcela Acuña San Martín, en 2013 ya indicaba que con la incorporación expresa al Código Civil del principio de corresponsabilidad parental se promueve el ejercicio de nuevos roles y se concentra la actuación de los padres en las necesidades de los hijos. Los padres tendrán que aprender a compartir, incluso en vida separada, las funciones de crianza

y educación de sus hijos. Subyace en la nueva normativa una lógica simple e indudable: es responsabilidad de ambos padres promover el bien de sus hijos.²⁴⁷

Coincidimos con la profesora Lathrop²⁴⁸ en que diversas legislaciones en Latinoamérica consagran preferencias maternas en las temáticas abordadas (ejemplo de ello son los dos casos analizados). Esto, pese a que la regla legal general es que el funcionamiento sobre cuidado personal, alimentos y régimen de comunicación sea establecido de común acuerdo por los progenitores y que solo a falta de acuerdo se recurra al juez. Tales reglas de preferencia terminan desincentivando los acuerdos al respecto. En nuestro ordenamiento, se observan estereotipos de género y aplicación de reglas de “orden natural” fuertemente ancladas en el sistema judicial. Estos elementos impiden una verdadera democratización de las relaciones familiares. Como indica la académica y doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, “en Chile, hasta el día de hoy, el criterio rector de atribución de cuidado personal y preferencia en la corresponsabilidad no es el interés superior del hijo —o no lo es primordialmente—, sino que lo es el sexo de los progenitores y la edad de los hijos”.

Así las cosas, el consuelo que nos queda es que podemos establecer que varios ministros que conforman la Excelentísima Corte Suprema ya han definido su criterio respecto a la aplicación del principio de corresponsabilidad, lo que se traduce en la incorporación de dichos criterios en la toma de decisiones referente al establecimiento de los regímenes comunicacionales.

El desafío pendiente lo vemos desde dos perspectivas:

1. Con la magistratura: Que debe hacer suyo este principio, haciéndolo extensivo a todos los tribunales y cortes, para su aplicación diaria, dado que, como es sabido, a diferencia de otras materias, las causas de familia —en particular las de relación directa y regular— son muy pocas las que llegan a ser conocidas por la Excelentísima Corte Suprema.
2. Con los abogados litigantes: Debemos exigir al sentenciador que aplique el principio de corresponsabilidad de manera íntegra, y así ponerle freno a las múltiples vulneraciones de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se pueden provocar por una aplicación arcaica de un principio moderno, con aristas de protección integral; y que dé luces de un Chile que realmente tenga a la niñez en la cúspide de sus prioridades.

La infancia es una etapa crucial en la vida de cualquier ser humano. Teniendo una buena infancia, no hay límites.

247 Acuña (2013).

248 Lathrop (2017).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Acuña San Martín, Marcela (2013): “El principio de corresponsabilidad parental”, *Revista de Derecho, sección Estudios*, vol. 2, N° 2: pp. 21-29.
- Barcia Lehmann, Rodrigo (2020): “Principio de la corresponsabilidad de los padres”, en Barcia Lehmann, Rodrigo (coord.), *Estructura del Derecho de Familia y de la Infancia* (Santiago, Thompson Reuters), pp. 860-862
- Barcia Lehmann, Rodrigo (2018): “Determinación del contenido de la relación directa y regular en Chile”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas UPB*, vol. 48, N° 128: pp. 1-25.
- Gómez de la Torre Vargas, Maricruz (2014): “El interés superior del menor”, *Gaceta Jurídica* N° 328: pp. 23-26.
- Lathrop, Fabiola y Espejo, Nicolás (2017): “Responsabilidad parental en casos de separación”, en Lathrop, Fabiola (coord.), *Responsabilidad parental* (Santiago, Thompson Reuters), pp. 148-151.

NORMAS CITADAS

Código Civil, actualizado al 10.12.2021

Ley N° 20.680 (21/06/2013) Ley 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.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Alvarado con Fee* (2019): Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de mayo de 2020.
- Alvarado con Fee* (2018): Juzgado de Familia de Colina, 21 de octubre de 2019.
- Viggiano con Lucero* (2016): 3° Juzgado de Familia de Santiago, 10 de abril de 2017.
- Viggiano con Lucero* (2017): Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de agosto de 2017.
- Viggiano con Lucero* (2018): Excelentísima Corte Suprema, 24 de abril de 2018.

El libro titulado *Los principios del derecho de familia* busca aportar explicaciones sobre aspectos atinentes a principios jurídicos basales del derecho de familia, tanto en la judicatura, como en la litigación y en la academia. Basado en dos ejes temáticos, se exponen trabajos sobre el principio de interés superior del niño y luego, principios sobre parentalidad en el contexto de conflictos familiares y cuestiones asociadas a los progenitores.

La obra reúne siete artículos de carácter científico elaborados por académicos, académicas y profesionales de distintas regiones de Chile y también países vecinos, los que buscan dar explicaciones dogmáticas a conflictos frecuentes del área del derecho de familia.