

Estereotipo de género en la jurisprudencia. La autorización para la salida del país de los hijos en Chile

ROMMY ÁLVAREZ ESCUDERO

*Profesora Derecho Civil, Escuela de Derecho
Universidad de Valparaíso, Chile*

Sumario: 1. Introducción. 2. Estereotipo de género y decisiones judiciales. 3. Prerrogativas esenciales de las mujeres incardinadas en las decisiones judiciales en análisis. 4. La autorización para la salida del país de los hijos en Chile. 4.1. Análisis de las causas llegadas al conocimiento de la Corte Suprema chilena. 5. Observaciones del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. 6. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas con fecha 18 de diciembre de 1979¹, reconoce en su preámbulo que "para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia"; y, en su artículo 1º, para los efectos de la Convención, alude a la expresión "discriminación contra la mujer" como "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar a anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

En este sentido, el presente trabajo tiene por objeto exponer una situación de discriminación que experimentan las mujeres que son madres y que ejercen el cuidado de sus hijos e hijas menores de edad, en la ponde-

¹ Ratificada por España con fecha 16 de diciembre de 1983, BOE 21 de marzo de 1984; y por Chile, mediante el Decreto n° 789, Diario Oficial de 09 de diciembre de 1989.

ración efectuada en sentencias dictadas por tribunales chilenos, respecto a su situación y sus perspectivas de vida, los que todavía, y en numerosas ocasiones, se ven limitados por la oposición de los padres no custodios a autorizar a sus hijos a salir temporalmente del país con sus madres, obstrucción que llegada al conocimiento judicial se enfrenta con el sesgo parcial del estereotipo de género, el que unido al diverso alcance que jueces y magistrados asignan al principio rector del interés superior del niño, terminan por cerrar posibilidades de desarrollo escogidos y procurados por la mujer que podrían redundar en beneficio propio y en el de los hijos o hijas que se encuentran bajo su cuidado.

Comenzaremos por identificar la situación de discriminación de la mujer en base al estereotipo de género y el reconocimiento que a su respecto ha efectuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos atendido, fundamentalmente, a que la situación se evidencia en el contexto de un país latinoamericano. Constataremos las prerrogativas y libertades de la mujer incardinadas en el tema, para luego analizar, brevemente, la situación en Chile en relación con la normativa vigente en materia de autorización a los hijos para salir temporalmente al extranjero con la madre o el padre que ejerce su custodia. Compararemos los argumentos contenidos en las propias decisiones judiciales que hacen patente el desigual tratamiento entre hombres y mujeres en atención a los roles estereotipados que se les asignan, cuestión que evidencia el incumplimiento, por parte del estado chileno de las medidas comprendidas en el Art. 3 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, "para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre", lo que nos conducirá, finalmente, a referir las observaciones específicas formuladas al estado chileno en el año 2018, por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer.

2. ESTEREOTIPO DE GÉNERO Y DECISIONES JUDICIALES

Respecto la descripción sobre estereotipos en el derecho, los autores Casas y González, siguiendo a Cook y Casack, indican que "un estereotipo es una generalización o preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo o los roles que las personas de tales grupos

deben cumplir”², el cual adquiere el carácter de prescriptivo cuando, sobre su base, se determinan ciertas funciones o reglas de comportamiento respecto las personas que integran el grupo. Llevada esta concepción general al ámbito de los estereotipos de género, se traduce en determinados roles o funciones que se dan a hombres y mujeres en la sociedad. Se trata, por tanto, de una creación cultural y, en lo que nos interesa destacar, una asignación de roles de género en un espacio y tiempo determinados.

Sobre el particular, la letra a) del Art. 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, convoca a los estados partes a “Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en *funciones estereotipadas de hombres y mujeres*” (énfasis añadido), incidiendo con ello en la erradicación de los patrones culturales que definen el ámbito público como un mundo masculino y la esfera doméstica como el dominio de la mujer.

En el sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado en la decisión del caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, en su sentencia de 19 de noviembre de 2015, que “el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales”³. El órgano judicial de la Organización de

² CASAS BECERRA, L., GONZÁLEZ JANSANA, J., “Estereotipos de género en sentencias del tribunal constitucional”, *Anuario de Derecho Público UDP*, pp. 250-272.

³ Caso Velásquez Paiz y otros vs Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 169, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf, fecha de consulta 13 de mayo de 2020; y, en el mismo sentido: caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción preliminar, Fondos, reparaciones y Costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrafo 401, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf, fecha de consulta: 13 de mayo de 2020; y, caso Ramírez Escobar y otros vs Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 09 de

Estados Americanos, ha advertido además que "parece claro que cuando un tribunal se deja influenciar por estereotipos, tiene la mirada nublada, porque juzga a la persona afectada basado en sus ideas acerca del grupo particular y no en los hechos relevantes respecto de esa persona y las circunstancias del caso específico"⁴.

En clara sintonía, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe titulado Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: Desarrollo y aplicación, emitido con fecha 03 de noviembre de 2011 y, actualizado en 2015, parte de una primera premisa: "la administración de justicia es la primera línea de defensa en la protección de los derechos humanos a nivel nacional, incluyendo los derechos de las mujeres"⁵, destacando el rol del poder judicial en la construcción de mensajes sociales que avancen en la protección y la garantía de los derechos humanos, particularmente en la aplicación de las normas respecto grupos en situación de vulnerabilidad, como las mujeres.

Los tribunales nacionales cumplen así un rol esencial en la configuración de un sistema que se encamine a la protección y salvaguarda de los derechos de las mujeres, camino en que la labor judicial debe sustraerse de concepciones sociales arraigadas y prejuicios vinculados a los estereotipos, directriz que guía la labor del juez o jueza en la aplicación e interpretación de la norma y que conduce a la resolución del conflicto sometido a la decisión judicial, pero en el que podemos apreciar una trascendencia más general que alcanza a todos los operadores jurídicos que intervienen en el proceso judicial quienes, a través de sus pretensiones y argumentaciones pueden reiterar o profundizar las asimetrías en el caso en disputa⁶.

En esta línea, en el examen a que nos abocaremos en las decisiones judiciales de los tribunales chilenos en materia de autorización a niños, niñas o adolescentes para salir temporalmente del territorio nacional junto a su madre, frente a la negativa del padre no custodio, aún resultan de volumen considerable aquellas que razonan sobre la base de estereotipos

marzo de 2018, párrafo 294, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf, fecha consulta: 13 de mayo de 2020.

CLÉRICO, L., "Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad", *Revista Derecho del Estado*, pp. 67-96. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10240.pdf>, fecha de consulta: 13 de mayo de 2020, p. 15.

Vid., CASAS BECERRA, L., GONZÁLEZ JANSANA, J., *op. cit.*, p. 252.

de géneros, vulnerando con ello prerrogativas esenciales de la mujer, pudiendo conculcar además el interés superior del hijo o hija involucrado, perpetuando el mensaje de discriminación contra las mujeres, asignándole un rol estereotipado y exclusivo de cuidado, crianza y atención doméstica.

3. PRERROGATIVAS ESENCIALES DE LAS MUJERES INCARDINADAS EN LAS DECISIONES JUDICIALES EN ANÁLISIS

Centrado el análisis en las decisiones judiciales pronunciadas por tribunales chilenos en materia de autorización judicial a niños, niñas y adolescentes para la salida temporal del territorio nacional en compañía de la madre que ejerce su custodia, ante la negativa injustificada del padre, consideramos de relevancia reflexionar brevemente en torno a la situación de la mujer que, por esta vía, ve paralizadas opciones relativas a su proyecto de vida, con independencia de los factores que las motivan, sean laborales, afectivos, familiares, emocionales, brindar mayores oportunidades para sus hijos o hijas o, una mixtura de ellos, el problema radica en que el libre desarrollo de su personalidad se ve coartado. En efecto, radicado sólo en ella el cuidado del hijo o hija y, ante la falta de autorización voluntaria del padre no custodio o de la judicial subsidiaria para que el niño o niña pueda salir del territorio nacional acompañando a su madre, la mujer se ve conminada a renunciar a sus planes de desarrollo personal o bien, a llevarlos a cabo sin incluir a sus hijos o hijas, en circunstancia que, en la mayoría de los casos, la óptima satisfacción de sus intereses es un factor determinante en la decisión adoptada por la madre. De cualquier otra forma, el traslado del niño o niña será indebido y quedará en la órbita de la sustracción internacional de menores.

El libre desarrollo de la personalidad encuentra su fundamento en la dignidad humana. Como señala Ryszard, "La dignidad humana se concreta hoy porque se reconoce al ser humano una libertad para plasmar sus distintas aspiraciones. Ahora bien, dicho planteamiento implica dos elementos esenciales: primero, que el ser humano pretenda "desarrollarse" y, segundo, que busca un sentido a este desarrollo, lo que puede consistir en la felicidad. La dignidad humana encontró en la autonomía individual el medio para plasmar esas dos aspiraciones"⁷. La dignidad se ha ido com-

⁷ RYSZARD KOSMIDER, M., "El contenido jurídico del concepto del libre desarrollo de la personalidad con referencia especial a los sistemas constitucionales alemán y español", *Revista de Derecho UNED*, pp. 667-706.

pletando así "con elementos positivos, como las nociones de autodisponibilidad humana y autodeterminación, que se concretan en la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad"⁸. En este sentido, se ha pronunciado el tribunal constitucional español, entre otras, en su sentencia 115/2010, de 24 de noviembre, señalando en el numeral tercero de los antecedentes: "la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás"⁹.

La elección libre y consciente de su proyecto de vida, sobre la base de su dignidad humana, es la prerrogativa que la mujer ve conculcada. De raíz constitucional implícita en el derecho chileno, contenida en el Art. 1° de la actual Constitución Política de la República¹⁰; y, consagrada en el sistema español en el Art. 10.1 de la CE¹¹.

La tarea de construir libremente el propio proyecto de vida, "requiere un entorno socio-jurídico oportuno y tolerante"¹² para su desarrollo, marco que no se vislumbra en las decisiones judiciales que basándose en estereotipos de género, aun cuando las reconocen, ignoran las elecciones de la mujer en el progreso de sus propias aspiraciones vitales.

En la revisión de sentencias dictadas por el máximo tribunal chileno a que nos abocamos en el presente trabajo, particularmente en lo referido a la identificación de las prerrogativas de la mujer/madre que arriesgan su conculcación, nos encontramos con una aislada consideración, contenida en el fallo pronunciado con fecha 18 de mayo de 2016¹³, que nos parece relevante. Se trata de la reflexión contenida en el numeral 13° de la sentencia de reemplazo que dicta, atendido a que fue acogido el recurso de casación en el fondo deducido por la madre, tras haber sido negada la autorización tanto por el tribunal de 1° instancia, como por la Corte de Apelaciones de

⁸ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la era del big data y de la computación ubicua*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 57.
⁹ SSTC 115/2010, de 24 de noviembre, disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6754>, fecha de consulta: 19 de mayo de 2020.

¹⁰ Art. 1 CPR Chile: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos".
¹¹ Art. 10.1 CE: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".
¹² RYSZARD KOSMIDER, M., *op. cit.*, p. 698.
¹³ Corte Suprema de Chile, causa rol n° 35.522-2015, identificador Thomson Reuters: CL/JUR/3294/2016.

Valparaíso. El numeral referido indica: "Se estima que el negar una petición como la de la especie, conculca derechos elementales, como la libertad personal, la nacionalidad y la libertad de tránsito, y asimismo, limita a los niños a vivir una sola experiencia diaria social y cultural, privándolos de compenetrarse con el país de origen de su progenitora".

Otros dos fallos del mismo tribunal que destacamos en el sentido de identificar los intereses de la mujer en el desarrollo de sus proyectos de vida, son el dictado con fecha 29 de diciembre de 2016; y, el de fecha 24 de abril de 2018, que más adelante abordaremos.

4. LA AUTORIZACIÓN PARA LA SALIDA DEL PAÍS DE LOS HIJOS EN CHILE

En Chile, la ley especial en materia de infancia, Ley de Menores n° 16.618, data del año 1967, la que aun con sucesivas modificaciones, mantiene vigentes disposiciones que se alejan del tratamiento que sustenta el actual sistema normativo aplicable a la relación filial, guiado por el principio de corresponsabilidad parental. Entre ellas, el artículo 49 que, básicamente, entrega al progenitor/a no custodio la facultad de negar a sus hijos la autorización para salir temporalmente del país en compañía del padre o madre custodio, negativa que de no contar con motivo plausible, contempla su otorgamiento subsidiario por la vía judicial.

El conflicto jurídico que llega al conocimiento judicial, se traba ante la negativa del padre no custodio a autorizar la salida del niño/a al extranjero en compañía de su madre, quien, por motivos de variada índole, laborales, profesionales, económicos, familiares, o afectivos y, con el objeto de potenciar su desarrollo personal busca desplazarse transitoriamente fuera del país. Nos resulta pertinente considerar que, atendidos los altos costos asociados a la tramitación judicial hasta llegar al máximo tribunal, las sentencias analizadas constituyen solo una muestra de los casos de discriminación contra la mujer basados en estereotipos de género existentes en la realidad social.

4.1. Análisis de las causas llegadas al conocimiento de la Corte Suprema chilena

Las causas llegadas al conocimiento del máximo tribunal chileno, relativas a la autorización para la salida temporal de niños, niñas y adolescentes,

en el período comprendido entre enero de 2010 y julio de 2019, alcanzan un total de 32¹⁴.

De estas 32 causas, sólo dos correspondieron a solicitudes de autorización judicial subsidiaria deducidas por el padre custodio ante la negativa injustificada de la madre, pronunciándose la Corte respecto sólo a una de ellas pues, en la otra, la madre desistió del recurso interpuesto (causa rol 12.634-2018). Así, en casi una década ha existido una única causa conocida por la Corte Suprema en que el padre custodio solicita la autorización ante la negativa de la madre, se trata de la causa rol n° 1057-2012¹⁵. La sentencia dictada con fecha 07 de mayo de 2012, rechaza recurso de casación en el fondo interpuesto por la madre. Consta entre los antecedentes de la causa que se trata de un matrimonio extranjero residente en Chile, separados de hecho, en que por acuerdo de los progenitores se radicó el cuidado personal del hijo en el padre, saliendo en reiteradas oportunidades del territorio nacional con su hijo, aun cuando en una de esas ocasiones la madre debió iniciar un proceso de secuestro internacional de menores para lograr el retorno de su hijo a Chile.

La conclusión preliminar a que podemos arribar con los datos referidos anteriormente es que, marcadamente, la oposición es planteada por los hombres/padres frente a solicitudes efectuadas por las mujeres/madres que ejercen la custodia de sus hijos¹⁶. Otras lecturas posibles serían, que

¹⁴ A continuación la relación de las causas examinadas, tramitadas ante la Corte Suprema chilena, individualizadas por su número de rol: 9.401-2010; 8.468-2010; 1.865-2011; 3.576-2011; 5.741-2011; 9.603-2011; 1.059-2012; 3.923-2013; 28.02-2013; 1.057-2012; 1.624-2014; 4.443-2014; 8.820-2014; 23.049-2014; 25.409-2014; 27.304-2014; 4.998-2015; 30.390-2015; 35.522-2015; 36.593-2015; 55.280-2016; 73.900-2016; 76.385-2016; 83.503-2016; 2.844-2017; 42.642-2017; 27.936-2017; 11.966-2018; 19.102-2018; 20.728-2018; 23.030-2018; 3.955-2019, todas disponibles en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>.
Disponibles en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha última consulta: 08 de mayo de 2020.

¹⁵ Es importante considerar que con la reforma introducida en el Art. 225 del código civil chileno, por la ley n° 20.680, de 2013, se modificó la atribución legal del cuidado personal de los hijos en caso que los padres vivan separados y no hayan determinado de común acuerdo a quien corresponderá el cuidado, disponiendo en su inciso 3° "A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo". Con anterioridad, la atribución legal del cuidado personal correspondía a la madre, disponiendo el inciso 1° de la norma hoy modificada "Si los padres viven separados la madre toca el cuidado personal de los hijos".

no existen en la sociedad chilena hombres/padres que, detentando el cuidado de sus hijos o hijas, requieran salir del territorio nacional temporalmente en su compañía para desarrollar algún proyecto personal, cuestión que nos parece se aleja de la realidad, por lo que nos inclinamos más bien a suponer que en la hipótesis planteada, las mujeres/madres autorizan voluntariamente la salida; o, ante los proyectos de vida del padre y para que éste pueda desarrollarlos, reasumen la custodia del hijo, sin confrontar la realización de tales proyectos con los intereses de los hijos. Cuestión que, como veremos, en el caso de la mujer es representada entre los argumentos de los hombres/padres opositores y, lo que nos parece más grave, en sentencias judiciales que todavía observan una preconcepción basada en estereotipos.

Las oposiciones en cuestión, sustentan la negativa en la imposibilidad que para los hombres/padres representaría —aunque fuere temporalmente— mantener con el hijo una relación directa y regular, lo que perciben como una clara transgresión al principio del interés superior de su hijo, centrando el desarrollo de la relación personal con el hijo o hija, únicamente, en el contacto físico. Hemos de advertir, además, que sólo en dos de las causas revisadas (rol n° 37936-2017 y rol n° 11.966-2018), los padres plantean la posibilidad de asumir la custodia de sus hijos, en los restantes sólo se limitan a formular su oposición con el objeto de incidir en el desplazamiento en compañía de la madre que ejerce su custodia y, el cuestionamiento que surge entonces es, de no contar la mujer con la autorización para la salida temporal de los hijos ¿cómo podría llevar adelante sus planes de vida libremente decididos? optar por su realización supondría o, abandonar al hijo/a; o, trasladarse con el o ellos sin la debida autorización, lo que nos sitúa en el ámbito del secuestro internacional de menores. Así, la pregunta planteada no presenta alternativa, conduciendo a la mujer/madre que ejerce la custodia de sus hijos a abandonar sus proyectos, postergando el libre desarrollo de su personalidad.

En la relación de las causas revisadas, menester es consignar que la Corte Suprema sólo se pronunció fundadamente en 22 de ellas, pues 8 de los recursos fueron declarados inadmisibles por manifiesta falta de fundamento; y, otros 2, por deducir un recurso procesal improcedente en la materia. De esos 22 casos, y en el análisis que buscamos destacar, en más de la mitad —12 causas— fue negada la autorización, al menos, por uno de los tribunales que se pronunció a su respecto, en primera o segunda instancia, siendo zanjada la cuestión con el pronunciamiento del máximo tribunal.

Las sentencias de los tribunales de familia y cortes de apelaciones presentan variados criterios y arriban a soluciones diversas. En una primera aproximación, podríamos sostener que así debe ser en atención a las circunstancias de cada caso concreto que se somete al conocimiento judicial, aún más teniendo como rector el principio del *favor filii*, sin embargo, contrariamente a lo que podría pensarse, en supuestos de hecho muy similares se termina resolviendo en direcciones opuestas, y lo que nos parece más grave, otorgando un alcance parcial y una interpretación limitada al interés superior del niño.

En este contexto, llaman poderosamente la atención tres cuestiones que a continuación planteamos:

— La primera, que el argumento del perjuicio provocado al niño por no tener contacto personal con el padre, se utilice incluso en circunstancias en que, comprobadamente, no se ha ejercido la relación directa y regular de una manera estable; o, incluso en que el padre ha manifestado no querer desarrollarla.

En la causa rol n° 35.522-2015, consta que mediante sentencia de fecha 13 de agosto de 2015, dictada por el Tribunal de Familia de Valparaíso se negó la autorización solicitada por la madre con el objeto de salir con sus dos hijos por el lapso de 2 años, plazo en que contaba una oferta laboral que le permitiría reunir los fondos para concluir sus estudios de enfermería en Chile, los que debió dejar inconclusos por falta de recursos. Lo particular del caso es que entre los antecedentes de hecho de la causa, establecidos por los jueces del fondo se encuentran que el padre sólo mantenía una relación directa y regular —que se reducía a 4 horas semanales— con el mayor de sus hijos. Con el menor no se relacionaba y había manifestado no querer hacerlo. El monto de alimentos con que concurría para la manutención de ambos niños es una cantidad exigua, por lo que sus gastos de vida habían quedado, fundamentalmente, de cargo de su madre y sus abuelos maternos, quienes se domiciliaban en Estados Unidos de Norteamérica pero que se trasladaban constantemente a Chile para verlos y ayudarlos. No obstante lo anterior, la oposición del padre se sustentó en que privar a sus hijos de la relación directa y regular con él les acarrearía un perjuicio irreparable, atentando contra su interés superior.

El razonamiento del tribunal de instancia llega a ser más sorprendente aún pues, como consta en el considerando tercero de la sentencia de la Corte Suprema, dictada con fecha 18 de mayo de 2016, entre las conclusiones atribuidas por el tribunal de familia de Valparaíso, se encontraba: "los beneficios a los que alude [la solicitante] dicen relación con aspectos

laborales y de desarrollo personal que *tangencialmente* podrían favorecer a sus hijos" (énfasis añadido). A lo que agregaba en el mismo párrafo: "de acogerse la solicitud, el padre se verá impedido de desarrollar y mantener una relación estrecha con sus hijos durante un tiempo indefinido [...]". La sentencia del tribunal a quo negó lugar a la demanda de autorización de salida del país, fundando su decisión en que el supuesto beneficio que le reportaría a los niños sería exclusivamente económico, en detrimento de los beneficios espirituales que le significará desarrollarse con una figura paterna presente y que se encuentra en pleno ejercicio de sus deberes. Deducido recurso de apelación por la madre, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, no obstante los antecedentes, confirmó el fallo de 1° instancia. Frente a la errónea aplicación de la ley, la madre deduce recurso de casación ante la Corte Suprema, el que es acogido, dictándose sentencia de reemplazo con fecha 18 de mayo de 2016, que autoriza la salida del país de los niños por el lapso de 2 años, en compañía de su madre quien ejerce su cuidado personal.

De relevancia nos parecen las siguientes reflexiones aportadas por el fallo de la Corte Suprema, considerando que a continuación se transcriben:

"Decimoséptimo: Que, atento a lo que se ha razonado, la supremacía del interés superior del niño en el ámbito de la solución de conflictos en el derecho de familia, lleva a determinar que, en la especie, los jueces del grado lo han preterido al no considerar los múltiples antecedentes que dan cuenta de la inexistencia de una causa o motivo calificado que justifique denegar la autorización de salida de los niños junto a su madre. En dicho contexto, debió ser un motivo a considerar para resolver la petición efectuada por la actora, la relación que el demandado ha desarrollado con sus hijos, concatenándola con las disposiciones precedentemente reseñadas, toda vez que en lo que concierne a N., dicho vínculo carece de los caracteres necesarios para ser considerado como continuo, constante y estable, por el contrario, el ejercicio de su derecho se circunscribe a cuatro horas en la semana, es decir, no se vislumbra una participación que implique un compromiso en el desarrollo y crianza de su hijo. Ahora, en relación a T., no se puede afirmar que haya existido oposición por parte del demandado para que éste deje el país, sino más bien se ha asimilado su realidad, muy distinta por cierto a la de su hermano N., sin que se haya cuestionado que su progenitor ni siquiera lo conozca y no haya demostrado voluntad alguna de hacerlo, así las cosas, no se aprecian las prerrogativas que traería a T., radicarse, por ahora, en Chile, tomando como supuesto el fortalecimiento de su vínculo filial".

"Décimotavo: [...] el hecho de que la actora cuente con un trabajo que le permita entregarles una mejor calidad de vida, no cede únicamente en su beneficio, sino también en el de sus hijos quienes tendrán cubiertas sus necesidades económicas y gozarán de una mayor estabilidad emocional junto a su madre"; y,

"Decimonoveno: Que por lo expuesto, cabe concluir que los sentenciadores recurridos, al decidir como lo hicieron, incurrieron en errónea aplicación del artículo 49 inciso 6° de la ley n° 16.618, en relación con el Art. 3° de la Convención sobre los Derechos del niño, puesto que han decidido rechazar la demanda sin atender debidamente al interés superior de los niños, *prefiriendo por sobre sus derechos, los del demandado* a mantener un régimen de relación directa y regular [...]" (énfasis añadido).

Otro tanto podemos desprender de la causa de la Corte Suprema rol n° 55.280-2016¹⁷, en este caso la mujer/madre requiere autorización para salir por el lapso de 12 meses en compañía del hijo respecto del cual ejerce su cuidado, para cursar un curso de posgrado en que ha sido aceptada en la ciudad de Granada, España, el cual le permitirá especializarse en su área profesional y generar mayores ingresos en su desarrollo laboral en Chile, recursos que le permitirán solventar los gastos de su hijo, teniendo en cuenta que el padre aporta una suma menor a sus actuales necesidades. El caso además tiene como antecedente de hecho, que el padre se domicilia en una ciudad distinta a la de su hijo, por lo que mantiene un régimen comunicacional sólo un par de veces al mes. El padre se opone por los mismos fundamentos que hemos venido comentando y el tribunal de 1° instancia negó la solicitud efectuada por la madre. Deducido por ésta recurso de apelación, la corte de apelaciones de Valparaíso, revoca el fallo concediendo la autorización. En contra de esa sentencia el padre interpone recurso de casación en el fondo ante la Corte Suprema, recurso que es rechazado por manifiesta falta de fundamento pues no se aprecia cómo la sentencia de 2° instancia incurre en los errores de aplicación de la ley que denuncia el recurrente.

No obstante, el fallo de la Corte Suprema al ir desestimando los argumentos del recurso, efectúa ciertos aportes que nos parecen de interés, particularmente, la reflexión contenida en el considerando quinto que, al referir los beneficios para el niño de asentarse 1 año en el extranjero con su madre, de que da cuenta la sentencia de la Corte de Apelaciones,

concluye que aquello no significa un obstáculo en la relación entre padre e hijo pues, puede visitarlo y mantener el régimen comunicacional durante su estadía en el extranjero (CDO. quinto).

En el mismo sentido podemos observar la causa rol n° 4443-2014¹⁸, en la que consta que en primera instancia fue negada la autorización a la madre no obstante tener por acreditado que el padre oponente “no reside en Chile y no ha solicitado que se regule judicialmente un régimen de relación directa y regular con su hija, tampoco que haya intentado arribar a uno de tipo convencional, lo que conduce a la conclusión que no ha mantenido con A. una comunicación plena y efectiva que es necesaria para su desarrollo integral” (CDO. quinto). La oposición del padre, en este caso, como en los anteriores, también fundamentada en el perjuicio que reporta a la niña salir en compañía de la madre y no poder vincularse afectivamente con el padre.

– La segunda cuestión, es que en la lógica de dar preponderancia al interés del hombre/padre, no se consideren posibilidades que resultan evidentes en la actualidad como que el padre y el hijo o hija puedan despalazarse para dar efectividad a la relación directa y regular; o, la utilización de medios tecnológicos para facilitar la comunicación remota, por lo que valiéndose de ellos sea posible mantener contacto cotidiano, teniendo en consideración, además que, como hechos de la causa se han establecido que han debido utilizar estos tipos de comunicación con anterioridad, atendido a que el padre se ha encontrado fuera del país por una temporada (causa rol n° 73.900-2016¹⁹); o, se domicilia fuera de la región en que vive el hijo junto a su madre.

En este sentido podemos citar la causa rol n° 27.304-2014²⁰, de la Corte Suprema que declaró inadmisibile el recurso de casación en el fondo deducido por el padre en contra de la sentencia de primera instancia, confirmada por sentencia de la corte de apelaciones de Santiago, que autoriza la salida del país del hijo con su madre, en que reconoce que viviendo padre e hijo en distintos países es posible mantener una relación mediante la utilización de la nuevas tecnologías, además de la vinculación física viajando

¹⁸ Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do.>, fecha última consulta: 11 de mayo de 2020.

¹⁹ Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do.>, fecha última consulta: 11 de mayo de 2020.

²⁰ Disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do.>, fecha última consulta: 11 de mayo de 2020.

el padre al lugar donde se encuentre el niño y viceversa (CDO. quinto); o, el CDO. cuarto contenido en el fallo de la Corte Suprema rol n° 36.593-2015²¹ que considera la circunstancia de que en la actualidad existen diversos sistemas tecnológicos de comunicación de variada naturaleza que permiten la mantención de una fluida relación comunicacional, por lo cual no es posible advertir de la autorización un riesgo de desvinculación absoluta con el padre.

— La última cuestión, que el enfoque desde el cual se pondera el interés superior del hijo, se plantea situando al padre/hombre como centro, sin considerar los posibles beneficios que para el niño podría significar conocer y vincularse con otras culturas y, en ocasiones, con familia extendida; ni tener en cuenta su opinión, conforme su autonomía progresiva, en una decisión que, por supuesto, le afectará. En el análisis nos encontramos con fallos de instancia que han negado la autorización sin que el niño haya tenido participación alguna en la causa conforme su autonomía progresiva, por ejemplo, en la causa rol n° 35.522-2015²²; e, incluso con causas en que el niño ha manifestado expresamente querer permanecer una temporada en el extranjero, por encontrarse ahí su origen, por mantener el contacto con su familia materna extensa y por ampliar sus conocimientos en una nueva sociedad, sin ser ponderada esta circunstancia, *vgr.* en la causa rol n° 36.593-2015²³ en que, no obstante, la manifestación de opinión del niño de 12 años, y las circunstancias que permiten concluir las ventajas que reporta para el niño autorizarlo para salir del país en compañía de su madre por el lapso de 2 años a México, país del que son nacionales sus padre y en que se encuentra su familia materna, es negada la autorización por el Tribunal de Familia de Valparaíso, decisión revertida por la corte de apelaciones de Valparaíso, contra la cual el padre deduce recurso de casación ante la Corte Suprema; la causa rol n° 11.966-2018²⁴, recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia del Primer Juzgado de Familia de San Miguel, confirmada por la Corte de Apelaciones de San Miguel que niega lugar a la autorización solicitada por la madre; y, la causa rol n° 1.624-2014²⁵ en que por sentencia de fecha 14 de octubre de 2015, la Corte Suprema acoge el recurso de casación deducido por el padre en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que autorizaba la

²¹ Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/2688/2016.

²² Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/3294/2016.

²³ Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/2688/2016.

²⁴ Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/812/2019.

²⁵ Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/6112/2015.

salida de la niña en compañía de su madre por el período de 3 años, para en definitiva negar la autorización.

En la dinámica del tema que nos convoca y las decisiones adoptadas con un sesgo de género que busca contraponer el interés de la madre con el interés superior del hijo, preocupante nos parecen las consideraciones contenidas en algunas sentencias del máximo tribunal chileno que consideramos deben ser erradicadas de la reflexión jurídica para superar la discriminación en contra de la mujer y superar el estereotipo de género por largo tiempo mantenido en la sociedad chilena:

– Sentencia de fecha 14 de octubre de 2015²⁶ que revoca la sentencia de segundo grado, y niega lugar a la autorización temporal para la salida del niño junto a su madre, debiendo éste permanecer en Chile, en el numeral segundo de la sentencia de reemplazo que dicta, señala: “Lo que queda claro del proceso, es que quien quiere cambiar imperiosamente de país es la madre del niño; *pero lamentablemente no es ella el centro del problema en estos casos, y son los padres los que deben sacrificarse*, si así puede estimarse al hecho de vivir en Chile, donde la madre siempre ha tenido un trabajo, donde habla el idioma, donde nació y creció su hijo, etc., por el bienestar del hijo” (énfasis añadido). Es del caso señalar que la mujer contaba con familia extensa en Estados Unidos. El niño era nacional de ese país, en sus 10 años de vida había viajado en compañía de su madre, al menos, en 12 ocasiones a visitar a su familia materna. La mujer y su hijo eran bilingües. La mujer se encontraba todavía casada con el padre del niño, pero separados de hecho desde hacía 9 años. La mujer trabajaba en la embajada de Estados Unidos en Chile; y, el niño había manifestado querer vivir un tiempo en Estados Unidos. El padre vivía en otra región de Chile pero mantenía relación con el niño y pagaba la pensión de alimentos en su favor. La relación se mantendría a través de medios tecnológicos, tal como se había venido efectuando hasta ese momento; y, a través de desplazamientos personales del hijo y del padre.

– Sentencia dictada con fecha 18 de abril de 2017²⁷, también rechaza conceder la autorización de salida temporal —1 año— solicitada por la madre respecto sus dos hijos a su cargo, para realizar un curso de perfeccionamiento en el extranjero que le permitiría acceder en Chile a pro-

²⁶ Corte Suprema de Chile, rol n° 1624-2014, identificador Thomson Reuters: CL/JUR/6112/2015.

²⁷ Corte Suprema de Chile, rol n° 2844-2017, identificador Thomson Reuters: CL/JUR/1800/2017

gresos laborales; previniendo en la desestimación del recurso interpuesto que "de los antecedentes incorporados se desprende que la solicitud de autorización de salida del país tiene como principal fundamento la *situación personal de la madre y la pretensión de realización de su propio proyecto de vida laboral* [...]" (énfasis añadido). En este caso los niños mantenían una relación directa y regular con el padre, la que se mantendría en el año que los niños estuvieran fuera de Chile, mediante desplazamientos personales o, comunicación remota.

— Sentencia de fecha 01 de marzo de 2018²⁸, la que si bien concede la autorización para la salida temporal, contiene un voto disidente que discurre sobre la misma base de los fallos anteriormente referidos. Así, en el numeral 7° del voto en cuestión indica: "Que la causa que motivó el viaje y por el cual se solicitó la autorización, *radica esencialmente en interés de la madre*, ya que señala contar con una oferta de trabajo en Argentina [...] y en el que además reside su familia de origen, de forma tal que es evidente que la salida del país, *es un propósito buscado por la madre* y que le beneficia principalmente a ella, en consecuencia, para concretar su proyecto de vida necesita radicar al niño en ese país extranjero, aun cuando sea contra la voluntad expresa del padre" (énfasis añadido).

El libre desarrollo de la personalidad de la mujer está en juego y, podemos apreciar como además se trata de vincular con el interés superior del niño en una forma que podríamos calificar de sesgada pues, podemos advertir que no mira a potenciar el posible desarrollo del niño sino se detiene en un análisis que podríamos calificar de estático.

Para aportar en la satisfacción de los derechos de los hijos, no corresponde —como se hace en la reflexión de los fallos sucintamente comentados— abordar los intereses de los hijos como contrapuestos a los intereses de los padres, en particular en estos casos a los de la madre, pues en un enfoque integral, pueden éstos ser complementarios al interés superior del hijo. En este sentido se ha planteado por la Corte Suprema, lo que consideramos como un aporte para el tema en análisis, la reflexión contenida en la sentencia dictada con fecha 29 de diciembre de 2016²⁹ —que reitera,

²⁸ Corte Suprema de Chile, rol n° 37936-2017, identificador Thomson Reuters: CL/JUR/988/2018.

²⁹ Corte Suprema de Chile, rol n° 73.900-2016, disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha última consulta: 11 de mayo de 2020.

posteriormente, en la sentencia de fecha 24 de abril de 2018³⁰— en que, pese a la oposición del padre fundada en lo que consideramos una limitada ponderación del interés superior del hijo, concede la autorización a la madre, indicando en su considerando quinto: “Por otra parte, lo que sí constituye un análisis abstracto o alejado de la realidad concreta de las personas involucradas en esta controversia, es obviar el *derecho de la madre que tiene a su cargo el cuidado personal de los niños, a procurar un desarrollo profesional y afectivo que satisfaga sus intereses, contraponiéndolo a lo que puede ser el interés de los hijos*” (énfasis añadido). En ambas sentencias, sin embargo, se mantiene el voto disidente, reconociendo el proyecto de vida de la mujer, como contrapuesto al interés superior del hijo —al que da una dimensión muy limitada— para concluir la negativa a la autorización.

Las constataciones efectuadas en la revisión de las sentencias referidas, evidencia que en la materia en estudio, los tribunales chilenos mantienen en los fundamentos de sus resoluciones un estereotipo de género, sustentando un régimen que, a la ruptura de la relación entre los progenitores, procura en la madre la custodia o cuidado personal de hijos e hijas, en aplicación de su rol de cuidado y crianza, labor en la que exige, incluso, la postergación de su proyecto de vida y del libre desarrollo de su personalidad. En tanto que para los hombres —padres no custodios—, mantiene un rol social de proveedor —incumplido numerosas veces en la especie— que les permite potenciar libremente los proyectos para su desarrollo personal, lo cual es apreciado, además, como una contribución a su función.

En definitiva, es el libre desarrollo de la personalidad de la mujer que es madre y ejerce el cuidado personal de sus hijos, que vemos paralizado por el obstáculo puesto por el hombre/padre, quien utiliza el interés superior del hijo y el ejercicio de su relación directa y regular más como subterfugio para impedir el desarrollo de la mujer que como principio que resguarde y potencie las prerrogativas del hijo.

No obstante la ausencia de un criterio constante, nos corresponde también relevar los aportes en el camino a consolidar decisiones que prescindan del estereotipo de género en el razonamiento. Preciso es destacar, de entre las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema chilena, dos a las que ya hemos hecho mención en párrafos anteriores, y que consideramos han constituido un aporte en el tema que nos convoca, la sentencia dictada

³⁰ Corte Suprema de Chile, rol n° 42.642-2017, disponible en <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do>, fecha última consulta: 11 de mayo de 2020.

con fecha 29 de diciembre de 2016 y la sentencia de fecha 24 de abril de 2018. Ambos fallos, el primero en su considerando Quinto; y, el segundo en su considerando Cuarto, han señalado: "El entendimiento del principio del interés superior del niño debe ser acorde a la evolución social de las familias, lo que implica respetar las individualidades de quienes conforman el núcleo familiar y asumir que la exigencia de una figura ideal de madre que, en cuanto cuidadora de sus hijos, posterga su desarrollo en otras esferas de su vida, responde a una concepción estereotipada y que tampoco favorece al hijo que es objeto de tales cuidados" (énfasis añadido).

Aún con un lapso intermedio que nos parece extenso, lo importante es que ambas sentencias logran evidenciar el sesgo de género con que se pronunció el tribunal de 1° instancia en el primer caso; y, con el que se deduce el recurso de casación en el fondo, en el segundo, por parte del hombre/padre quien mantiene su negativa a la atorización.

5. OBSERVACIONES DEL COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

Con fecha 14 de marzo de 2018, fueron formuladas por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer - CEDAW³¹, las observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile. El documento, dentro de su acápite D) Principales motivos de preocupación y recomendaciones, incide en la materia que hemos venido examinando, particularmente en el numeral 14, relativo al acceso a la justicia que señala: "El Comité acoge con beneplácito el establecimiento de la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación en la Corte Suprema, junto con las políticas destinadas a promover el acceso a la justicia para las mujeres desfavorecidas. No obstante, el Comité está preocupado por los obstáculos institucionales, procedimentales y prácticos que afrontan las mujeres para acceder a la justicia, tales como:

- a) Los estereotipos discriminatorios, la parcialidad judicial y los escasos conocimientos sobre los derechos de la mujer entre los miembros del

³¹ CEDAW C./CHL/CO/7, disponible en <http://acnurdh.org/chile-comite-onu-emt-no-informe-sobre-los-derechos-de-las-mujeres-en-el-pais/>, fecha consulta: 22 de mayo de 2020.

poder judicial, los profesionales de la justicia y los encargados de hacer cumplir la ley, incluida la policía"³².

El numeral 20, aborda en específico el tema de los estereotipos, indicando "El Comité acoge con beneplácito las medidas legislativas y de otra índole adoptadas para hacer frente a los estereotipos discriminatorios en el Estado parte, incluidos los esfuerzos constantes por promover la igualdad entre las madres y los padres en los deberes de crianza de los hijos. Sin embargo, sigue preocupado por que los persistentes estereotipos discriminatorios sobre las funciones y las responsabilidades de las mujeres y los hombres en la familia y la sociedad, junto con las formas concomitantes de discriminación y la cultura de machismo profundamente enraizada en el Estado parte, siguen impidiendo los progresos en la promoción de la igualdad de género"³³. Para recomendar a Chile en el numeral siguiente, la adopción de una estrategia integral dirigida a las mujeres, los hombres, las niñas y los niños para superar la cultura machista y los estereotipos discriminatorios sobre las funciones y las responsabilidades de las mujeres y los hombres en la familia y la sociedad.

Podemos así concluir que la constatación que hemos venido efectuando a lo largo de este trabajo no es aislada en la sociedad chilena y que es necesario evidenciar los sesgos y preconcepciones basados en estereotipo de géneros, particularmente en las decisiones judiciales y en los argumentos utilizados en el foro, para erradicar la discriminación contra la mujer y, en estos casos, la postergación del libre desarrollo de su personalidad, en la realización de proyectos de vida que, además, en cada caso concreto pueden redundar en beneficios para los hijos e hijas que se encuentran a su cuidado.

6. CONCLUSIONES

No obstante la suscripción de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, vigente en Chile desde el año 1989, la sociedad chilena, en general, mantiene un sesgo basado en estereotipos de género. Esta preconcepción que significa una forma de discriminación en contra de la mujer queda aun mas de manifiesto en el rol asignado a la mujer dentro de la familia en que, relegándola al cuidado

³² *Ibid* p. 4.

³³ *Ibid* p. 6.

y labores domésticos, limita con ello sus decisiones de desarrollo personal. Cuestión más radical si ejerce el cuidado y custodia de hijos o hijas menores, pues en tal caso surge un invisible deber de postergación en pos de los intereses de los hijos, proyectando una suerte de pugna entre la realización de los intereses propios de la mujer y los intereses del hijo, los que muchas veces, como hemos podido ver se observan como contrapuestos.

El problema se torna de mayor gravedad cuando quien participa de este razonamiento es el órgano jurisdiccional pues, no tan solo falta a la imparcialidad sino trasunta un mensaje social que perpetúa y trasciende en la discriminación contra la mujer.

Si bien hemos relevado los aportes efectuados por las decisiones de la Corte Suprema chilena que en la materia en examen, ha logrado en la mayoría de las causas sometidas a su conocimiento, revertir las sentencias de Tribunales de Familia y Cortes de Apelaciones, vemos con preocupación que aunque sea en votos disidentes, mantenga criterios de estereotipos de género, confiamos en que el efectivo cumplimiento de las recomendaciones indicadas por el comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer que hemos comentado, confluyan en la superación de la cultura machista y los estereotipos discriminatorios, en la sociedad en general y, en lo que nos aboca, en la decisiones judiciales que hemos ido evidenciando en el examen efectuado en el presente trabajo.

Por ahora, no nos queda más que concluir que la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y su efectiva realización, particularmente en el ámbito familiar, es una tarea aun pendiente en la sociedad chilena, en la que debemos redoblar esfuerzos y continuar trabajando para su superación.