



## El Principio del Interés Superior del Niño en el Derecho de Familia Chileno.

Una propuesta de elementos objetivos que permitan definir su contenido, para su aplicación como criterio de decisión, en las materias derivadas de la ruptura de los grupos familiares.

Nombre memorista: Carlos Antonio Sandoval Barrera.

Profesor Guía: Sr. Mario Opazo González.

Profesora Informante: Sra. Muriel Sabioncello Soto.

Diciembre 2013

## **Prefacio.**

La presente investigación tiene como tema central de estudio el principio general del interés superior del niño, noción que podemos identificar con su más o menos reciente aparición definitiva en el mundo, y con su aún más nueva consagración jurídica a nivel internacional, materializada en la Convención de Derechos del Niño de 1989.

Al estar el interés superior del menor vinculado a un ámbito especial del Derecho, preocupado de una realidad muy dinámica y cambiante, como lo es la de la persona y de la familia; tenemos que dicho material de trabajo no puede ser aprehendido de buena manera, sólo con ayuda de la mera racionalidad o con la utilización de habituales términos jurídicos como derecho, obligación, voluntad, autonomía, o interés. A ello debemos agregar la evidente novedad del concepto mismo de interés superior del niño que, por esta misma realidad inasible de la cual debe ocuparse, ha ido evolucionando como una noción caracterizada por su relatividad, su dimensión subjetiva y su indeterminación. Y es este último carácter, que el interés superior del niño se trate de un concepto jurídico indeterminado, esto es, que sea una noción “standard” o “válvula”, que no tiene un contenido cierto; el que propicia que su interpretación y la determinación de su sentido y de los elementos que contiene, queden entregadas al arbitrio o libre albedrío del juzgador, pesando sobremanera las propias ideas y creencias del juez de turno. Esta situación, termina provocando inseguridad jurídica entre los justiciables afectados, confiriéndole a la decisión última que se adopte, un cariz de imprevisibilidad, dado que existirán tantas opiniones como jueces haya.

Ante las consecuencias que genera la reconocida indeterminación del principio del interés superior del niño, ha surgido la inquietud de centrar el estudio en esta importante noción presente en el Derecho de Familia; para, luego de un examen integral de ésta, ver si es posible vislumbrar aunque sea, lo que debe entenderse por el supremo interés del menor y, con ello, estar en condiciones de darle un contenido cierto. Con el citado panorama como punto de partida, se planteará la hipótesis de si acaso es posible encontrar en el ordenamiento jurídico chileno, criterios que permitan determinar, con un seguro grado de certeza, el sentido del principio; además de otorgarle un contenido valedero, que contribuya para su mejor aplicación.

El tema objeto de estudio de este trabajo, como asimismo la hipótesis inicial propuesta, han sido, principalmente, producto de los tres años de experiencia práctica, desempeñándome como procurador de la Oficina de Familia, de la Corporación de Asistencia Judicial de Valparaíso. En la tramitación diaria ante los Tribunales de Familia de causas judiciales relacionadas con las diferentes materias reguladas por nuestro Derecho de Familia; pude ir constatando, de forma personal, distintos aspectos fácticos que fueron transformando al interés superior del niño en foco de mi atención y reflexiones. En primer lugar, verificar el significativo e indispensable rol que cumple la noción de interés superior del niño en la resolución de la mayor parte de los asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales. En segundo término, pude comprobar la falta de uniformidad en la interpretación y aplicación del principio, derivada del carácter de concepto jurídico indeterminado que posee el interés superior del niño. Este último factor, sumado a una regulación (en ese entonces y hasta la promulgación de la **Ley N° 20.680**) del principio bajo un sistema de cláusula general; provocan, por un lado, que cada juez tenga su propio punto de vista sobre el interés superior del niño y, por otro, que casi ningún juez fundamente sus decisiones, otorgándole un contenido cierto a dicho interés, ni señalando qué debe entenderse por tal en el caso concreto, sino que la mayoría sólo se limita a mencionarlo en sus sentencias.

Ante la incertidumbre jurídica generada por la cantidad de visiones diferentes acerca del interés superior del niño, que influye desfavorablemente, tanto en la labor de los distintos operadores jurídicos (jueces, consejeros técnicos, abogados), como en la seguridad que puedan tener las partes litigantes sobre la real justicia de las decisiones jurisdiccionales que les afectan; fue creciendo mi convencimiento respecto de la necesidad de tener a disposición criterios fijos, de tipo objetivo, sean de origen legislativo o provengan de la doctrina, para la determinación del sentido del interés superior del niño, que permitan otorgarle al principio un contenido definido y conocido por todos. Y estos criterios, según el análisis cotidiano que me permitió mi trabajo en la Corporación de Asistencia Judicial, de la realidad sociológico-jurídica en que se desenvuelven las materias relacionadas con la familia, podían ser colegidos de algunas normas presentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Con dicha premisa inicié mi trabajo de investigación, encontrándome pronto con el adverso escenario de, salvo algunas valiosas excepciones (Cillero Bruñol, Baeza Concha), la casi nula existencia en la doctrina chilena, de estudios sistemáticos sobre el principio del interés superior del niño. Y si bien, el panorama no cambiaba demasiado en la doctrina extranjera, existe en ésta un mayor y más abundante número de libros, artículos y estudios sobre el interés superior del menor, a los que poder acudir. A nivel de la jurisprudencia nacional, el terreno era (y al parecer sigue siendo), igual de infértil, pudiendo encontrar en las sentencias de los Tribunales de Familia, sólo menciones genéricas del principio del interés superior, con algunos pocos intentos de esbozar una cierta definición de éste, acotadas al caso particular del que trataban, o bien, algunas referencias al trabajo doctrinario de ciertos autores, siendo el más citado, el profesor Cillero Bruñol.

Tomando como punto de partida dicha realidad, más el material investigativo que se pudo reunir, proveniente de variadas fuentes legislativas, jurídicas, doctrinarias, jurisprudenciales, tanto de Chile como de otros ordenamientos jurídicos, nacionales e internacionales, se comenzó con el análisis de los distintos cuerpos normativos que consagran al principio del interés superior del niño, en especial, la Convención de los Derechos del Niño y los artículos del Código Civil que hacen referencia o se inspiran en el citado principio; como también diversas fuentes doctrinales (nacionales y extranjeras) que tratan del interés superior del niño como principio rector, especialmente relacionado con aquellas materias que surgen a raíz del quiebre matrimonial y/o la desintegración familiar.

Posteriormente, durante el transcurso de la investigación, se descubrió que en el contexto internacional de la regulación jurídica de este principio, existen algunos métodos por medio de los cuales otras legislaciones han tratado de determinar el contenido del principio o, como mínimo, han intentado establecer pautas y criterios que deben tenerse en cuenta al momento de la aplicación del principio del interés superior del niño; técnicas que permitirían lidiar, de alguna forma, con los inconvenientes derivados de la propia indeterminación del principio y, con ello, contribuir a dar una protección adecuada y completa del bienestar de los menores de edad.

Sin perjuicio de lo indicado, y como mi propósito es construir una noción integral acerca de qué debe entenderse por *interés superior del menor*, estableciendo – a partir de la legislación nacional pertinente – un catálogo de criterios objetivos generales y específicos que permitan definir su contenido; se acudió a la ayuda de conocimientos tomados de otras disciplinas (psicología, sociología, teoría de la educación) aplicables a las cuestiones relativas a la infancia y la familia, para poder entregar un trabajo que cubra todos los aspectos posibles y pertinentes vinculados con dicho interés superior. Consecuencialmente, además, se pondrá de manifiesto la mayor importancia e influencia que debe darse a este principio al interior del procedimiento ordinario de Familia, como fuente supletoria del derecho, “coadyuvante” para los jueces en la resolución de aquellas materias derivadas de las crisis familiares, y que afectan directa o indirectamente a los niños; como lo son, por ejemplo, la determinación de cuál de los progenitores detendrá el cuidado personal y la patria potestad, la regulación del régimen de relación directa y regular, o el establecimiento de una pensión de alimentos.

En cumplimiento del citado objetivo, se ha estructurado la investigación en cuatro partes, que van tratando las diversas facetas que damos a conocer, examinamos críticamente y proponemos acerca de la noción de interés superior del niño; para así lograr una perspectiva lo más completa posible de este relevante principio.

De esta manera, el **Primer Capítulo** comienza el análisis del principio del interés superior del niño, desde los aspectos históricos y sociológicos más generales que constituyen su fundamento, relacionados con la evolución que fue teniendo la situación del niño dentro de la sociedad durante los distintos períodos de la historia humana. Dicho proceso logra su mayor desarrollo como una derivación de los diversos movimientos de Derechos Humanos surgidos a finales de la Segunda Guerra Mundial, configurándose la noción del interés superior del niño, a través de diversas expresiones de índole doctrinaria y legislativa; culminando su curso, en la definitiva formulación y reconocimiento del interés superior del niño como principio jurídico instituido por el Derecho Internacional, coronado con la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño y su consagración como tal, en su artículo 3°.

Sin perjuicio de la importancia y avance que supuso la dictación de la Convención sobre Derechos del Niño; y el gran mérito que tiene su artículo 3º, de recoger las inquietudes de la sociedad acerca de la adecuada protección y bienestar respecto de los menores de edad, plasmándolas en su consagración del interés superior del niño como principio general del derecho; la validación jurídica del principio presenta un gran problema en su indeterminación, al no dejar en claro qué debe entenderse por el superior interés de los niños, niñas y adolescentes, ni explicar cómo debe ser aplicado en su dimensión de principio rector.

Esta es la cuestión que se aborda en el **Capítulo Segundo**, partiendo por delimitar las funciones y características que pueden identificarse en el principio del interés superior del niño en abstracto, basándonos en el trabajo de distintos autores de la doctrina extranjera y nacional. El rasgo más destacado del principio, sobre el cual existe consenso entre los juristas, está referido a su carácter de *concepto jurídico indeterminado*, que confiere al interés superior una útil y adecuada plasticidad, pero, a su vez, genera una inconveniente falta de certidumbre jurídica, al quedar entregado a la discrecionalidad de los individuos facultados para su aplicación. Por lo mismo, tanto en el ámbito legislativo de diferentes ordenamientos normativos, como también a nivel de la doctrina, han surgido técnicas y metodologías para la regulación y determinación del principio, los que son analizados pormenorizadamente, junto con las soluciones que entregan al problema. Finalmente, se examinan algunas definiciones del interés superior del niño postuladas por múltiples autores pertenecientes a la doctrina nacional e internacional. De esa manera, delimitamos el marco teórico dentro del cual se desarrolla nuestra investigación, junto con dejar planteado el problema cuya solución formularemos en el Capítulo Tercero.

Así, en el **Capítulo Tercero**, abordamos derechamente el problema de la indeterminación del principio del interés superior del niño, circunscribiéndolo a nuestro ordenamiento jurídico y, específicamente, en su aplicación dentro del Derecho de Familia. Para ello, la **Primera Parte** del capítulo está dedicada al examen de los distintos cuerpos normativos y leyes nacionales que recogen y aplican el principio del interés superior; en razón de lo cual fue posible constatar que, en nuestro país, era patente la falta de claridad acerca del contenido del principio y las consecuencias que dicha indeterminación provoca en su aplicación práctica, sobre todo al momento de resolver por vía judicial las materias derivadas de las

rupturas de los grupos familiares. No obstante lo anterior, la solución que se plantea estaría presente al interior de la misma legislación nacional, dónde sería posible encontrar criterios objetivos de carácter general y particular que permitirían entregar un contenido cierto y definido al principio del interés superior del niño.

Siguiendo el desarrollo de la investigación, durante el transcurso de ésta, la aparición de un nuevo antecedente de tipo legislativo, vino a modificar el Código Civil, cuerpo normativo base para la solución que se propone. Con la promulgación, con fecha 21 de Junio del 2013, de la **Ley N° 20.680**, se incorporaron al Código Civil, dos novedosas e interesantes disposiciones, que entregan una respuesta, específica y acotada a ciertas materias, a la hipótesis central que se ha planteado. Así, se crea el **Artículo 225-2 del Código Civil**, que establece criterios objetivos específicos, que el juez debe considerar para la determinación y ejercicio del régimen de cuidado personal de los hijos, cuando los padres vivan separados. Por su parte, el **Artículo 229 inciso 3°** del mismo Código, presenta criterios objetivos específicos, que el juez debe ponderar, para la determinación y ejercicio del régimen de relación directa y regular de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.

En razón de este nuevo escenario, se debió ajustar la hipótesis central, puesto que, si bien respecto de los criterios objetivos generales, aún era indispensable comprobar su presencia en la legislación chilena; en el caso de los criterios objetivos específicos establecidos en los nuevos **Artículos 225-2 y 229 del Código Civil**, no era necesario demostrar su existencia. Empero, por su novedad, cada criterio admitía un tratamiento particular, para definir su sentido. De esta manera, en la **Segunda Parte del Capítulo Tercero**, se trabaja la verificación de la premisa relativa a la existencia de los criterios objetivos generales, en base a un proceso de análisis cualitativo, coordinación, concordación y sistematización de las normas que consagran al principio del interés superior del niño o que guardan relación con él. Luego de ello, se proponen cuatro criterios objetivos generales, a los cuales se les confiere un completo contenido, aunando conocimientos tomados del mismo Derecho y de otras disciplinas, como la psicología, la sociología, la teoría de la educación, la filosofía moral, entre otras; para construir, con cada uno de los criterios, una perspectiva jurídica, psicosocial y ética, cuyo centro sea el supremo bienestar de los menores de edad.

A continuación, en la **Tercera Parte del Capítulo Tercero**, los esfuerzos están dedicados, ya no ha comprobar la existencia de criterios objetivos específicos, puesto que, por su regulación expresa, no es necesario; sino que los hemos centrado en el examen individual y pormenorizado de cada uno de los criterios objetivos específicos, instaurados por los **Artículos 225-2 y 229 inciso 3º**, de nuestro **Código Civil**. Según eso, partiendo en la misma sucesión en que están dispuestos en el Código, se analizan primero los criterios establecidos en el **Artículo 225-2**, para la determinación y ejercicio del régimen de cuidado personal para con los hijos, aplicable en aquellos casos en que los padres vivan separados. Respecto de ellos, y como se podrá ver en la sección correspondiente, la gran fuente de inspiración de la citada norma, se encuentra en el Derecho extranjero; siendo el Artículo 233-11 del Código Civil catalán, el modelo seguido (y copiado al pie de la letra) en la mayoría de los criterios presentes en nuestro **Artículo 225-2**. La gran ventaja de esta cuasi imitación legislativa, está en el hecho que se pudo acudir a la doctrina española y a la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia de ese país, para definir el sentido de cada criterio y fijar su contenido. En segundo término, se procede al estudio de los criterios objetivos específicos dispuestos en el **inciso 3º del Artículo 229**, que deben ser considerados por el juez para la determinación y el ejercicio del régimen de relación directa y regular entre los hijos y el progenitor que no viva junto a ellos. Es posible adelantar que esta norma vendría a ser una verdadera innovación de nuestro Poder Legislativo, puesto que en el Derecho comparado, salvo en la Children Act inglesa, no existen normas que establezcan criterios para la implementación del régimen comunicacional. Sin perjuicio de ello, de forma similar a lo hecho con los criterios para el cuidado personal, se ha intentado establecer el sentido y contenido de cada uno de los criterios presentes. Por último, para completar las tres materias principales que se derivan de los eventos de quiebre del grupo familiar; se han agregado ciertos elementos, presentes en el Código Civil y en la Ley N° 14.908 sobre Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, que debe ponderar el juez al momento de resolver sobre la determinación de una pensión de alimentos. Todos estos criterios deben ser tenidos en cuenta por el juzgador, de manera obligatoria, para entender protegido y respetado el interés superior del niño en cada caso concreto, y respecto de cada materia.

Como finalización, se contienen las conclusiones a las que se pudo arribar; destacando una que se ha tratado con menor exhaustividad y que sólo hemos dejado esbozada, por exceder los fines de este trabajo: la proposición hipotética acerca de la posibilidad de estructurar un sistema o modelo, basado en los cuatro

criterios objetivos generales propuestos como pilares fundamentales, a los cuáles se suman los criterios objetivos específicos establecidos para el cuidado personal (**Art.225-2 Código Civil**), la relación directa y regular (**Art.229 inc.3º Código Civil**), y presentes en las normas que regulan el derecho de alimentos; sistema que sirva de instrumento para la determinación del sentido y fijación de un contenido seguro para el principio del interés del niño y que permita una mejor y más acertada aplicación del mismo, por parte los operadores jurídicos que se desenvuelven en el ámbito del Derecho de Familia.

En definitiva, la investigación ha surgido de una inquietud personal, atizada por mi experiencia laboral durante más de un lustro, vinculada de forma estrecha con la aplicación del Derecho de Familia. Trabajando casi a diario en la tramitación de causas ante los Tribunales de Familia, pude ver la poca seriedad con que muchos abogados litigantes desempeñan sus labores de representación, al considerar con supina soberbia que las materias de familia son de poca monta (y en el mayor número de los casos, también de “poco monto”), y por lo mismo, “fáciles” de tramitar; desconociendo el verdadero y trascendental impacto que las decisiones tomadas por cualquiera de los operadores jurídicos causará en la vida y desarrollo, presente y futuro, no sólo de los niños, niñas y adolescentes involucrados, sino que sobre toda la familia. Además, y sin que se note a simple vista, las consecuencias (positivas y/o negativas) de dichas decisiones repercuten de forma indirecta y subsecuente en la sociedad entera, alterando las reglas de convivencia social y modificando las formas de vivir de las personas.

Un desinterés parecido, aunque morigerado en el último tiempo, puede verse en la academia y en el ámbito de las ciencias jurídicas, donde el Derecho de Familia ha sido relegado históricamente al lugar de “pariente pobre”, tanto frente a las otras ramas del Derecho, como también por otras materias, consideradas mucho más relevantes, dentro del mismo Derecho Civil. Por lo mismo, el estudio sistemático de los temas que componen el Derecho de Familia, salvo aquellos referidos a los aspectos patrimoniales vinculados con la familia, casi no existe. Por un lado, debido a que, junto con la aplicación de conocimientos jurídicos, es indispensable adquirir un cierto bagaje de conocimientos tomados de otras disciplinas – psicología, psiquiatría, sociología, trabajo social, medicina, educación –, que se ocupan de las temáticas de la persona, la infancia y la familia, para poder entender los distintos fenómenos en toda su

complejidad. Por otro, el indesmentible hecho que, por regla general, el Derecho de Familia entrega muchísimos menos réditos económicos (e incluso, académicos), que los otorgados por otros ámbitos del mismo Derecho Civil, o por otras ramas del Derecho. Este desapego por la dedicación al estudio de las instituciones relevantes del Derecho de Familia provoca que, al momento de aplicar los cuerpos normativos que lo regulan, la mayoría de los operadores jurídicos tengan nociones muchas veces vagas y poco claras de dichas instituciones.

Por esta misma falta de certidumbre, es común que aquellos operadores jurídicos – generalmente, los jueces de familia –, más embebidos con las distintas facetas del Derecho de Familia, al momento de tomar sus decisiones, hagan prevalecer su óptica personal acerca del asunto sometido a su conocimiento, sujetándolas a sus propias ideologías, convicciones, prejuicios, sentimientos; lo que genera aún mayor incerteza, sumado a la desconfianza en la real justicia e imparcialidad que posean dichas resoluciones.

En el caso particular del interés superior del niño, tenemos también que obran, en conjunto con los aspectos estrictamente jurídicos, factores extrajurídicos y componentes de carácter no racional, que el Derecho suele dejar de lado; pero que en lo relativo al supremo bienestar de los menores, cumplen un papel fundamental que hace imprescindible su consideración, si se quiere tomar decisiones que tengan, como fin último, lograr una justicia con suficiente humanidad. Por consiguiente, intentar resolver las cuestiones en las que tiene incidencia directa el interés superior del niño, con la sola utilización de la racionalidad, la voluntad y la imposición de una visión determinada por parte del juzgador, sin ninguna duda, serán insuficientes para decidir, por ejemplo, a qué padre se le atribuirá el cuidado personal; o que régimen de visitas entre los hijos y el progenitor que no vive con ellos, será el más adecuado.

Además, tenemos que las personas llamadas a decidir en base al interés superior del niño (padres, jueces, funcionarios públicos), debido a esa penumbrosa realidad que tiene la noción del supremo interés de los menores, abordarán todas las cuestiones según sus propios parámetros y perspectivas vitales, sin

garantizar una imparcial y objetiva determinación de qué es lo mejor o más conveniente para los niños, niñas y adolescentes involucrados.

Frente a todas estas situaciones que he señalado, se hizo aún más urgente para mí el intentar plasmar todas estas reflexiones en un trabajo que las organizara y, a partir de éstas, aportar en la clarificación de la noción del interés superior del niño, para contribuir en la consecución de un mayor entendimiento de esta institución. Con ello, existirá también una mejor aplicación del principio, lográndose los objetivos que como sociedad debemos buscar y cumplir, como son proteger los derechos de los menores de edad y, propender al incremento de su bienestar.

Este trabajo que se les presenta, como ya se ha indicado, trata de entregar agregar la mayor cantidad de elementos que nos permitan conocer, con más profundidad, la institución del interés superior del niño, además de hacer patente la importancia que ésta tiene, no sólo dentro del Derecho de Familia, sino que para el equilibrado y beneficioso desarrollo de nuestra sociedad, presente y futura. En sus páginas, he intentado construir un panorama integral de lo que es el interés superior del niño, partiendo desde sus orígenes, pasando por las funciones y características que posee, y sus ramificaciones en múltiples aspectos de nuestra vida familiar cotidiana; para luego unir todos esos conocimientos en la elaboración y/o determinación del contenido de los criterios objetivos que se proponen, cuya finalidad es servir de faro que nos ilumine al interior de la penumbra en la que se encuentra el principio del interés superior, y nos guíe hacia una mejor inteligencia de éste.

Quizás, y es lo más seguro, el trabajo no resulte suficiente para cumplir este propósito, pero creo firmemente que ayudará; aunque en el transcurso de la investigación, se fue haciendo más evidente el carácter elusivo e inabarcable del concepto del interés superior del niño. Se podrá criticar una excesiva reiteración de sus términos, alguna inconsistencia en lo postulado. Sin embargo, he intentado esbozar los contornos teóricos y prácticos del principio, basándome en la mayor cantidad de conocimientos que pude encontrar (y aprehender), ajustándolos a nuestra realidad nacional, y haciendo uso del mejor sentido común

que se pudo, para evitar que los planteamientos se transformaran en teorizaciones especulativas e impracticables.

Creo que una frase del psiquiatra y filósofo suizo Carl Gustav Jung, resume mi motivación y arroja luces acerca del fin último que, con un mayor estudio de las cuestiones de familia, se podrá conseguir para nuestras sociedades; fin que intento mostrar o evidenciar por intermedio de este trabajo. Dice Jung que ***“El pequeño mundo de la niñez, con su entorno familiar, es un modelo del mundo. Cuanto más intensamente le forma el carácter la familia, el niño se adaptará mejor al mundo.”***

## **CAPÍTULO PRIMERO: Evolución de la posición del niño en la sociedad y de su protección. El origen de la noción del interés superior del menor.**

Para comenzar a hablar del origen de la noción del interés superior del menor, y tener una visión sinóptica de los distintos elementos y circunstancias que lo constituyen y que fundamentan su actual condición de principio general del derecho, es conveniente primero dirigir una breve mirada al estatus del que ha gozado el niño como ser individual en relación con su entorno familiar y dentro de la sociedad, durante el transcurso de la historia de la humanidad. En paralelo, podremos analizar cuándo comienza el verdadero interés por la situación de los niños, sus manifestaciones más relevantes en distintos ordenamientos jurídicos, especialmente a nivel internacional; y los sistemas que fueron surgiendo en pos de la protección y el mayor bienestar para los menores de edad. De este modo, será posible constatar la evolución que ha tenido cada uno de los ámbitos indicados, para así valorar mejor los avances que se han hecho en la afirmación de los derechos del niño y su calidad de sujeto; además de hacer patentes los abusos e injusticias que se han cometido en el camino, para tenerlos en cuenta y evitar repetir los mismos errores.

En lo referente al niño como individuo, en toda la Antigüedad y el Medioevo, éste era considerado por los adultos como un objeto del cual se podía disponer, además de una carga que soportar. Por lo mismo, prácticas que en la actualidad son, en mayor o menor grado, condenables por la sociedad, como el aborto, el infanticidio, el abandono, la esclavitud y explotación de los menores de edad; en esos tiempos eran habituales, siendo aceptadas y justificadas a nivel cultural.

Conforme a estas costumbres, la posición de los niños y jóvenes dentro de las familias era de pleno sometimiento a la autoridad paterna. Ejemplo de ello lo encontramos en el Derecho Romano primitivo, donde se le otorga al *pater familias* amplios poderes sobre sus hijos: podía decidir sobre su vida o muerte; podía venderlos, arrendarlos o empeñarlos; podía juzgarlos y sancionarlos. Lentamente, por medio de la jurisprudencia y la dictación de leyes, estas potestades del *pater familias* se fueron limitando y atenuando, pero siempre manteniéndose un régimen de relaciones paterno filiales de carácter vertical, con supremacía de los progenitores respecto de los hijos.

Sólo a partir del siglo XVII en adelante, coincidiendo con la aparición de las teorías antropocéntricas y el paulatino desarrollo de las ideas de libertad individual e igualdad y fraternidad humanas surgidas a partir de la Revolución Francesa, la preocupación por el bien de los niños fue aumentando, manifestándose principalmente en lo relacionado a su educación y al cuidado de los menores más desvalidos, funciones en las cuales la Iglesia Católica cumplió un papel preponderante. No obstante ello, los niños aún mantenían su calidad de ciudadanos de segunda clase, sin derechos de ninguna especie y dependientes del juicio de los adultos a su cargo.

Con la Revolución Industrial y los grandes cambios que ésta provocó, al modificar la estructura en que se organizaba la sociedad entera en materia de población, sistema social y económico; la situación de los menores de edad en ciertos aspectos empeoró, en particular entre las clases más pobres, aumentando el número de niños abandonados o sin familia, o bien, siendo explotados en largas jornadas de trabajo dentro de las industrias. Sin embargo, al darse estas circunstancias en su mayoría en un contexto urbano, permite que los abusos y carencias se hagan más visibles y con ello, comiencen a reaccionar las distintas instituciones, tanto privadas como públicas.

Un hecho importante lo constituye la publicación el 15 de mayo de 1891, de la Carta Encíclica “*Rerum Novarum*”, escrita por el Papa León XIII. Entre sus temas, trata la intervención del Estado en auxilio de las familias que “se encontrase[n] tal vez en tan extrema necesidad que por sus propios medios no pudiera[n] salir de ella”; y también la intervención del Estado cuando “dentro del mismo hogar doméstico se produjera una grave perturbación de los derechos mutuos” entre sus miembros, “para atribuir a cada uno su derecho; [...] asegurarlos y defenderlos (los derechos) con una protección justa y obligada...”.<sup>1</sup> En este último ámbito, podríamos ver quizás un bosquejo de reconocimiento de derechos a todos los integrantes de una familia, haciendo extensiva la providencia estatal a los hijos. Además, tiene un acápite dedicado al trabajo infantil, indicando que “...un trabajo proporcionado a un hombre adulto y robusto, no es razonable exigirlo ni a una mujer ni a un niño. Y aun más, gran cautela se necesita para no admitir a los

---

<sup>1</sup>PAPA LEÓN XIII, *Carta Encíclica “Rerum Novarum”* (1981), Párrafo 11, Versión online en <http://es.catholic.net/biblioteca/libro.phtml?consecutivo=171&capitulo=1566> (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013).

niños en los talleres antes de que se hallen suficientemente desarrollados, según la edad, en sus fuerzas físicas, intelectuales y morales.”<sup>2</sup>

Como es posible descubrir al hacer una rápida revisión al devenir del hombre desde finales del siglo XIX en adelante, la noción del “interés superior del niño” o “interés superior del menor” encuentra su germen en los diversos sucesos históricos, económicos, sociales, culturales y tecnológicos acontecidos en dicho período, y particularmente, en los movimientos por la dignidad y los derechos del ser humano que comenzaron su camino luego de las dos Guerras Mundiales. De esta manera, aparejado al creciente proceso de construcción, desarrollo y perfeccionamiento de la garantía y protección de los derechos humanos en general, fueron surgiendo de manera paulatina iniciativas tendientes a la protección de los menores de edad.

En un principio, la mayor parte de las políticas estaban enfocadas al tratamiento de aquéllos niños que se encontraban en “*situación irregular*”, esto es, que “se encontraban fuera de los mecanismos normales de control y contención (casa y escuela), o criados por familias que no garantizaban su adecuado disciplinamiento.”<sup>3</sup> Esta doctrina ve la luz durante las últimas décadas del siglo XIX, tiempos en que se vivía un proceso de consolidación del sistema capitalista, cuyas implicancias se manifestaban en el reemplazo de una cultura económica fundada en el desarrollo agropecuario por una cultura económica de carácter industrial; el traslado de la población desde los sectores rurales a la urbe, con la consiguiente expansión de las ciudades; el empobrecimiento de las condiciones de vida de las clases obreras; y el aumento de la delincuencia y, por ende, de la población penal.

La creciente preocupación de la sociedad de la época por la delincuencia juvenil, motivó diversas reformas y la dictación de normas especiales para el procesamiento y privación de libertad de menores de edad, configurando un régimen distinto del establecido para los adultos, sustituyéndose la cárcel como lugar de castigo, por una entidad de carácter rehabilitador: el reformatorio. El propósito de la nueva

---

<sup>2</sup> PAPA LEÓN XIII, op. cit. (1), Párrafo 35.

<sup>3</sup> CORTÉS MORALES, Julio “A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: el desafío pendiente”, en Justicia y Derechos del Niño, Número 1 (1999), pág. 64. Disponible en su versión online en [http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/236/justicia%20y\\_derechos\\_9.pdf](http://www.unicef.cl/archivos_documento/236/justicia%20y_derechos_9.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 28/12/2013)

institucionalidad queda de manifiesto si atendemos a lo señalado por Frederick Wines, secretario de la *Board of Public Charities* de Illinois, comisionado por el Gobierno de Estados Unidos para asistir al Congreso Internacional de Penitenciaría, celebrado en la ciudad de Estocolmo, Suecia, en el año 1878. Luego de su experiencia en el Congreso y de visitar diferentes reformatorios en Inglaterra, su convencimiento lo lleva a asegurar que “...el objeto de las instituciones de reformatorio está bien claro: no es el castigo por los delitos pasados, sino el adiestramiento para la utilidad futura.”<sup>4</sup>

En dicho contexto, podemos descubrir un primer hito en la historia de la tutela jurídica de la infancia, al crearse en el año 1899 en Illinois, Estados Unidos, el *Juvenile Court Law*, que es considerado el primer tribunal especial para menores de la historia. Al examinar las motivaciones e intereses que impulsaron la redacción y aprobación del proyecto de ley de tribunales para menores que desembocó en el surgimiento de este primer juzgado, podemos darnos cuenta que junto con tener un claro sustrato humanitario y de preocupación por la situación de los niños, también se expresa el afán autoritario y de control social que imperaba entre sus patrocinadores. Al momento de ser aprobado, se indicó que se trataba de una “ley para reglamentar el tratamiento y control de los niños dependientes, descuidados y delincuentes.”<sup>5</sup>

El sistema que se construye con la creación de la *Juvenile Court Law*, comprende el conocimiento respecto de los menores de edad, tanto de lo relativo a aquellas conductas constitutivas de delitos, como también a aquellos comportamientos que sin ser delitos, eran considerados perjudiciales para el adecuado crecimiento de los niños, como lo son, a modo de ejemplo, huir del hogar o desertar del sistema educativo. La idea central para el tratamiento de los dos tipos de conductas, era la de procurar la rehabilitación de los menores involucrados en hechos de dicha naturaleza, atacando las circunstancias existentes detrás del mal comportamiento, decretándose por parte del tribunal, en un proceso rápido, informal y sin garantías de ninguna especie, medidas de duración indefinida aplicadas por los reformatorios, entendiéndose que con ello se les entregaba a los “niños problema” ayuda y guía para cambiar y mejorar su vida.

---

<sup>4</sup> Citado en PLATT, Anthony M., “*Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*”, Segunda Edición, Siglo XXI Editores, (1988), pp. 124-125.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 149.

En base a estas premisas, los propulsores del nuevo modelo de justicia confunden las vías de solución posibles, y así, teniendo por una parte la vía sancionatoria cuyo fin es aplicar una pena como reproche por la comisión de un acto ilícito; y por otra, la vía proteccional cuyo propósito es auxiliar y resguardar a los menores en dificultades; dan con una única respuesta, expresada en la misma *Juvenile Court Act*: “...el Estado debe asumir la guarda de todo menor que se encuentre en condiciones sociales o individuales tan adversas que puedan conducirlo a la comisión de un delito [...] Se propone un plan con arreglo al cual el menor no será tratado como delincuente ni será acusado legalmente de cometer un delito sino que será considerado como pupilo del Estado sujeto a su atención, vigilancia y disciplina, al igual que los menores abandonados o desvalidos...”<sup>6</sup>

Como es posible apreciar en lo señalado más arriba, el fundamento para esta mentalidad lo podemos encontrar en la doctrina del *parens patriae*, que autoriza a los tribunales de menores a utilizar una amplia discrecionalidad para resolver los problemas de éstos, y entrega al Estado el poder para, incluso, reemplazar a los padres de los niños cuando “un hogar no cumple su función debida”.<sup>7</sup> Por lo mismo, la intervención estatal y judicial operaba con la convicción de estar otorgando un beneficio a los menores, al buscar su protección y la adopción de las medidas más adecuadas para su bienestar.

Con ello, podemos ver un primer esbozo de la noción de “interés superior” emanado de la autoridad estatal, distinguiéndose por concebir que “la dependencia es el estado natural del niño”,<sup>8</sup> y por lo tanto, los niños y jóvenes son tratados como un “objeto de protección”, definiéndolos en función de “lo que no saben, no tienen o no son capaces”; y no como sujetos con cierta autonomía individual y con derechos que le son propios.

En razón de estas ideas, y con la evolución generada por las diversas leyes que fueron dictándose sucesivamente en Europa, Estados Unidos y América Latina, se construyó un sistema que a nivel teórico ha recibido el nombre de “*Doctrina de la situación irregular*”. Siguiendo a la jurista argentina Mary

---

<sup>6</sup> CORTÉS MORALES, Julio, op. cit. (3), p. 67.

<sup>7</sup> PLATT, Anthony M., op. cit. (4), p. 150.

<sup>8</sup> PLATT, Anthony M., op. cit. (4), p. 151.

Beloff<sup>9</sup>, la doctrina se caracteriza por estar dirigida sólo a aquellos niños y jóvenes que se encuentran en “situación irregular”<sup>10</sup> (ello explica su nombre), quiénes – como ya lo hemos indicado – eran objetos de protección y no eran reconocidos como sujetos de derechos, sino más bien como incapaces que necesitan de un cuidado y atención especiales; debido a sus condiciones personales, familiares y sociales requerirían de intervenciones estatales de tipo coactivo y de restricción de derechos aplicables a los menores e, incluso, a sus familias; medidas cuya administración es decidida generalmente por un juez de menores con facultades casi ilimitadas, suficiente para obviar las garantías fundamentales y la opinión del propio niño afectado. De este modo, el “interés superior” es definido íntegramente por la autoridad según su propia concepción de lo que es bueno para los niños.

En general, este ha sido el régimen que desde su aparición, a mediados del siglo XIX, y en gran parte del siglo XX, ha predominado tanto en los ordenamientos jurídicos anglosajones como en los de tipo “continental”. La crisis del sistema de la situación irregular comienza en Estados Unidos en la década de los ‘60, a raíz de un dictamen de la Corte Suprema de ese país en el “Caso Gault” (1967), dónde se critica el uso de la doctrina del *parens patriae* para justificar la violación de garantías constitucionales en un proceso judicial que condenó a un menor de 15 años, lo que inicia un proceso de reformas. A nivel de la comunidad internacional, la crisis comienza en los últimos años de la década de los ‘70, agudizándose durante los ‘80 y culminando con la aprobación de la **Convención Internacional sobre los Derechos del Niño** en 1989, que inaugura una nueva etapa, de protección integral de los derechos de la infancia.

Si bien el modelo de la situación irregular entró en crisis sólo a partir de la segunda mitad del siglo XX, en la comunidad internacional habían existido distintas manifestaciones a favor de la creación de los derechos del niño y de instrumentos jurídicos orientados a la protección de la infancia mucho tiempo antes.

---

<sup>9</sup> Lo señalado a continuación respecto de la “Doctrina de la situación irregular”, se basa en lo expuesto por la autora en su texto “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, en Revista Justicia y Derechos del Niño, Número 1 (1999), pp. 9-21. Disponible en su versión online en [http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf](http://www.unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

<sup>10</sup> El Instituto Interamericano del Niño, Organismo Especializado de la O.E.A. en su “Vocabulario Multilingüe, Polivalente y Razonado de la Terminología Usual en la Protección a la Infancia” definía a la “situación irregular” como “aquella en que se encuentra un menor tanto cuando ha incurrido en hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material o moralmente o padece de un déficit físico o mental”, agregando a manera de segunda acepción que también comprende “a los menores que no reciben el tratamiento, la educación y los cuidados que corresponden a sus individualidades”. Vocabulario Multilingüe. (IIN-OEA), Montevideo, Uruguay 1972, págs. 136/137.

Una de las primeras, y más importantes, corresponde a la aprobación que el día 26 de Diciembre de 1924, la Sociedad de las Naciones<sup>11</sup> efectuó durante su Quinta Asamblea General en Ginebra, Suiza, de la ***Carta de los Derechos del Niño***. Estaba compuesta por cinco artículos, estableciendo en ellos el derecho de los niños y niñas a disponer de medios para su desarrollo material, moral y espiritual; asistencia especial y protección a los niños que sufran hambre, enfermedades o de alguna discapacidad o hayan quedado huérfanos; indica expresamente que los niños deben ser los primeros en recibir ayuda en situaciones de emergencia; y que sean protegidos de la explotación económica.

En su preámbulo, se indica que “...los hombres y las mujeres de todos los países, en reconocimiento de que la humanidad le debe al niño lo mejor de que es capaz de dar, declaran y aceptan como su obligación que, por encima de cualquier consideración de raza, nacionalidad o creencia...”. Para algunos autores, la frase que hemos subrayado permitiría concluir que en esa época ya habría existido cierta intención de hacer prevalecer el interés superior del menor por sobre toda otra consideración, a pesar que en la práctica no se concretó hasta mucho tiempo después.<sup>12</sup> Además, de la redacción de sus artículos, es posible advertir que el niño aún es considerado un objeto de protección y no un sujeto de derechos. En términos generales, este primer instrumento no pasó de ser una declaración de buenas intenciones.

Siguiendo la evolución del tratamiento de los temas relativos a la infancia en el orden internacional, tenemos que el 10 de diciembre de 1948, durante la celebración de la 183<sup>o</sup> Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, se aprueba la ***Declaración Universal de los Derechos Humanos***.<sup>13</sup> En su preámbulo, se afirma que “...la libertad, la justicia y la paz del mundo tiene por base el

---

<sup>11</sup> La Sociedad o Liga de las Naciones fue un organismo internacional creado por el Tratado de Versalles, el 28 de junio de 1919. Se proponía establecer las bases para la paz y la reorganización de las relaciones internacionales una vez finalizada la Primera Guerra Mundial.

<sup>12</sup> Vid. CLAVIJO SUNTURA, Harry, “*El interés del menor en la legislación internacional*”. Versión online en <http://www.monografias.com/trabajos71/interes-menor-legislacion-internacional/interes-menor-legislacion-internacional.shtml> (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013).

<sup>13</sup> Sobre la DUDH, LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel, “*Los menores en el Derecho Español*”, Edit. Tecnos, Madrid, 2002, p. 70, sostiene que “*Hasta hoy (es) la referencia principal, en el ámbito universal, en materia de derechos humanos fundamentales. Aunque el texto no tiene carácter jurídico vinculante, su valor político, moral y hoy compilador de buena parte del Derecho internacional general sobre los derechos humanos, lo constituyen en un documento ineludible: si bien apenas se refiere a la infancia, su articulado es de plena aplicación a esta etapa de la vida humana*”; citado por Clavijo Suntura, Harry, op. cit. (12).

reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...”; idea que es ratificada en los dos primeros artículos, al sostener que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en la Declaración. Lo anterior, podríamos destacarlo como identificación precursora de la calidad de sujeto de derechos a los menores de edad, puesto que, por la sola circunstancia de ser persona es titular de ellos. Junto con ello, la Declaración en su artículo 25 número 2, dispone que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tiene derecho a igual protección social”; promoviendo de forma expresa el fomento de la protección del menor.

Con el impulso dado por la DUDH, el 20 de noviembre de 1956, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la *Declaración de los Derechos del Niño*<sup>14</sup>, cuyo texto lo componen un preámbulo y diez principios, basándose en la anterior Carta de Ginebra de 1924 y considerando lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En su contenido, perfila un programa para garantizar los derechos del menor, señalando en su preámbulo que “...el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento...”; y reconoce derechos como no ser discriminado, a tener un desarrollo integral, a tener un nombre y nacionalidad, y consagra específicamente respecto del niño garantías como ser beneficiado por la seguridad social, a recibir educación, atención de salud y una protección especial contra toda forma de abandono, crueldad, explotación y prácticas discriminatorias.

Aún más importante, en dos de sus principios hace mención explícita a la noción objeto de nuestra investigación: el interés superior del niño. El más relevante es el Principio 2 de la Declaración, al establecer que el niño gozaría de una protección especial y dispondría de oportunidades y servicios, destacando en su parte final que “...al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés del niño.”. Queda de manifiesto la intención de hacer prevalecer el interés del menor en todos los ámbitos relacionados con la protección de la infancia, y se puede constatar que la Declaración de 1959 es el antecedente directo de la actual Convención sobre los Derechos del Niño. Por su parte, el otro principio a

---

<sup>14</sup> Su texto completo en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1386%28XIV%29> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013). Las referencias hechas a su contenido que se encuentran a continuación, están basadas en dicho documento.

tener en cuenta es el séptimo, que consagra el derecho del niño a recibir educación gratuita y obligatoria, y en su párrafo segundo determina que “...el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación...”; corroborando lo ya expresado en el segundo principio, en cuanto a la búsqueda del predominio del interés del niño.

En razón de lo anterior, y a pesar que en su contenido la Declaración sólo postulaba principios e instaba a los padres, a las organizaciones particulares y a las autoridades y gobiernos nacionales a reconocer los derechos enunciados y adoptar medidas para su protección, pero sin tener carácter vinculante para los Estados; podemos valorar el papel jugado por ésta como antesala de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, aún cuándo entre los dos instrumentos internacionales pasaron treinta años de evolución y desarrollo de los temas relativos a la protección de los niños y adolescentes.

Dentro de este proceso, hubo más muestras de creciente preocupación por el tema de la tutela del menor y la garantía de sus derechos. Así, el 16 de Diciembre de 1966, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 2200 A (XXI), aprueba el ***Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales***, que en el apartado tercero de su artículo 10, dispone que los Estados Parte reconocen que se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación; además de protegerlos contra la explotación económica y social. El mismo día y por medio de la misma resolución, se aprueba también el ***Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos***, que dentro de sus contenido presenta normas referentes al amparo de los menores, como el caso del apartado cuarto del artículo 23, el cual señala que en caso de disolución del matrimonio se deben adoptar las medidas para asegurar la protección necesaria de los hijos; el artículo 24 por su parte, establece que todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna, a las medidas de protección que su condición de menor requiera, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado.

Posteriormente, el 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la ***Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer***, que protege los derechos humanos de las mujeres y las niñas. Ese mismo año, la Asamblea lo instituye como el Año Internacional del Niño, formándose un grupo de trabajo y dando inicio a los estudios destinados a la

redacción de un tratado de carácter vinculante que permita unir y comprometer a los Estados en la consagración y defensa de los derechos de los menores de edad.

Luego de una década de ardua labor y debates acerca de su contenido y los alcances que tendrá, el 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General aprueba por unanimidad la ***Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN)***, entrando en vigor al año siguiente. Hasta el momento, viene a ser el tratado internacional con mayor ratificación,<sup>15</sup> y en el caso de la zona de América Latina y el Caribe, ha sido pionera en este proceso y en hacer de la Convención una ley nacional mediante su aprobación por los parlamentos de cada país.

Para Mary Beloff, la Convención resulta “...el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los niños en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que la han ratificado...”. Sostiene además, que ningún otro instrumento internacional de protección de los derechos humanos ha tenido la aceptación y el consenso generado por la CIDN, encontrando explicación en el hecho que en la mayor parte del mundo los niños son considerados las personas más vulnerables en relación con las violaciones a los derechos humanos y por lo mismo, requieren una protección especial.<sup>16</sup>

La Convención viene a ser el punto de partida de una nueva orientación a nivel mundial sobre la protección del niño<sup>17</sup> y el ejercicio de sus derechos, al romper con toda la tradición legislativa existente hasta ese momento, basada en el modelo de la Situación Irregular y el control social, e instaura el sistema de la Protección Integral. Según la jurista chilena Irma Bavestrello<sup>18</sup>, la CIDN es el texto más completo en esta materia, al compilar todos los convenios, declaraciones y recomendaciones aprobadas con anterioridad, tanto por la Asamblea de las Naciones Unidas como por otros organismos internacionales o regionales

---

<sup>15</sup> Sólo dos países no han ratificado la CIDN: Estados Unidos y Somalia. Al respecto, existe una muy buena explicación en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, “*Infancia, Ley y Democracia: Una cuestión de justicia*”, Revista Justicia y Derechos del Niño, Número 1 (1999), p. 23. Disponible en su versión online en [http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf](http://www.unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013)

<sup>16</sup> BELOFF, Mary, op. cit. (9), pp. 9-10.

<sup>17</sup> La Convención, en su artículo 1, establece que se entenderá por niño “*todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”.

<sup>18</sup> BAVESTRELLO B., Irma, “*Derecho de Menores*”, Santiago de Chile, Editorial Lexis Nexis, 2ª Edición (2003), p. 32.

(Organización de Estados Americanos, Consejo Europeo, Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado, etc.).

En su preámbulo, la Convención establece las directrices que fundamentan su contenido, reconociendo, en primer lugar, que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, en especial de los niños, por lo que debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir dicha responsabilidad; que el niño debe crecer en el seno de una familia y en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; y que, según lo estableció la Declaración de Derechos del Niño de 1959, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluida la debida protección legal.

Además, con su contenido la Convención insta un panorama inédito para todos los niños y adolescentes, al considerarlos como sujetos de derechos autónomos, sin distinción de ninguna especie; promoviendo su participación en su desarrollo personal y la formación de un juicio propio, pudiendo hacer valer sus opiniones en las decisiones que les afecten; y cambia el antiguo modo de subordinación absoluta en las relaciones paterno filiales, tendiendo a una situación más equilibrada, al establecer derechos y deberes para ambas partes, pero con prevalencia de los deberes o funciones de los padres para con sus hijos, “de obligado ejercicio...[y teniendo]...una finalidad esencialmente tutiva: cuidado, alimentación, educación y formación integral de los menores”.<sup>19</sup>

Y en la base de este nuevo sistema de la Protección Integral de los derechos de la infancia y la adolescencia, como una noción central de aquél, se encuentra el *interés superior del niño*.<sup>20</sup> Consagrado por el **artículo 3 N° 1** de la Convención, la norma funda el carácter de principio rector del interés superior del niño, al disponer que éste será una consideración primordial y deberá atenderse a él en todas las

---

<sup>19</sup> OPAZO GONZÁLEZ, Mario, “*El principio del interés superior del menor en el derecho chileno*”, en Revista Entheos, Universidad de Las Américas, Volumen Único, Año 3 (2005), p. 22.

<sup>20</sup> Es pertinente aclarar que en materia de Derecho de la Infancia, con la CIDN se comienza a hablar de “niños” y no de “menores”. La explicación se encuentra en el hecho que, en el anterior sistema de la Situación Irregular, el término “menor” estaba destinado sólo a aquellos niños y adolescentes que se encontraban en situaciones anómalas (Para una definición de situación irregular, ver cita número 10). En cambio, la CIDN está dirigida a los “niños”, y reconoce la calidad de sujetos de derechos a todos los niños y adolescentes menores de 18 años, sin distinción de ninguna especie, se encuentren en situación irregular o no.

medidas concernientes a los niños que tomen todos los órganos del Estado y las demás instituciones públicas o privadas.

Con ello, se le entrega un nuevo significado al “interés superior del niño”, elevándolo al estatus de norma fundamental y principio general, de carácter ineludible, que rige la aplicación de los derechos enunciados en los demás artículos de la Convención. Así lo reconoce el propio Comité de los Derechos del Niño, órgano supervisor establecido por la Convención, que considera al interés superior del niño como principio “rector-guía” de ella. Para Cillero Bruñol, “...cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el “interés superior del niño” deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención...”.<sup>21</sup>

De esta manera, el concepto del interés superior del niño, al ser recogido por una carta de derechos como lo es la CIDN, no puede seguir siendo entendido como una fórmula de carácter paternalista al modo del antiguo sistema de la situación irregular, que utilizaba al “interés superior del niño” como argumento para justificar la toma de decisiones respecto de la vida de los menores de edad en base a las preferencias, concepciones morales e ideológicas del juzgador o funcionario estatal de turno, sin atender a las verdaderas necesidades e intereses de los niños y adolescentes afectados.

Sin embargo, el gran problema que presenta el **artículo 3 N° 1** de la CIDN, está dado por el hecho que dicha norma sólo se limita a recoger la noción de interés superior del niño y establecerlo como principio, sin dar una definición concreta de aquél ni tampoco determinar su contenido; menos aún fija reglas para precisar los elementos que lo conforman o explica la manera cómo ponerlo en práctica; cuestión que hasta el día de hoy suscita dificultades para su aplicación de forma certera, eficaz y, lo más importante, sin caer en el paternalismo y el actuar discrecional.

---

<sup>21</sup> CILLERO BRUÑOL, Miguel, “*El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*”; Revista Justicia y Derechos del Niño, UNICEF, Volumen N°1, Año 1999, pp. 45-62. Disponible en su versión online en [http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/236/justicia%20y\\_derechos\\_9.pdf](http://www.unicef.cl/archivos_documento/236/justicia%20y_derechos_9.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 28/12/2013).

Por lo mismo, “[l]as normas de la Convención que hacen referencia al interés superior del niño han sido cuestionadas por su vaguedad, lo cual permitiría el ejercicio discrecional del poder estatal.”<sup>22</sup> Al respecto, y siguiendo esta misma línea, Cillero Bruñol señala que existe la creencia generalizada a nivel doctrinario de que el interés superior del niño “es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos...”; y por este motivo, “diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica...”, e incluso, “[e]xisten quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en “el interés superior” se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.”<sup>23</sup>

Esta situación, hace concluir a Freedman que “el interés superior del niño es el "Caballo de Troya" de la Convención al permitir cierto grado de discrecionalidad de las autoridades públicas al interpretar y aplicar sus disposiciones normativas...”, lo que daría pie para “la resurrección, o al menos, cierta supervivencia del paradigma de la "situación irregular"...”<sup>24</sup>

De esta manera, teniendo en cuenta las múltiples críticas y cuestionamientos que su indeterminación suscita, y tomando en consideración que el principio del interés superior del niño se encuentra consagrado de forma expresa en la Convención, motivo por el cual no puede ser desconocido por la comunidad jurídica internacional ni por los distintos ordenamientos y legislaciones nacionales; es necesario otorgarle al principio funciones claras y definir un contenido cierto que conceda seguridad jurídica y permita reducir los márgenes de discrecionalidad de los órganos estatales, para que estén conformes al paradigma de la “protección integral” y los derechos de los niños sean efectivamente garantizados.

---

<sup>22</sup> FREEDMAN, Diego; “*Funciones normativas del interés superior del niño*” (2005), en Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global “Jura Gentium”, Universidad de Florencia, Italia, p. 1; <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm> (Sitio web visitado por última vez el 28/12/2013)

<sup>23</sup> CILLERO BRUÑOL, Miguel, op. cit. (21), p. 46.

<sup>24</sup> FREEDMAN, Diego, op. cit. (22), p. 2.

Como hemos podido constatar, en el transcurso de la historia, la posición y el destino de los niños y adolescentes dentro de la sociedad han estado supeditados a lo que los adultos a su cargo (padres, educadores o autoridades) decidieran respecto de ellos. Dicha realidad ha significado que contra la infancia se hayan cometido innumerables abusos, además de arbitrariedades de toda índole, en muchas ocasiones fundadas en una supuesta búsqueda del “mayor bienestar” para los menores.

Sin embargo, en una larga evolución la comunidad humana y los distintos sistemas jurídicos fueron reconociendo, en primer lugar, que los niños deben recibir protección; posteriormente, que tienen intereses propios que deben ser garantizados; y luego, gracias a un lento proceso desarrollado durante la mayor parte del siglo XX y que culmina con la Convención, reconocer su estatus dentro de la sociedad al consagrar la calidad de sujetos de derechos de los menores de edad.

En medio del curso de los acontecimientos, en los treinta años anteriores a la promulgación de la Convención, surge la noción del “interés superior del niño” que es finalmente instaurada como principio general por el citado instrumento internacional. Por lo tanto, se trata de una figura jurídica moderna, objeto reciente de estudio y análisis para poder definir su contenido y sus funciones de manera general, que aún hoy se encuentran difusas; puesto que, por sus mismas características, este principio es más examinado por la doctrina en razón de un aspecto preciso o específico; o bien, respecto de su aplicación en un caso particular.

Esto es aún más evidente en Chile, debido a que tanto nuestro ordenamiento jurídico como nuestra jurisprudencia, sólo se limitan a enunciar al principio del interés superior del niño, sin ocuparse de precisar su sentido ni su contenido, quedando sujeta las decisiones en los asuntos relevantes que afectan a los menores de edad, al criterio y convicciones personales de los jueces.

## CAPÍTULO SEGUNDO. El interés superior del niño como principio jurídico general, y el problema de ser un concepto jurídico indeterminado.

### I. El interés superior del niño, sus funciones y características principales.

Con la **Convención de Derechos del Niño** se otorga al interés superior del niño la calidad de principio jurídico de carácter general, de acuerdo a lo establecido en el **Artículo 3 N° 1**. Se instituye con éste la máxima *“El interés superior del niño debe ser una consideración primordial”*; mas, como lo indicábamos en la parte final del primer capítulo, la Convención no da ninguna definición acerca de lo que debe entenderse por dicho interés ni explicación alguna sobre cómo debe aplicarse.

Por lo mismo, y como lo manifiesta el profesor Aguilar Cavallo, “[e]l problema es esclarecer lo que debemos entender por interés superior del niño dado que la misma Convención no lo señala. La CDN sí hace referencia al principio en 8 ocasiones, esto es, en el **artículo 3** mencionado, en el **artículo 9.1**, en el **artículo 9.3**, en el **artículo 18**, **artículo 20**, **artículo 21**, **artículo 37**, y en el **artículo 40** de dicho instrumento internacional, pero no explica o define qué se debe entender por interés superior del niño. En este sentido, ha sido rol de la doctrina conceptualizar y establecer los límites y alcances del mismo.”<sup>25</sup>

A raíz de ello, muchos autores han cuestionado su incorporación dentro del articulado de la Convención, sosteniendo que al no establecer un contenido preciso de interés superior del niño, permite que se hagan múltiples interpretaciones de éste y deja la puerta abierta a la discrecionalidad de las autoridades competentes para tomar decisiones respecto de los menores de edad.

No obstante las críticas, del examen de las disposiciones de la Convención que contemplan al interés superior del niño, a nivel doctrinario existen autores que han podido determinar las funciones que el principio estaría llamado a cumplir, además de distinguir ciertas características que lo singularizan.

---

<sup>25</sup>AGUILAR CAVALLO, Gonzalo; *“El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*; Revista Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 6, N° 1, 2008, p. 229.

## 1) Funciones.

En base a una interpretación de lo establecido en la Convención, la noción del interés superior del niño cumpliría dos funciones clásicas del derecho: la de controlar y la de dar o encontrar una solución.<sup>26</sup>

- a) **Función (o criterio) de control.** Estaría definida en el **Artículo 3 N° 1**, que como ya sabemos, dispone que *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”*

En la citada norma, la Convención eleva al interés superior del niño a la categoría de **“principio jurídico”**, por lo tanto - siguiendo a Dworkin -, hace “referencia a la justicia y a la equidad”; y a diferencia de las simples normas que se aplican o no, como principio su tarea es “da[r] razones para decidir en un sentido determinado... [sin] determina[r] las condiciones de su aplicación..., [es] el contenido material del principio (su peso específico) [...] el que determina cuándo se debe aplicar en una situación determinada.”<sup>27</sup>

Además, al tener la calidad de principio, el interés superior del niño pasa a informar de tal manera a las normas vinculadas consigo, que lo dispuesto por ellas puede ser desatendido por el juez cuándo considere que se viola en un caso específico, debido a que “su cumplimiento es una exigencia de la justicia”.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> ZERMATTEN, Jean, *“El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico”*; Año 2003, Institut International des Droits de L'enfant, p.11; con su versión en español en [http://www.childsrights.org/html/documents/vr/2003-3\\_es.pdf](http://www.childsrights.org/html/documents/vr/2003-3_es.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013).

<sup>27</sup> DWORKIN, Ronald, *“Los derechos en serio”*, (1977, trad. cast. Barcelona, 1984, 7ª reimp. 2009), p. 9.

<sup>28</sup> CILLERO BRUÑOL, Miguel, op. cit. (21), p. 53.

Por lo tanto, como criterio de control, el interés superior del niño lo que hace es “velar por que el ejercicio de derechos y obligaciones respecto de los niños sea correctamente efectuado.”<sup>29</sup> En virtud de ello, tomando como base teórica los postulados del jurista italiano Luigi Ferrajoli, algunos autores (Freedman<sup>30</sup>, Cillero Bruñol) estiman que la disposición del **Artículo 3º** de la Convención establece un **“principio jurídico garantista”**, al imponer una obligación a las autoridades de los distintos órganos del Estado y a las instituciones públicas y privadas, de tener al interés superior del niño como una “consideración primordial” al momento de ejercer sus atribuciones en relación a los niños y adolescentes. Esto significa que se impone un deber – principalmente al Estado – de “...examinar, en todas las decisiones que se administren relativas al niño, si el interés superior del niño está garantizado...”,<sup>31</sup> cuyo propósito es “asegurar efectividad a los derechos subjetivos”.<sup>32</sup>

En este caso, la Convención con el principio del interés superior del niño buscaría lograr dos objetivos: por un lado, establecer un instrumento jurídico para garantizar los derechos reconocidos a los menores de edad; y por otro, instituirlo como una orientación y limitación del actuar de las autoridades.

**b) Función (o criterio) de solución.** En este caso, el interés superior del niño sirve de ayuda a las personas que deben tomar decisiones respecto de los menores de edad. Esta función estaría presente en los otros artículos de la Convención que contemplan al interés superior del niño, operando como “pauta interpretativa para solucionar conflictos entre los derechos de los niños”.<sup>33</sup> Por consiguiente, permitiría “arbitrar” conflictos jurídicos de derecho, cuando la misma Convención dispone que un derecho del niño verá limitado su alcance en razón de dar prevalencia al interés superior del niño; lo que significa, que se restringe un derecho con la finalidad de garantizar uno o más derechos de carácter superior o de mayor importancia.

---

<sup>29</sup> ZERMATTEN, Jean, op. cit. (26), p. 11.

<sup>30</sup> FREEDMAN, Diego; op. cit. (22), p. 2.

<sup>31</sup> ZERMATTEN, Jean, op. cit. (26), p. 6.

<sup>32</sup> CILLERO BRUÑOL, Miguel, op. cit. (21), p. 54.

<sup>33</sup> FREEDMAN, Diego, op. cit. (22), p. 4.

Un ejemplo claro de lo que hemos señalado, se encuentra en el **Artículo 9 N° 1** de la Convención, norma que consagra el derecho del niño a no ser separado de sus padres “...*excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño...*”. Y a reglón seguido, la disposición señala un par de casos en los que se configurará dicha excepción en beneficio del niño; a saber: cuando el niño sea objeto de maltrato o descuido de sus padres, o bien, cuando los padres vivan separados y deba decidirse el lugar de residencia del niño. Como se puede ver en los supuestos contemplados en este artículo, el derecho del niño a vivir con sus padres cede frente al derecho del niño a su mayor bienestar físico y psíquico.

Ahora bien, respecto del carácter hermenéutico que asumiría el principio del interés superior del niño, en la doctrina existen distintas opiniones. Para Cillero Bruñol, tanto en su consagración del **artículo 3°** como en las demás normas de la Convención que tienen incorporado al interés superior del niño, el principio permitiría una **interpretación “sistemática”** de sus disposiciones y de los derechos de la infancia/adolescencia, “ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño”; y por el hecho que durante este período “la interdependencia de los derechos se hace más evidente que en otras etapas de la vida”.<sup>34</sup> De este modo, se reconoce la naturaleza integral de los derechos del niño y su pertenencia a un sistema jurídico circunscrito, como lo es el de la Infancia. Además, al presentarse una eventual colisión de los derechos consagrados en la Convención o una incompatibilidad en su aplicación, la interpretación sistemática permitiría resolver el conflicto y conciliar de la mejor forma los derechos, fundamentándose en el interés superior del niño.

Al respecto, el jurista argentino Diego Freedman tiene una opinión discrepante y crítica de lo postulado por Cillero. Para Freedman, no sería correcto afirmar que la consideración del interés superior del niño consagraría un criterio sistemático de interpretación de las normas de la Convención y del derecho de la infancia/adolescencia en su conjunto, debido a que “todo orden normativo se interpreta sistemáticamente en aras de una consideración y aplicación racional de sus preceptos...”;<sup>35</sup> y en

<sup>34</sup> CILLERO BRUÑOL, Miguel, op. cit. (21), p. 57.

<sup>35</sup> FREEDMAN, Diego, op. cit. (22), p. 4.

consecuencia, si el principio del interés superior del niño operara de dicha forma sería superfluo, puesto que, según su parecer “...de lo contrario nos opondríamos a presupuestos básicos de la teoría general del derecho.”<sup>36</sup> Por dicho motivo, Freedman considera que en aquellos casos dónde la Convención dispone que un determinado derecho ceda frente al interés superior del niño, lo que opera es un **criterio de interpretación jerárquico**, y en consecuencia, “...se relativizan ciertos derechos en aras de garantizar los derechos que se consideran superiores dentro del sistema normativo...”.<sup>37</sup> Esto significa que el interés superior del niño, al actuar como pauta interpretativa, permite solucionar conflictos entre los derechos instaurados en la Convención, dándose “privilegio a determinados derechos que la propia Convención entiende como superiores...”.<sup>38</sup> Estos derechos de mayor jerarquía, son aquéllos que están reconocidos en la Convención sin ser limitados,<sup>39</sup> correspondiendo a los derechos fundamentales y de mayor importancia, que para Freedman constituyen el **“núcleo duro”** de derechos del niño, los cuáles “deben prevalecer siempre frente a los intereses colectivos y los derechos de terceros”.<sup>40</sup> Con su propuesta, Freedman estima que se logra evitar la limitación discrecional de los derechos del niño por parte de las autoridades, al tener que ser justificada sólo en razón del resguardo de uno de los derechos fundamentales comprendidos en este “núcleo duro”.

Por último, si bien no lo plantea en referencia específica a la regulación del interés superior del niño en la sola Convención, sino que al tratar la institución a nivel general; el jurista español Francisco Rivero Hernández postula que las normas que ordenan atender al interés superior del menor “...debe[n] ser considerada[s] e interpretada[s] finalísticamente, por su juego y función ante los conflictos...”, tomando en consideración “la finalidad especialmente protectora de las normas relativas al interés del menor y a la propia realidad personal de éste”.<sup>41</sup> Y dicha situación se hace aún más evidente cuando debe tomarse

---

<sup>36</sup> FREEDMAN, Diego, op. cit. (22), p. 4.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> Se trata de los derechos consagrados en los artículos 6 incisos 1° y 2° (vida), 7 inciso 1° y 8 inciso 1° (identidad y nacionalidad), 14 inciso 1° (libertad de pensamiento), 24 inciso 1° (salud), 27 inciso 1° (nivel de vida adecuado), 28 inciso 1° (educación), 31 inciso 1° (actividades propias de su edad), 40 incisos 1° y 2° (garantías penales y procesales penales).

<sup>40</sup> FREEDMAN, Diego, op. cit. (22), p. 3.

<sup>41</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “*El interés del menor*” (Madrid, 2007), Editorial Dykinson, p.138.

una decisión “en interés del menor” frente a un conflicto de intereses, dónde – según Rivero Hernández – debe contemplarse los derechos del menor con una “valoración e interpretación teleológica...”.<sup>42</sup>

Para concluir este punto, debemos decir que las tres opiniones que hemos citado respecto de esta función hermenéutica que cumpliría el interés superior del niño las estimamos igualmente válidas; puesto que - siguiendo al profesor Agustín Squella en esta materia -, al momento de interpretar, los distintos métodos o “elementos de interpretación de la ley no deben ser vistos como si se tratara de caminos alternativos o excluyentes de que dispone el intérprete a fin de acordar sentido y alcance al derecho...”,<sup>43</sup> sino que debemos considerarlos como complementarios y con una misma finalidad, ya indicada; a saber: establecer el o los posibles sentidos y alcances de una ley.

Lo anteriormente dicho, en cuánto a que debemos entender estas tres visiones del interés superior del niño en su dimensión hermenéutica como métodos complementarios disponibles, legítimos y apropiados para resolver conflictos entre distintos derechos e intereses relacionados con los menores de edad; cobra mayor relevancia si atendemos a la complejidad y amplitud que caracterizan al principio - en especial cuando debe obrar como criterio para la resolución de problemas -, el cuál está constituido por elementos jurídicos como también por antecedentes de carácter metajurídico (realidad social) y no racionales (sentimientos, convicciones, prejuicios, opiniones) que son fundamentales y que deben ser siempre contemplados al adoptar una decisión al respecto, si se pretende como objetivo último en la aplicación de los derechos consagrados (además de la solución jurídica que se dé a una cuestión particular), el que dicha solución tenga rasgos de justicia y humanidad. Y por dicha razón, es indispensable tener a la mano todas aquellas herramientas que nos permitan encontrar el sentido más completo posible del principio del interés superior del niño.

## 2) Características.

Como ya lo expresábamos anteriormente, sin perjuicio de las críticas hechas por gran parte de la doctrina a la amplitud y vaguedad de la consagración del interés superior del niño como principio en la

---

<sup>42</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit. (41), p. 139.

<sup>43</sup> SQUELLA NARDUCCI, Agustín, “*Introducción al Derecho*” (Santiago de Chile, 2000), Editorial Jurídica de Chile, p. 411.

Convención de los Derechos del Niño, algunos autores han podido reconocer ciertas propiedades que sobresalen y serían constitutivas de éste como institución jurídica; además de explicar, y en cierta medida justificar, esta misma ambigüedad tan reprobada.

Las que consideramos más importantes para los efectos de nuestra investigación, son las siguientes; a saber:

**a) El interés superior del niño es un concepto relativo.**

Para Rivero Hernández<sup>44</sup>, la idea de interés superior del niño no es absoluta, sino que “el propio significado y contenido del concepto depende de múltiples otros parámetros”,<sup>45</sup> referidos tanto al menor involucrado como a quién debe apreciar y decidir según dicho interés superior. El jurista español habla de la existencia de “coordenadas múltiples”, partiendo por las jurídicas y siguiendo con otras de índole social, afectivo, intelectual y axiológico. Asimismo, junto con la complejidad de la persona del niño en sus variadas facetas, debe considerarse que sustentando la noción del interés superior siempre habrá una concepción definida de cuestiones tales como su papel en la familia y en la sociedad, o de cómo entender y abordar su educación, entre otras; ideas todas susceptibles de cambiar a medida que evoluciona la personalidad del menor.

Además, indica que la idea de lo que debe entenderse por interés superior del niño depende del papel que se le asigne al niño dentro de la sociedad; y esta idea variará “según la evolución de la vida social y sus valores preponderantes en un sistema de organización social y jurídica determinada, y según el lugar, el tiempo, las tradiciones y las costumbres...”.<sup>46</sup> Por consiguiente, concluye que la noción de interés superior del niño dependerá de las diferencias culturales, y así, existirá una distinta valoración de dicho interés en nuestro mundo y realidad occidental que aquella que podrá haber en el extremo Oriente o en África; e incluso, dentro de cada uno de estas realidades, existirán visiones discrepantes según los individuos o grupos sociales dónde se aplique el principio.

---

<sup>44</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit. (41), pp. 146 – 149.

<sup>45</sup> *Ibíd.*

<sup>46</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op., p. 147.

Una opinión parecida postula Jean Zermatten,<sup>47</sup> para quién el interés superior del niño sería relativo tanto en el *tiempo*, debido a que “es dependiente de conocimientos científicos sobre la infancia y [de] la preeminencia de una teoría dada en un momento determinado”;<sup>48</sup> como también en el *espacio*, “ya que este criterio debería tomar en cuenta las normas válidas en un país dado o en una región dada”.<sup>49</sup> Junto con ello, considera que se trata de una noción *evolutiva*, que va modificándose de acuerdo al desarrollo del conocimiento y a los avances de la ciencia en general, e igualmente, de la doctrina jurídica y la jurisprudencia.

**b) El interés superior del niño es subjetivo a un doble nivel.**

Junto con la característica de relatividad a la que hicimos mención, un segundo aspecto que es necesario reconocer de la noción del interés superior del niño es su naturaleza subjetiva.

Coincidiendo en este punto con Zermatten, podemos indicar que el interés superior del niño presenta una subjetividad de *“doble nivel”*. Esto porque, según concluye el jurista suizo, existe primero una *“subjetividad colectiva”*, correspondiente a la de una sociedad determinada, en un momento determinado de su historia. Al hablar de subjetividad, nos referimos a “aquella trama de percepciones, aspiraciones, memorias, saberes y sentimientos que nos impulsa y nos da una orientación para actuar en el mundo”;<sup>50</sup> es decir, una cosmovisión compartida por un grupo de personas, que en este caso se aplica a la noción de interés superior del niño que dicha comunidad tenga y los distintos ámbitos relacionados con los menores de edad: forma de crianza, tipo de educación, cultura religiosa, etcétera.

Sumado a lo anterior, el interés superior del niño también está fuertemente marcado por una *“subjetividad personal”*, la que a su vez, se manifiesta en tres niveles. El primer nivel corresponde a la *subjetividad del propio niño*, del menor respecto del cuál debe establecerse su superior interés, y por

<sup>47</sup> ZERMATTEN, Jean, op. cit. (26), p. 11.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>50</sup> GÜELL, Pedro E., *“Subjetividad social y Desarrollo Humano: desafíos para el nuevo siglo”* (Barcelona, 1998), p. 1, versión digital en <http://www.desarrollohumano.cl/extencion/barcelona1.pdf> (Sitio web visitado por última vez el 28/12/2013).

lo mismo, es indispensable tomar en consideración su situación personal, sus deseos, temores y predilecciones.

En segundo lugar, tenemos la **subjetividad de los padres**, quiénes tienen por su parte una visión propia y singular del interés superior del niño que, dependiendo del caso, llevan a la práctica, o bien, pretenden validar.

Por último, está la **subjetividad del juez o autoridad administrativa** que esté facultada para tomar decisiones relacionadas con los menores de edad; y que, como sabemos, tiene la suficiente fuerza para – si no se establecen los límites adecuados –, caer en la discrecionalidad y dar lugar a la comisión de abusos y arbitrariedades en nombre de lo que entienden por el interés superior.

c) **El interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado.**

Prácticamente toda la doctrina está conteste en considerar al interés superior del niño como un concepto jurídico indeterminado. Como sabemos, esto significa que se trata de un **estándar jurídico**, de contenido o **textura abierta**,<sup>51</sup> esto es, con ciertas áreas de conducta que deben ser precisadas o desarrolladas en la práctica por los tribunales o por los funcionarios de los órganos del Estado que deban hallar una solución entre los distintos intereses en conflicto o deban tomar una decisión que afecte los derechos e intereses de los niños.

Para una mayor claridad, podemos decir que los conceptos jurídicos indeterminados, “son criterios de valor que, por su imprecisión, han de ser perfilados al momento de aplicarlos, según los criterios de la experiencia común”.<sup>52</sup> Esta imprecisión está dada por el hecho de tratarse de conceptos que se refieren a realidades complejas, que abarcan un sinnúmero de hipótesis de naturaleza diversa, siendo imposible determinarlas caso a caso ni tampoco establecer a priori la forma de proceder en cada una de ellas. Esto

<sup>51</sup> Siguiendo en esta materia lo señalado por HART, Herbert, en “*El concepto de Derecho*” (1961, trad. cast. Buenos Aires, 1963), Abeledo-Perrot S.A. E.e I., pp. 159 – 169.

<sup>52</sup> ORTEGA GUERRERO, Irene, “*El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea*”; en Revista de Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Volumen 2, N° 3, p. 89. (Versión digital descargada desde [http://www.masterforense.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=72&Itemid=161](http://www.masterforense.com/index.php?option=com_content&view=article&id=72&Itemid=161) (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013).

es evidente en el Derecho de Familia en general, que posee un amplio contenido, en buena parte de índole social; además de componentes de tipo jurídico, metajurídico e incluso, axiológico.

Respecto de la estructura de los conceptos jurídicos indeterminados, siguiendo en esto a la doctrina española,<sup>53</sup> tenemos que se compondría de tres “zonas”: en primer lugar, un **núcleo fijo** (*Begriffskern* para la doctrina alemana) o “**zona de certeza**”, configurado por datos previos y seguros; luego, una “**zona intermedia o de incertidumbre**”, más o menos precisa, también denominada “*halo del concepto*” (*Begriffshof* en alemán); y por último, una “**zona de certeza negativa**”, asimismo segura en cuanto a excluir o dejar fuera el concepto.

La fórmula del concepto jurídico indeterminado lo que hace es “ofrece[r] un criterio para valorar y tomar decisiones conforme al mismo, de modo que, aplicándolo a una determinada situación, se llegue a una solución que excluya otras posibles”.<sup>54</sup> Y la utilización de esta técnica se impondría a quién debe interpretar, definir y aplicar el principio del interés superior del niño a través de las dos funciones que hemos señalado con anterioridad; a saber: primero actuando como una consideración primordial al momento de adoptar una medida concerniente a un menor de edad; y luego, como criterio hermenéutico para determinar el sentido y alcance de las normas relativas a los niños, además de regla de resolución de conflictos entre derechos.

Ahora bien, el uso de esta forma jurídica tiene aparejados aspectos positivos y negativos. En cuanto a sus ventajas, lo más relevante se refiere a “las más amplias y mejores posibilidades de adaptación”<sup>55</sup> al problema o caso particular que se pretende resolver ofrecidas por una mención genérica, “que no constriñe al encargado de aplicar la norma a hacerlo con sometimiento a la estrechez de unos parámetros predeterminados, permitiéndole una flexibilidad adecuada a las concretas circunstancias que se deben valorar.”<sup>56</sup> Esta misma cualidad de ser flexible y de poder adaptarse, hacen que el interés

<sup>53</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás R., “Curso de Derecho Administrativo” (11ª Ed., 2002), p. 462.

<sup>54</sup> ORTEGA GUERRERO, Irene, op. cit. (52), p. 89.

<sup>55</sup> CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, “El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar” (2006), p. 8, en <http://www.monografias.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar.shtml> (Sitio web visitado por última vez el 28/12/2013).

<sup>56</sup> *Ibidem*.

superior del niño como concepto jurídico indeterminado sea útil para su aplicación en cada caso concreto, cada uno con sus especiales circunstancias y particularidades.

En contraposición, la indeterminación suscita el inconveniente de hacer que “las conclusiones a las que se llega mediante su aplicación dependen de las convenciones aceptadas socialmente...”,<sup>57</sup> y su definición queda sujeta al criterio y perspectiva personal del intérprete, “lo que en definitiva se traduce en una palpable inseguridad jurídica manifestada en la disparidad de soluciones (vgr. decisiones jurisprudenciales) que respecto de un mismo caso se pueden llegar a ofrecer...”;<sup>58</sup> cuestión que puede volverse contraproducente en lo relativo al interés superior del niño, debido a que se podría privilegiar el interés del Estado o de la familia en detrimento del bienestar del niño, dejando sin garantía los derechos instituidos en su favor.

Por dicho motivo, las críticas en contra de la consagración del principio del interés superior del niño como concepto jurídico indeterminado son muchas y muy variadas; su carácter polisémico frente a la discrecionalidad de los individuos llamados a aplicarlo, hace que sea razonablemente necesario el establecimiento de unos criterios mínimos de determinación del interés del niño, para reducir la incertidumbre jurídica en esta materia.

Para ello, creemos que es importante considerar la propia estructura del concepto jurídico indeterminado, a la que hicimos alusión con anterioridad. De esta manera, en el caso del interés superior del niño, al momento de resolver un asunto particular respecto de un menor de edad, a nuestro entender la configuración sería la siguiente:

- ***El núcleo fijo o “zona de certeza”*** estaría conformado por los derechos consagrados en beneficio del niño.
- ***La “zona de certeza negativa”***, estaría constituida por los intereses de los padres, de la familia, de otros terceros o del Estado, en su caso.

---

<sup>57</sup> ORTEGA GUERRERO, Irene, op. cit. (52), p. 89.

<sup>58</sup> CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina, op. cit. (55), p. 8.

- **La zona intermedia**, se encontraría la elección que se debe realizar en interés del menor, y es dónde “tiene que concentrarse el juicio de valor referido a los hechos y circunstancias concretas del proceso.”<sup>59</sup>

A continuación, pasaremos a analizar las técnicas legislativas que se han utilizado para la regulación y determinación del interés superior en los distintos ordenamientos jurídicos, además de algunas metodologías propuestas por la doctrina.

## **II. Técnicas legislativas y métodos de determinación del interés superior del niño.**

Como ya adelantábamos, en el orden normativo se conciben dos técnicas legislativas distintas para regular y establecer al interés superior del niño como prevalente en las relaciones jurídicas: por un lado, aquél sistema que apela a la introducción de cláusulas generales; y por otro, aquél sistema “que opta por la concreción de hechos, situaciones o valoraciones que el legislador considera que redundan en interés del menor”.<sup>60</sup>

Un dato interesante de ambos, está dado por el hecho de estar cada técnica identificada con uno de los grandes tipos de órdenes normativos existentes a nivel occidental. Así, tenemos que el continental se caracteriza por utilizar cláusulas generales para tratar el interés superior del niño, como sucede en naciones como España, Francia, Italia, Noruega y la mayor parte de los países latinoamericanos. Por su parte, en los ordenamientos jurídicos anglosajones, se practica “el establecimiento de una serie de criterios normativos que tratan de compensar la indeterminación del principio.”<sup>61</sup> A continuación, haremos un análisis de cada técnica.

---

<sup>59</sup> CLAVIJO SUNTURA, Harry, “El interés del menor como concepto jurídico indeterminado y las técnicas de su determinación en situaciones de crisis familiares” (2001), p. 6, en [http://www.porticolegal.com/pa\\_articulo.php?ref=306](http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=306) (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013).

<sup>60</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit. (41), p. 102.

<sup>61</sup> ORTEGA GUERRERO, Irene, op.cit. (52), p. 89.

### 1) Técnica de la cláusula general.

Consiste en establecer una mención genérica del interés superior del niño, cuándo la realidad jurídica a la que se refiere no admite una determinación más precisa del supuesto de hecho de la norma. De esta manera, se traslada a cada caso específico la determinación *in concreto* del interés del menor. Esta forma de proceder, según Rivero Hernández<sup>62</sup>, implica que la aplicación de las normas respectivas exigirá una doble labor: por un lado, precisar el significado y contenido del interés superior del niño; y por otro, comprobar en qué situación y circunstancias concretas de las posibles se da el valor que ha pretendido captar la norma, esto es, lo que más conviene a un niño determinado. Además, los datos, accidentes y particularidades del caso concreto cobran importancia, ya que serán éstos los que permitirán encontrar la solución dentro de la “zona de incertidumbre” del concepto jurídico indeterminado.

La principal ventaja del uso de una cláusula general en materia del interés superior del niño, radica en su propia **generalidad**, ya que permite una mención simple y sencilla del concepto jurídico, remitiendo su determinación a la persona llamada a aplicar la norma en una situación puntual. Esto le confiere a la norma una gran adaptabilidad, adecuándose a cada caso concreto, posibilitando una amplia valoración judicial en su aplicación, y otorgándole una validez extendida en el tiempo, sin necesidad de actualización posterior.

Respecto de sus desventajas, tenemos que al deferirse la tarea de determinar el concepto del interés superior del niño al juez o a la administración, dicha labor queda a merced del arbitrio de quien haya de aplicar la norma, “... a sus consideraciones valorativas y opinión personal...”,<sup>63</sup> y por lo tanto, pesan de sobremanera sus propias ideas y creencias, lo que provoca inseguridad jurídica y confiere a la decisión última que se adopte un cariz de imprevisibilidad. Además, se corre el riesgo de que mediante la imposición de las medidas adoptadas por la autoridad, se desconozcan “los intereses y puntos de vista de los protagonistas del conflicto, lo cual dificulta el ulterior cumplimiento de las decisiones...”.<sup>64</sup>

En otras palabras, sucederá que “los criterios, valores y objetivos que se aducen para elegir las

---

<sup>62</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit. (41), p. 102.

<sup>63</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit. (41), p. 103.

<sup>64</sup> ORTEGA GUERRERO, Irene, op.cit. (52), p. 90.

circunstancias concretas que más conviene al menor”, no serán sino “criterios y valores personales de quien invoca dicho interés...”,<sup>65</sup> sumado al inconveniente de caer en estereotipos sociales, que van dejando en segundo plano las verdaderas necesidades de los niños y adolescentes, junto con la mejor forma de satisfacerlas.

En este sentido, finalmente será la práctica judicial (o administrativa, en su caso), la que irá definiendo, en mayor o menor medida, los criterios por los que se regirán los jueces o funcionarios al momento de determinar el interés superior del niño, y de tomar sus decisiones en razón de éste.

Por lo mismo, Clavijo Suntura<sup>66</sup> estima que la técnica de la cláusula general guarda una estrecha relación con la casuística, que permitiría “adaptar el pronunciamiento judicial a las peculiaridades del caso”. Respecto de nuestro tema, al establecerse una cláusula general relativa al interés superior del niño, sería necesario hacer una aproximación casuística, debido a que hay que realizar una determinación individual o particular de éste.

## 2) **Técnica de establecimiento de criterios normativos preestablecidos.**

Esta técnica se presenta “como una reacción frente a la inconcreción de las normas abiertas y cláusulas generales y a los riesgos de inseguridad e injusticia que crea el arbitrio judicial que aquella determinación exige.”<sup>67</sup> Lo que hace es describir una serie de criterios que deben ser considerados para la determinación del interés superior, dentro de los cuáles cobran relevancia los deseos, necesidades y predilecciones del menor del niño; cuya finalidad consiste en servir de guía al juez o autoridad competente para tomar decisiones relacionadas con los menores de edad.

De esta manera, al establecerse un catálogo de criterios indicativos para la búsqueda del interés del niño, si bien su interpretación y posterior aplicación queda entregada a los tribunales de justicia, el

---

<sup>65</sup> MARTÍN HERNÁNDEZ, Javier, “*La intervención ante el maltrato infantil, una revisión del sistema de protección*”, cit. por CLAVIJO SUNTURA, Harry, op. cit. (35), p. 8.

<sup>66</sup> CLAVIJO SUNTURA, Harry, op. cit. (35), pp. 9 – 10.

<sup>67</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit. (41), p. 60.

campo de actuación de los jueces es mucho más restringido que cómo sucede en el sistema de cláusula general.

Como lo habíamos señalado, la técnica de los criterios normativos es utilizada por los ordenamientos jurídicos anglosajones, dónde pareciera otorgarse una mayor importancia y concreción al interés superior del niño. Los casos más paradigmáticos los encontramos en el Derecho Británico y en el de la mayoría de los Estados Unidos, que tanto en su legislación como en su jurisprudencia manejan criterios explícitos y precisiones sobre el *child's best interest*.

De la revisión de sus leyes más modernas en materia de Derecho de Familia – entre las cuáles encontramos, por ejemplo, la ***Children Act de 1989***<sup>68</sup> vigente en Inglaterra y Gales; y la ***Uniform Marriage and Divorce Act***<sup>69</sup> de Estados Unidos –, junto con el aporte hecho por los estudios doctrinarios al respecto, podemos citar como criterios comunes presentes en este tipo de sistemas de regulación del interés superior del niño, los siguientes; a saber:

- La satisfacción de las necesidades materiales básicas, como también de las espirituales, del niño.
- Los deseos y sentimientos del niño, de acuerdo a su edad y madurez.
- El mantenimiento, si es posible, del status quo material y afectivo del menor. De no ser así, efectos probables de un cambio en su situación.
- Edad, sexo, personalidad del menor.
- Daños sufridos por el menor, o en su defecto, riesgo de sufrir alguno.
- Situación familiar, relación del niño con los padres y otros miembros de la familia.

---

<sup>68</sup> La Children Act de 1989 recoge el antiguo *welfare principle* (que podemos equiparar con el interés superior del niño), estableciendo en su artículo (*section*) 1 que “*the child's welfare shall be the court's paramount consideration*”; esto es, que el interés (bienestar) superior del niño debe ser una consideración primordial para los tribunales en sus decisiones relativas a los menores de edad. Debido a las evidentes dificultades de concretar en la práctica esta obligación, la comisión legisladora dispuso una lista de criterios para orientar la labor judicial, y que en la actualidad también se han hecho extensivos a los propios padres para la elaboración de sus acuerdos, como a los abogados para el asesoramiento de sus clientes. Dicha lista se encuentra en la *section* 1(3), y se puede revisar íntegramente en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

<sup>69</sup> Se trata de una *Statutory Law* a la que han adherido aproximadamente la mitad de los Estados de USA, y que establece que en materia de custodia y de relaciones personales entre padres e hijos, las decisiones se basarán en el *best interests of the child*. En su *Section* 402 se especifican cuáles deben ser los factores relevantes para la determinación del *best interests of the child*. Está disponible para su revisión en <http://www.uniformdivorce.com/UMDA.pdf> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

- Situación personal y capacidad de los padres para satisfacer las necesidades materiales y espirituales del niño.

Como podemos ver, la regla general está en poner énfasis sobre el interés material y espiritual del menor, dando un papel destacado a las necesidades y deseos de éste. En conjunto, cada catálogo se elabora según parámetros sociales basados en los conocimientos científicos que se tienen acerca de la mejor forma de satisfacer las necesidades infantiles, además de no pocos estereotipos sociales relacionados con materias de familia.

Por este motivo, la técnica de los criterios normativos a pesar de tratarse de un avance en la determinación del interés superior del niño con relación al método de la cláusula general, al utilizar parámetros de aproximación preconcebidos y sustentados en tópicos sociales; adolece también de su mismo defecto, que consiste en el peligro de quedar a merced de la subjetividad y creencias individuales de los jueces o funcionarios del Estado llamados a interpretarlos y aplicarlos en un caso determinado.

### 3) **Métodos doctrinarios para la determinación del interés superior del niño.**

Junto con estas dos técnicas legislativas, en la doctrina han surgido nuevos planteamientos metodológicos para lograr una mejor definición del interés superior del niño. Por un lado, tenemos los métodos planteados por el jurista sudafricano, especializado en Derecho de Familia, John Eekelaar; por otro, la utilización del método tópico de Viehweg.

#### a) **Los métodos de John Eekelaar.**

En su trabajo en materia de Derecho de Familia, al tratar el tema de la indeterminación del interés superior del niño, Eekelaar plantea dos métodos para poder concretarlo en la práctica, al momento de tomar decisiones fundadas en dicho principio. Éstos son el *método de objetivización* y el *método del dynamic self determinism*.

El *método de objetivización* consiste en introducir de forma anticipada opiniones que incorporen condiciones y circunstancias que deban ser consideradas al momento de tomar una decisión relativa a

los menores de edad. Dichas opiniones toman como punto de partida criterios generales vinculados con el interés superior del niño, que estén presentes en la sociedad; es decir, significa que “quién adopta las decisiones se inspira en criterios y convicciones sobre las circunstancias que se consideran óptimas para el desarrollo del niño”.<sup>70</sup> Así considerado, lo que se hace con el interés superior del niño es vincularlo a priori y de manera implícita con ciertas consecuencias que se cree que ocurrirán en un supuesto determinado, siguiendo un análisis objetivo de las circunstancias.

Sin embargo, este método presenta dos dificultades: por un lado, la “*objetivización*” del interés superior del niño y su concreción en la práctica quedan sujetas a la voluntad del intérprete; y por otro, los eventuales criterios objetivos que se pudieran llegar a establecer, pueden resultar desaconsejables y de poca utilidad en muchos casos.

Como respuesta a los problemas y deficiencias del método de la objetivización, Eekelaar propone como alternativa el *método del “dynamic self determinism”*, que consiste en darle la oportunidad al propio menor, de influir en los resultados de las decisiones que se adopten sobre su persona. Eekelaar señala que se trata de un proceso “dinámico”, tomando en cuenta que el mejor camino para el desarrollo de un menor no siempre puede planearse al momento de adoptar una decisión, y debe ser revisado a medida que éste va creciendo.

Por lo mismo, para el autor no existiría un menor, sino que “menores”, dado lo poco que se parece “un niño de seis meses al de seis y al de dieciséis años, y no sólo en sentido biológico o psíquico, si no en el de su interés a la hora de determinar con quien va a convivir o el régimen de las relaciones con el otro progenitor, o el tipo de educación que le convenga...”.<sup>71</sup> Por dicho motivo, toda decisión adoptada tiene relevancia y aplicación temporal, siendo revisada y actualizada a medida que el niño crece y cambia, como cambian también sus intereses.

En razón de este dinamismo en la evolución del niño, es que se hace indispensable su participación en la determinación de su propio interés y en la actualización de las decisiones que le afecten. Esta participación del menor será gradual, según vaya evolucionando con la edad, vayan aumentando sus

<sup>70</sup> EEKELAAR, John, “*The interest of the Child and the Child’s wishes: the role of the dynamic self-determinism*”, International Journal of Law and the Family (Abril, 1994(8)), p. 47. Citado en PLÁCIDO V., Álex, “*El interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional*”, en Cuadernos Jurisprudenciales, N°62 (Agosto 2006, Lima), p. 30.

<sup>71</sup> EEKELAAR, John, op. cit (70), p. 45.

aptitudes y autonomía, además de sus necesidades de autoafirmación. Con ello, se podría tener certeza respecto de que toda decisión que se tome coincidirá con el interés superior del niño.

En vista de lo anterior, podemos indicar que este método se encuentra ligado al modelo instaurado por la Convención de Derechos del Niño, que consagra a los menores de edad como sujetos de derecho autónomos, estableciendo un catálogo de derechos y garantías en su beneficio.

**b) El método tópico de Viehweg.**

Otro estilo o técnica que la doctrina ha señalado como útil para la determinación del interés superior del niño, es la metodología del “*pensamiento tópico*” o “*pensamiento problemático*” propuesta por el filósofo del Derecho alemán Theodor Viehweg.

Como muy bien lo aclara Squella,<sup>72</sup> si bien Viehweg trata del pensamiento tópico en la jurisprudencia, entiende a esta última como la ciencia del derecho y no como el resultado de la actividad que realizan los jueces en el ejercicio de sus funciones. Aún así, el tipo de pensamiento que describe el jurista alemán constituye una técnica que puede ser aplicable en la tarea que cumplen los jueces cuando deben conocer y resolver casos concretos.

El término “tópico” deriva del vocablo griego *topoi*, que según Aristóteles son “puntos de vista utilizables y aceptables universalmente que se emplean a favor y en contra de lo opinable y que parecen conducir a la verdad”.<sup>73</sup> Tomando esto como punto de partida, la tópica para Viehweg viene a ser la técnica de pensamiento orientada hacia el problema, en el sentido de que se pretende que las conclusiones giren alrededor del problema, y mediante ciertas indicaciones procura suministrar datos para saber cómo comportarse en una situación similar.

Para Viehweg, un problema es “toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución.”<sup>74</sup> Siguiendo

---

<sup>72</sup> SQUELLA NARDUCCI, Agustín, op. cit. (43), p. 441.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 442.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 442.

esta definición, claramente podemos encuadrar la determinación del interés superior del niño dentro de sus márgenes, al ser un concepto especialmente problemático.

Con la tónica, la resolución de los problemas singulares parte de directrices y guías que, por regla general, no constituyen principios lógicos, sino que más bien se trata de lugares comunes, de un valor relativo y que han sido revelados por la experiencia. Por lo tanto, la finalidad del *pensamiento tónico o problemático* es alcanzar un catálogo de tónicos, esto es, una colección de argumentos usualmente admitidos que faciliten la respuesta que es preciso dar a los problemas.<sup>75</sup>

En el caso de la determinación del interés superior del niño, sin ninguna duda que el establecimiento de un catálogo de tónicos sería de mucha ayuda, actuando como criterios auxiliares de orientación e hilos conductores del pensamiento para la resolución de los problemas (casos particulares) derivados de este principio.

Rivero Hernández es consciente de ello, y tomando la tónica de Viehweg, señala que para resolver estos problemas, debe tenerse claro que en todo lo que afecta a los menores de edad, la directriz principal es su superior interés. Por tanto, la aplicación del principio del interés superior del niño requiere “una interpretación sociológica y finalista de las normas e instituciones implicadas en ese principio, bajo el tónico que el menor, no es ya un mero elemento subjetivo (de la patria potestad, la tutela por ejemplo) sino el centro de gravedad de la institución correspondiente, el protagonista principal, el destinatario esencial de la norma y de la institución, como persona que proteger y cuyo interés es el más valioso y especialmente protegido.”<sup>76</sup>

La técnica de la tónica nos ayudará a encontrar los argumentos útiles para justificar las decisiones que se tomen en nombre del interés superior del niño; pero la determinación del argumento más adecuado o preferible en un caso concreto dependerá de la argumentación jurídica y de la valoración de las circunstancias particulares de éste, hechas por el juez o la autoridad competente.

---

<sup>75</sup> SQUELLA NARDUCCI, Agustín, op. cit. (43), p. 442.

<sup>76</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit (41), p. 134.

En conclusión, después de los métodos analizados, podemos ver que tanto a nivel legislativo en los ordenamientos jurídicos de tipo anglosajón y continental, como en la doctrina, se han hecho esfuerzos para incorporar técnicas y sistemas que permitan la determinación del interés superior del niño; ya sea de una forma general o bien, con el establecimiento de criterios para fijar su sentido y alcance en casos individuales. Si bien cada una de las metodologías analizadas presenta elementos de gran ayuda para el cumplimiento de su importante labor, dado el carácter complejo, dinámico y variable del principio, aún no es posible arribar a una definición más o menos certera e integradora del interés superior del menor.

Sin embargo, de igual manera existen autores dentro de la doctrina internacional, e incluso, algunos autores chilenos, que se han aventurado en proponer un concepto o definición del principio del interés superior del niño, algunos de los cuáles pasaremos a examinar a continuación.

### **III. Algunas definiciones del principio del interés superior del niño.**

Como es posible constatar al momento de examinar la doctrina internacional y nacional que se ha dedicado al estudio del interés superior del menor, algunos autores dentro de su investigación se aventuran con la entrega de una definición del principio, o al menos intentan una cierta delimitación de su contenido.

La mayoría corresponde a juristas insertos en ordenamientos jurídicos de tipo continental, que aplican la técnica legislativa de cláusula general para la regulación del interés superior del niño. En el caso de los ordenamientos jurídicos de corte anglosajón, creemos que, al establecer en sus normativas criterios predeterminados para la definición del interés superior del niño, la doctrina se aboca a delimitar el sentido y alcance de dichos criterios más que a la conceptualización del interés superior del menor.

Un caso paradigmático en este sentido, lo encontramos en la doctrina alemana, que considera temerario cualquier intento definitorio en materia de interés del menor, debido a que se trata de un concepto que, por su propia naturaleza cambiante, flexible, relativo y subjetivo, es imposible de acotar. La tarea de los autores alemanes consiste en recoger los supuestos en que existe conflicto de intereses entre un menor y su entorno, para entregar una pauta de solución específica y concreta basada en el interés superior del niño.

Con todo, el trabajo intelectual de ciertos autores dedicados al ámbito del Derecho de Familia ha dado algunos frutos valiosos. Partiremos con la propuesta del jurista suizo Jean Zermatten, actual presidente del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos de los Niños, quién presenta una definición bastante descriptiva de lo que para él debe entenderse por el interés superior del niño. De esta manera, indica que “es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia.”<sup>77</sup>

De un rápido examen de la definición dada por Zermatten, podemos destacar que contempla los aspectos más importantes del principio del interés superior del niño, tal como está consagrado en la Convención de Derechos del Niño. Así, abarca el carácter garantista del principio, como también deja en claro la obligación que impone a los órganos del Estado y el límite a su actuación en los asuntos referidos a los menores de edad. Además, integra el cariz interpretativo y herramienta de solución de conflictos de intereses que cumple el interés superior del niño.

Al término de su análisis, Zermatten plantea que, ante la dificultad que implica la determinación del mejor o mayor interés del niño en una situación de conflicto con otros tipos de intereses (derechos) o bien, con intereses de terceros (padres, grupos sociales, Estado), se debe reconocer que la noción “...no puede realmente estar fundada por elementos claros u objetivos y que debe ser suplantada por la noción contraria del ‘menor mal’.”<sup>78</sup>

Por su parte, el jurista español Francisco Rivero Hernández - quién ha dedicado un libro completo a estudiar el tema del interés superior del menor –, si bien no entrega una definición de éste, en términos generales indica que “...en una primera aproximación, el interés del menor se nos presenta y refiere a una ventaja efectiva para el niño o adolescente (componente positivo), conjugada en ocasiones con la evitación de perjuicio o previsible desventaja para él (componente negativo)...”.<sup>79</sup> Además, identifica al interés

---

<sup>77</sup> ZERMATTEN, Jean, op. cit. (26), p. 15.

<sup>78</sup> ZERMATTEN, Jean, op. cit. (26), p. 15.

<sup>79</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit (41), p. 62.

superior del niño con el patrón del *standard jurídico*, al que define como “un modelo de conducta o de actuación jurídico – social que se adecua a lo que demanda la conciencia social de acuerdo con unos principios y sensibilidad sociales...”.<sup>80</sup> Ahora bien, se trataría de un *standard jurídico* especial, debido a que se aplica en un área específica del mundo jurídico, como lo es el derecho de la persona y la familia; por lo mismo, tiene una mayor carga metajurídica, social y ética. Para finalizar, señalaremos que Rivero Hernández resalta del interés superior del niño su *relativismo* y su *aspecto cambiante*, características que permitirían sólo dibujar su contorno y contenido, mas no arribar a una definición precisa del principio.

A nivel latinoamericano, sobresale la opinión dada por Miguel Cillero Bruñol, destacado especialista chileno en Derecho de la infancia y adolescencia, y profusamente citado respecto a esta materia. Para el autor, a partir de la promulgación de la Convención y la consiguiente consagración explícita de un catálogo de derechos, “es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos”.<sup>81</sup> En conformidad a lo señalado, entonces, para Cillero Bruñol “el contenido del principio son los propios derechos”,<sup>82</sup> esto es, todos aquellos derechos que la Convención identifica, reconoce y garantiza a los niños. De esta manera, el principio tiene sentido a raíz de la existencia de estos derechos y de ser los niños instituidos como titulares de ellos. Por lo tanto, según el parecer de Cillero, después de lo hecho por la Convención “no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño”.<sup>83</sup>

La identificación que hace Cillero Bruñol del interés superior del niño con la satisfacción de sus derechos, ha sido ampliamente acogida por buena parte de la doctrina tanto en España como en América Latina. Podemos decir que la definición entregada por el autor es clara, quedando delimitado el contenido del interés superior del niño a los derechos establecidos en la Convención, cuestión que facilitaría su aplicación en los distintos ordenamientos jurídicos. Junto con ello, Cillero Bruñol enfatiza que la existencia de este catálogo de derechos de los niños constituye un límite para las autoridades, quiénes deben actuar (en forma y en fondo) bajo estricta sujeción a dichos derechos.

---

<sup>80</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit (41), pp. 67 – 68.

<sup>81</sup> CILLERO BRUÑOL, Miguel, op. cit. (21), p. 54.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 54.

Si bien la definición dada por el autor chileno es un avance, en cuanto propone un contenido cierto al principio del interés superior del niño, y a pesar de su aceptación general en la doctrina e incluso en la jurisprudencia; su postura no está exenta de críticas. Uno de sus principales contradictores es el jurista argentino Diego Freedman, quién considera que lo señalado por Cillero Bruñol no agregaría nada que ya no esté previsto específicamente en las normas de la Convención. Esto, por cuanto “este deber estatal de satisfacer los derechos ya surge del propio articulado de la Convención al reconocerlos expresamente y disponer un mandato al Estado de efectivizarlos...”,<sup>84</sup> cuestión que realiza en su **Artículo 4º**.<sup>85</sup> Por esta razón, Freedman estima que es necesario asignarle un contenido más específico al principio del interés superior del niño, que lo diferencie de aquellas obligaciones originadas en otras normas de la Convención.

Con dicho propósito, Freedman plantea que debe interpretarse el principio del interés superior del niño “...como un mandato al Estado para privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas, en las que el Estado deba restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos.”<sup>86</sup> Entendiéndolo de esa manera, el principio pasa a tener un contenido normativo específico, debido a que determinados derechos de los niños tendrán un “interés superior” en comparación a otros derechos, e incluso, a otros intereses individuales o colectivos.

A diferencia de lo expuesto por Cillero Bruñol, para el jurista argentino la identificación del interés superior con la satisfacción y prevalencia de todos los derechos de los niños consagrados en la Convención no es correcta ni precisa, puesto que dentro del mismo instrumento internacional existen normas que establecen supuestos en los cuáles ciertos derechos de los niños ceden frente a intereses colectivos y a derechos individuales de terceros.<sup>87</sup> A su vez, la Convención también reconoce ciertos derechos sin permitir su limitación, lo que lleva a Freedman a la conclusión de la existencia de un conjunto de derechos

---

<sup>84</sup> FREEDMAN, Diego, op. cit. (22), p. 2.

<sup>85</sup> Este artículo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece lo siguiente: *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”*.

<sup>86</sup> FREEDMAN, Diego, op. cit. (22), p. 2.

<sup>87</sup> Para comprobar lo señalado por Freedman, basta con una revisión a los artículos 10 inciso 2º, 13 inciso 2º, 14 inciso 3º y 15 inciso 2º de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

de los niños que siempre deben predominar, los que constituyen para el autor el “núcleo duro”.<sup>88</sup> En virtud de ello, Freedman entiende que este complejo de derechos fundamentales que integran el “núcleo duro” de la Convención, conforman el contenido objetivo del principio del interés superior del niño.

Como podemos ver, Freedman va un poco más allá en su determinación del interés superior del niño, y delimita su contenido ya no a la totalidad del catálogo de derechos establecidos por la Convención, si no que a un grupo de ellos, que corresponden a los derechos fundamentales más importantes. Este denominado “núcleo duro” de derechos “constituiría un claro límite a la actividad estatal impidiendo la actuación discrecional”.<sup>89</sup> Al respecto, Aguilar Cavallo<sup>90</sup> estima que dicha limitación se extiende también a la familia y a la sociedad entera.

Desde la perspectiva nacional, con un enfoque inicial distinto, la profesora de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Gloria Baeza Concha, intenta definir al interés superior del niño. Comienza con un análisis gramatical de las tres palabras que conforman al concepto, constatando la voluntad protectora respecto de los menores de edad, por su situación vulnerable dentro de la sociedad, frente a lo cual se deben tomar todas las medidas necesarias y pertinentes para asegurar su bienestar. Tomando estos elementos, la autora estima que el interés superior del niño es “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar”.<sup>91</sup> Por lo mismo, plantea que el bienestar de los niños estará dado con la aplicación de las normas de la Convención, y en especial de su Artículo 3º, que impone al interés superior del niño como consideración primordial.

Además, para Baeza Concha el concepto abarca también “...la obligación de elegir las alternativas que permitan el desarrollo moral e intelectual del niño dentro de la sociedad...”. Por último, para la autora el principio del interés superior del niño se trataría de un “deber de carácter moral que ha sido elevado o

---

<sup>88</sup> En este punto, nos remitimos a la páginas 30 a 32 de este trabajo, dónde vemos la opinión de Freedman respecto de la función interpretativa del principio del interés superior del niño, y se aborda el tema sobre los artículos de la Convención que establecen aquellos derechos que constituirían el “núcleo duro” y en qué consiste dicho núcleo.

<sup>89</sup> FREEDMAN, Diego, op. cit. (22), p. 3.

<sup>90</sup> AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, op. cit. (25), p. 230.

<sup>91</sup> BAEZA CONCHA, Gloria, “*El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia*” (2001), en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28 N° 2, Sección Estudios, p. 356.

consagrado por el legislador a la categoría de norma jurídica, para así lograr su máxima eficacia y seguridad.”<sup>92</sup>

Siguiendo en la doctrina nacional, tenemos que por su parte Nora Gatica y Claudia Chaimovic, en un artículo publicado en *La Semana Jurídica*, hacen una interpretación del interés superior del niño y concluyen que “...debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña.”<sup>93</sup> La visión de las autoras resalta el lugar de privilegio que tiene el principio dentro del sistema instaurado por la Convención, y la preeminencia que a partir de ello, poseen los derechos de los menores de edad.

Una postura similar presenta también Gonzalo Aguilar Cavallo, quién señala que lo que se propone con el principio del interés superior del niño es “que la consideración del interés del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten...”, y que el principio “exige tomar en cuenta al niño como ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado.”<sup>94</sup> Por ello, para el autor el interés superior del niño es un concepto “infantocéntrico”.

Para terminar, Aguilar Cavallo, en su artículo (que hemos citado ampliamente), hace un análisis del principio del interés superior del niño y la forma en que lo ha recogido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus fallos. En su Opinión Consultiva, la Corte ha señalado que el interés superior del niño debe ser entendido “...como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento [la Convención], cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de

---

<sup>92</sup> BAEZA CONCHA, Gloria, op. cit. (91), pp. 356 – 357.

<sup>93</sup> GATICA, Nora y CHAIMOVIC, Claudia, “*La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño*” (2002), *La Semana Jurídica*, 13 al 19 de mayo.

<sup>94</sup> AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, op. cit. (25), p. 230.

la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.”<sup>95</sup>

---

<sup>95</sup> Corte Interamericana Derechos Humanos, “*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*”, Opinión Consultiva OC-17/02 (28 de agosto de 2002), Serie A N° 17, párrafo 59, p. 62. Versión online en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013)

**CAPÍTULO TERCERO. El principio del interés superior del niño en la legislación chilena. Existencia de elementos objetivos que permitirían fijar un contenido cierto del interés superior, en las materias derivadas de las situaciones de crisis familiar.**

**I. Introducción.**

Para comenzar con el desafío de resolver el problema de la indeterminación del principio del interés superior del niño, y estando consciente de que la proposición de criterios objetivos y aplicables en general para la definición de su contenido puede ser una tarea ardua y cuyos resultados nunca lograrán una aceptación unánime; es necesario delimitar el campo de acción.

Por este motivo, según lo ya manifestado en el título de este capítulo tercero, la investigación tiene como finalidad encontrar y establecer criterios objetivos dentro de la legislación chilena para la determinación del interés superior del niño, que sirvan de criterio para la resolución, por parte de los jueces, de aquellos asuntos sometidos a su conocimiento derivados de las situaciones de crisis familiar, esto es, en los casos de separación judicial y divorcio.

De esta manera, y de acuerdo a lo que se ha podido concluir durante el transcurso de la investigación, del análisis de diversas disposiciones legales que conforman el Derecho de Familia chileno, creemos que es posible colegir la existencia de ciertos criterios generales que ayudarían a otorgarle un contenido cierto al principio del interés superior del niño; además de otros criterios específicos para la determinación de dicho interés en los casos de atribución del cuidado personal de los hijos, para la regulación de un régimen de relación directa y regular, y para la regulación del derecho de alimentos.

**Primera Parte: El principio del interés superior del niño en Chile.**

Debemos señalar que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, fue suscrita y firmada por Chile el 26 de Enero de 1990, siendo aprobada por el Congreso Nacional el 10 de Julio de ese año y ratificada un mes más tarde ante las Naciones Unidas, con fecha 13 de Agosto. Finalmente, fue promulgada como ley de la República mediante Decreto Supremo N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores y

publicado en el Diario Oficial el día 27 de Septiembre de 1990, fecha desde la cual se encuentra vigente en nuestro país.

Acerca del rango que tiene la Convención sobre los Derechos del Niño dentro del ordenamiento jurídico chileno, de acuerdo a lo establecido por nuestra Constitución en sus actuales artículos 32 N° 15 y 54 N° 1, un tratado internacional aprobado y promulgado según el procedimiento establecido en ellos, tiene una aplicación directa como ley de la República.

A mayor abundamiento, y siguiendo en esta materia lo señalado por la profesora Gloria Baeza Concha,<sup>96</sup> tenemos que al ser la Convención un tratado internacional relativo a derechos humanos, goza de una situación de privilegio en nuestro sistema jurídico, derivada del tenor literal y el espíritu de lo dispuesto en el **inciso 2° del Artículo 5°** de la Constitución, que establece: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”*

En razón de ello, y de acuerdo a gran parte de la doctrina chilena (Miguel Cillero Bruñol, Gloria Baeza Concha, Maricruz Gómez de la Torre), es posible sostener que la Convención sobre los Derechos del Niño, al tratar sobre derechos humanos – en este caso, de un grupo específico de la sociedad como son los niños, niñas y adolescentes –, gozaría de una posición preferente en comparación a las demás normas no constitucionales; e incluso, podría llegar a revestir el carácter de norma de rango constitucional o supraconstitucional.

Con la entrada en vigencia de la Convención en nuestro país – sin desconocer que antes de 1990 la protección de los menores de edad estuvo presente en la legislación nacional, pero basada en el paradigma de la “situación irregular” –, se origina una nueva concepción del Derecho de Menores, sustentada en los principios del sistema de Protección Integral de los niños, siendo valorados como sujetos de derechos y deberes, además de imponer su interés superior como consideración primordial al momento de tomar decisiones que les afecten.

---

<sup>96</sup> BAEZA CONCHA, Gloria, op. cit. (91), pp. 357 – 358.

A partir de dicho momento, el principio del interés superior del niño se ha ido incorporando paulatinamente a nuestra legislación y jurisprudencia. Desde 1990 en adelante, se han dictado una serie de leyes que contienen este principio, que han ido adecuando la normativa vigente a lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño y, por ende, mejorando la situación general de los menores de edad.

Debemos indicar que, siendo nuestro ordenamiento jurídico de tipo continental, la regulación que hace del interés superior del niño es mediante la técnica legislativa de la cláusula general, realizando una mención genérica respecto del principio.

En materia de Derecho de Familia, los cuerpos normativos más destacados que recogen y aplican el principio del interés superior del niño, y que serán útiles para los objetivos de nuestra investigación, son los siguientes; a saber:

- i. **Ley N° 19.585**, del 26 de Octubre de 1998. Conocida como la **Nueva Ley de Filiación**, modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en dicha materia, armonizando sus disposiciones con lo establecido en la Constitución y en tratados internacionales sobre derechos humanos, al poner término a la distinción entre hijos legítimos e hijos ilegítimos o naturales, según su nacimiento producido dentro o fuera de un matrimonio. Para Baeza Concha, esta nueva normativa de filiación “presenta como fundamento la necesidad de reconocer y respetar los derechos de los niños y niñas de nuestro país, así como la instauración de deberes, obligatorios para los menores de edad.”<sup>97</sup>

Con esta ley el interés superior del niño fue incorporado al Código Civil, en especial, dentro de la redacción del actual Título IX de su Libro I. De esta manera, se establece en el **inciso 1° del artículo 222** que *“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.”*, consagrando al interés superior como un principio rector de nuestra legislación. Luego, en artículos posteriores, se contempla este principio para la determinación del cuidado personal, del régimen de relación directa y regular, entre otras materias. Finalmente, la ley instituye al interés superior del menor como fundamento (*consideración*

---

<sup>97</sup> BAEZA CONCHA, Gloria, op. cit. (91), p. 360.

*primordial*) que el juez deberá tener presente en todas sus decisiones, según lo dispuesto en el **inciso 2º del artículo 242**.

- ii. **Ley N° 19.620** del 5 de Agosto de 1999, correspondiente a la Nueva Ley de Adopción de Menores. En su **artículo 1º**, se establece que el objeto de la adopción es “...*velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen.*”
- iii. **Ley N° 19.711** del 18 de Enero del 2001. Regula el derecho de mantener una relación directa y regular con los hijos sometidos al cuidado de uno de los progenitores, modificando lo dispuesto en la antigua Ley de Menores N° 16.618. Consagra el “beneficio del menor” (que debemos entender es manifestación del principio del interés superior del niño), en virtud del cual el juez podrá modificar, restringir o suspender el régimen de visitas de uno de los padres. Además, por similar motivo se podrán regular visitas al menor por parte de sus parientes.
- iv. **Ley N° 19.947** del 17 de Mayo del 2004. Corresponde a la **Nueva Ley de Matrimonio Civil**, que introduce un estatuto inédito, rompiendo con la tradicional regulación del contrato de matrimonio existente en nuestro país hasta ese momento, al poner término definitivo a la indisolubilidad del vínculo matrimonial, consagrando las figuras de la separación judicial y el divorcio, junto con aumentar las causales de nulidad. Además, instituye la compensación económica y consagra derechos fundamentales que protegen a la familia y sus miembros. Con ello, según lo sostenido por el profesor Rodríguez Grez,<sup>98</sup> si bien la ley fortalece la familia y reafirma su posicionamiento como “*núcleo fundamental de la sociedad*” (**Artículo 1º inciso 1º**), da cuenta de un debilitamiento del vínculo conyugal, aún cuando continúa considerando al matrimonio como “*base principal de la familia*”.

La ley sigue la tendencia, dando cumplimiento al mandato internacional refrendado por nuestra Constitución, al contemplar al principio del interés superior del niño en su **Artículo 3º inciso 1º**, disponiendo que “*Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos...*”.

---

<sup>98</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, “*Ley de Matrimonio Civil*” (2004), en “Curso de Actualización Jurídica, Nuevas Tendencias en el Derecho Civil”, Ediciones Universidad del Desarrollo, p. 14.

Sin quedarse en el solo imperativo judicial, también establece en otras de sus disposiciones ciertas exigencias que hacen operativo este principio. Así, en los **artículos 27 y 55** se establece como requisito para la procedencia de la separación judicial o del divorcio, la presentación de un acuerdo que regule las relaciones mutuas de los cónyuges o ex cónyuges y para con los hijos; entendiéndose suficiente dicho acuerdo si, entre otras cosas, resguarda el interés superior del niño.

Otra manifestación del principio del interés superior del niño es posible ver en lo dispuesto en el **inciso 3º del artículo 55**, que permite no dar lugar al divorcio cuando el demandante, durante el cese de la convivencia, reiteradamente no haya dado cumplimiento a la obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo.

Por su parte, el **artículo 53** establece que el divorcio pone término al matrimonio, pero no afecta la filiación ya determinada ni los derechos y obligaciones que emanan de ella.

Finalmente, dentro de las Disposiciones Generales para los juicios de separación, nulidad de matrimonio y divorcio, la ley en el **inciso 2º de su artículo 85** señala que *“Cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño...”*.

Así, de acuerdo a Isler, “la Ley 19.947 regula el matrimonio en plena concordancia con otras normas de nuestro ordenamiento jurídico que constituyen manifestaciones de la protección del interés superior del niño, tales como los Art. 222 inc. 2 y 242 inc. 2 del Código Civil.”<sup>99</sup>

- v. **Ley N° 19.968** del 30 de Agosto del 2004. Se trata de la ley que crea los Tribunales de Familia y establece el procedimiento aplicable en ellos. Dentro de los principios formativos del procedimiento ante los Tribunales de Familia que la ley consagra expresamente, encontramos en su **artículo 16** al interés superior del niño, el cual *“tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.”*

A su vez, el **inciso 2º** del mismo artículo dispone que el interés superior del niño es un principio rector *“... que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.”*

---

<sup>99</sup> ISLER SOTO, Erika, *“Los principios en la Ley 19.947: Análisis y desarrollo”* (Santiago, 2009), Revista “Ars Boni et Aequi”, Universidad Bernardo O’Higgins, p. 108. La cita hacer referencia al Artículo 222 inciso 2º, debiendo entenderse en la actualidad, luego de la modificación hecha por la Ley N° 20.680, referida al Artículo 222 inciso 1º del Código Civil.

Dentro de la propia ley, el interés superior del niño tiene otras expresiones prácticas. De esta manera, tenemos por ejemplo, que el **artículo 19** establece el deber del juez de velar porque en todos aquellos asuntos de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas o adolescentes, éstos se encuentren debidamente representados. Además, en caso de que carezcan de representante legal o sus intereses sean contradictorios o independientes de los de su representante legal, el juez debe designarles un curador ad litem.

Otra manifestación aparece en el **artículo 22**, que entrega al juez la facultad para decretar medidas cautelares innovativas, en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente.

Por su parte, el **artículo 30**, establece que el juez, al momento de aprobar convenciones probatorias propuestas por las partes, debe tener en vista los intereses de los niños involucrados en el conflicto.

- vi. **Ley N° 20.680** del 21 de Junio del 2013. Esta ley 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.

En el caso del **Código Civil**, se realizan las modificaciones más importantes, puesto que cambia de forma completa la regulación del cuidado personal y del régimen de relación directa y regular existente hasta la promulgación de esta ley.

De esta manera, en primer lugar se incorpora el nuevo **principio de la corresponsabilidad**, consagrado en el **Artículo 224**, norma en la cual se sustituye su original inciso primero por el siguiente: *“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.”*

Junto a lo anterior, el cambio más radical está presente en el nuevo **Artículo 225** del Código, que reemplaza completamente a la anterior disposición. Como primera novedad, tenemos que la norma introducida, elimina la regla de atribución legal supletoria automática o preferente a la madre, en caso que los progenitores vivan separados. Ahora, en su **inciso 1º**, se mantiene la prevalencia del criterio de atribución de carácter convencional del cuidado personal, mediante común acuerdo entre el padre

y la madre, y se entrega a los progenitores la posibilidad de elegir establecer la tuición compartida. A falta de acuerdo, el **inciso 3º** dispone que *“los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo”*.

Respecto de la intervención judicial en materia de cuidado personal, de acuerdo al **inciso 4º del Artículo 225**, sólo operará *“...cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente...”*, pudiendo el juez atribuir el cuidado personal del o los hijos al otro de los padres, o bien, radicarlo en uno solo de ellos, en caso que hubiere existido tuición compartida. Por tanto, mantiene su objetivo de modificar una situación ya configurada.

En lo relativo al **principio del interés superior del niño**, luego de un arduo trabajo de discusión en las diversas comisiones legislativas, se ha creado un **Artículo 225-2**, cuyo aporte fundamental, según las profesoras Domínguez y Salinas, está en el hecho de señalar *“...de manera expresa los criterios y circunstancias que deben estar siempre considerados cuando el juez fije o los padres ejerzan el cuidado en alguna de las modalidades que la ley contempla.”*<sup>100</sup>

Esta situación, constituye una novedad dentro del Derecho chileno, puesto que rompe con la tendencia existente en nuestro ordenamiento jurídico hasta antes de la dictación de la **Ley Nº 20.680**, de regular el principio del interés superior del niño, aplicando la técnica legislativa de la cláusula general.

Por lo tanto, con el **Artículo 225-2** se han explicitado *“elementos que son sin duda, en materia de cuidado, parte de las consideraciones que se tienen en cuenta para describir y definir en los casos particulares el interés superior de los niños involucrados en una disputa de sus padres.”*<sup>101</sup>

Luego, la **Ley Nº 20.680** reemplaza de manera íntegra el **Artículo 226**, estableciendo en el **inciso 1º** de la nueva norma, que el juez podrá confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona competente, en los casos de inhabilidad física o moral de ambos padres, *“velando primordialmente por el*

<sup>100</sup> Opinión manifestada por las profesoras Carmen Domínguez y Carolina Salinas, en documento presentado a las sesiones de trabajo de la Comisión de Constitución del Senado. Consignado en el Segundo Informe de la Comisión, Historia de la Ley Nº20.680, p. 523.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

*interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2.” En su inciso 2º se mantiene la preferencia por los parientes consanguíneos del menor, especialmente sus ascendientes.*

En materia de **relación directa y regular**, se sustituye completamente el anterior **Artículo 229**, por una nueva disposición mucho más completa. Así, tenemos que su **inciso 1º** consagra el derecho-deber del padre o madre que no tenga el cuidado personal de mantener una relación directa y regular; definiéndola en su **inciso 2º**, y estableciendo criterios para su determinación convencional o judicial en su **inciso 3º**, velando por el interés superior del hijo, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades.

Como se puede constatar de la revisión de las normas que se habían examinado hasta este punto, la regla general era que en los artículos pertinentes sólo se hiciera una mención genérica del principio del interés superior del niño, sin dar un concepto acotado de la institución ni señalar qué debía entenderse por ella, como tampoco se entregaban criterios definidos para su determinación ni para su aplicación. Con la dictación de la **Ley N° 20.680**, como ya lo indicamos, se cambia esta tendencia y se pasa a utilizar la técnica legislativa de establecer ciertos criterios normativos preestablecidos para la determinación del interés superior.

Ahora bien, los criterios establecidos, tanto en este pionero **Artículo 225-2**, como en el **inciso 3º** del **Artículo 229** que se han introducido en nuestro **Código Civil**, sin perjuicio de ser un avance indiscutible en la delimitación de la noción del interés superior del niño, sirviendo de guía para el juez o para la autoridad competente al momento de tomar decisiones relacionadas con menores de edad; no ponen fin al problema de la indeterminación del principio que estudiamos, por dos grandes causas o inconvenientes que presenta dicha técnica. La primera de ellas se refiere al hecho que la elaboración del catálogo de criterios está fundada en parámetros sociales relativos, que se basan en los conocimientos científicos del momento. El segundo inconveniente está dado porque la interpretación y posterior aplicación de los citados criterios queda entregada a la subjetividad y creencias individuales, ya sea de los padres o del juez, dependiendo de si se trata de una regulación convencional o judicial del cuidado personal y/o del régimen de relación directa y regular.

Por lo mismo, el interés superior del niño opera como una *“noción marco”*, produciéndose “una autolimitación del Poder Legislativo, pues se deja en manos del juzgador tomar la decisión de acuerdo con la información que surge del caso concreto, o sea, conforme a las circunstancias de hecho, de lugar y de tiempo.”<sup>102</sup> Con dicha manera de proceder, lo que se buscaría es “ofrecer un espacio abierto y flexible al juez o funcionario público y legitimar la autoridad de la decisión judicial o administrativa.”<sup>103</sup>

En resumen, la tarea de precisar el contenido del interés superior del niño queda entregada a la persona llamada a aplicar la norma respectiva en un caso particular. De acuerdo a lo que hemos visto en las diversas disposiciones – en especial, los artículos **242 inciso 2º** del Código Civil, **85 inciso 2º** de la Ley N° 19.947 y **16 inciso 2º** de la Ley N° 19.968 –, en nuestro país dicho llamamiento se dirige de forma expresa al juez de familia.

Por tanto, pese a haber pasado a tener en nuestro ordenamiento jurídico actual, un sistema de regulación del interés superior del niño que puede calificarse como “híbrido”, al combinar dos técnicas legislativas diferentes, con el claro objetivo de facilitar la aplicación y protección del principio del interés superior, igualmente su determinación queda entregada al arbitrio de una persona. Se hace esta afirmación, debido a que por una parte, está presente la gran adaptabilidad que una mención genérica del interés superior del niño posibilita, junto con el empoderamiento de la figura del juez que esto significa, al entregársele la determinación del contenido de dicho interés al momento de resolver cada caso concreto; y por otro lado, el haberse incorporado criterios normativos que guían dicha determinación del interés superior en las materias de cuidado personal y relación directa y regular; y aún con ello no se logrará evitar el gran problema: se seguirá dependiendo del criterio del juzgador, quedando sujeta la decisión que resuelva el caso concreto a su opinión, preferencias y consideraciones valorativas. De esta manera, tendremos que a nivel jurisdiccional, existirán diferentes apreciaciones respecto del interés superior del niño, esto es, acerca de lo

---

<sup>102</sup> POUSSON, Jacqueline, *“L’affection et le droit”* (París, 1990), Ed. Du CNRS, p. 70; citada en GROSMAN, Cecilia, “El interés superior del niño” en *Los derechos del niño en la familia* (Buenos Aires, 1998), Editorial Universidad, p. 23.

<sup>103</sup> *Ibidem*.

más conveniente, útil o provechoso para los menores de edad. En otras palabras, en la práctica habrá tantas valoraciones distintas del supremo interés del niño, como jueces de familia hayan.

En Chile, un caso emblemático que muestra la divergencia en esta materia, es la sentencia dictada por la Corte Suprema respecto del recurso de queja interpuesto ante este tribunal en el contexto del conocido **“Caso Atala”**, donde tanto el voto de mayoría como el voto de minoría interpretan de forma distinta la normativa aplicable al caso y lo que es el interés superior de las menores involucradas.<sup>104</sup>

Esta situación provoca que, en primer lugar, las resoluciones judiciales adolezcan de cierta imprevisibilidad, al no conocerse de antemano los criterios en base a los cuáles el juez fundamentará su decisión. Sumado a dicha inseguridad jurídica, tenemos que al entregarse la definición del interés superior de los niños, niñas y adolescentes a un adulto, “existe el riesgo de contemplar más los intereses de este último que de los primeros, pues el menor, cualquiera sea su edad, queda reducido a aquel que no habla...”,<sup>105</sup> debido a que, en definitiva, en el Derecho de Familia “...los intereses de los hijos se juzgan según el criterio de los adultos...”,<sup>106</sup> circunstancia que “en los hechos [haría] prevalecer los intereses de éstos [adultos] por sobre los de aquéllos [hijos].”<sup>107</sup> Por último, la misma indeterminación del principio, además de la reciente aparición de criterios objetivos para definir el interés superior en materia de cuidado personal y relación directa y regular, puede llevar a una errónea – e incluso, abusiva – aplicación de éste, en perjuicio de los menores de edad.

Teniendo en cuenta que los inconvenientes a los que se alude, a mi parecer, revisten mayor gravedad al hacerse presentes dentro del proceso de conocimiento y resolución por parte de los jueces de familia, de aquellas materias derivadas de los juicios de separación judicial y divorcio que involucran y afectan directamente a los menores de edad (esto es, las relativas al cuidado personal, al régimen de relación directa

---

<sup>104</sup> CORTE SUPREMA, Recurso de Queja N° 1.193-03 (31/05/2004). Disponible en línea en <http://derechofamilia.blogspot.com/2008/03/corte-suprema-31052004.html> (Última visita el 31/12/2013).

<sup>105</sup> GÓMEZ DE LA TORRE V., Maricruz, *“El sistema filiativo chileno”* (Santiago de Chile, 2007), Editorial Jurídica de Chile, p. 45.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> *Ibidem*.

y regular y al derecho de alimentos); creo que es necesario, además de posible, encontrar en la legislación pertinente y aplicable a dichos casos, criterios objetivos de carácter general que permitan orientar a los jueces en la determinación del contenido del interés superior del niño en cada caso, y con ello, exista una mejor aplicación del principio, e igualmente, una mayor certeza jurídica.

En razón de lo señalado, la investigación me ha permitido concluir y llegar al convencimiento acerca de la existencia, dentro del ordenamiento jurídico chileno, en normas precisas de nuestro Código Civil y de otras leyes relacionadas, de criterios objetivos de carácter general que proporcionan un contenido cierto al principio del interés superior del niño. Estos criterios generales que propongo, sumados a la actual regulación de criterios objetivos particulares o específicos para los asuntos concernientes tanto al cuidado personal (**Art. 225-2 Código Civil**), como a la relación directa y regular (**Art.229 inc. 3º Código Civil**), incorporados por la **Ley N° 20.680**, además de la presencia de algunos parámetros en materia de derecho de alimentos que guardan relación con el mayor interés de los hijos; permitirán implementar un sistema para fijar los términos del principio del interés superior del niño.

De esta manera, según lo expuesto, comenzaremos demostrando la tesis de la existencia de criterios objetivos generales para determinar el contenido del principio del interés superior del niño, ínsitos en nuestra legislación; procediendo luego a la formulación y análisis de cada uno de los criterios que postulamos. Luego, se continuará con un breve estudio crítico de los criterios normativos incorporados por la **Ley N° 20.680 al Código Civil**, establecidos en el **Artículo 225-2** para el cuidado personal, y en el **Artículo 229 inciso 3º** para la relación directa y regular; además de proponer algunos elementos similares presentes en las normas que regulan el derecho de alimentos. Finalmente, se intentará proponer un sistema que sirva de guía principalmente al juez, para la determinación del interés superior del niño, promoviendo con esto, una adecuada aplicación y protección del principio.

**Segunda Parte: Existencia de criterios objetivos generales para la determinación del interés superior del niño. Importancia del Artículo 222 del Código Civil.**

Dentro de los cuerpos legales que hemos mencionado, claramente la **Ley N° 19.585** constituye un hito fundacional en el establecimiento del interés superior del niño como principio que gobierna la rama del Derecho de Familia; incorporándolo mediante las modificaciones efectuadas al Código Civil chileno en razón del nuevo estatuto en materia de filiación, que significó también una completa reforma en otros asuntos relacionados con ella, como el cuidado personal y el derecho de alimentos.

La norma fundamental se encuentra en el **inciso 1° del Artículo 222 del Código Civil** (equivalente a nivel nacional del **Artículo 18 N° 1** de la Convención sobre Derechos del Niño), donde se dispone que *“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.”*

Este precepto integra la noción del interés superior del niño a la realidad jurídica chilena, pero, en aplicación de la técnica legislativa de la cláusula general, se limita a mencionar genéricamente el principio sin señalar de manera expresa qué debe entenderse por el interés superior. No obstante ello, según se puede colegir de la redacción del artículo 222, tenemos que si bien no lo define, nos entrega una pauta bastante clara: **el interés superior del niño (hijo), significa procurar la mayor realización espiritual y material de éste.**

**1) Primer criterio objetivo general: Procurar la mayor realización espiritual y material posible del niño.**

Podemos decir, entonces, que un primer criterio de carácter objetivo, en materia de Derecho de Familia, lo encontramos en esta **primera parte del inciso 1° del artículo 222**, que nos establece a la vez un marco de acción y un propósito para la aplicación del interés superior del niño. Un marco de acción, por un lado, ya que fija los dos límites dentro de los cuales deberá encuadrar su tarea el juez para la determinación del

interés superior de los niños, velando porque éstos logren realizarse tanto en su ámbito espiritual como en el material. Por otro lado, la norma nos señala también la gran finalidad que el interés superior del niño busca conseguir, de forma directa: esta es, la mayor realización espiritual y material posible de los niños, niñas y adolescentes.

En cuanto a la redacción de esta parte del precepto, y según la apreciación que hace el profesor Opazo González<sup>108</sup>, ésta no habría sido dejada al azar, y el orden en que se menciona los dos aspectos que constituyen el fin del principio del interés superior del niño, nos arrojan luces acerca de la forma en que éste debe aplicarse. Así, “primero, se debe buscar la mayor realización espiritual del hijo, y luego, su mayor realización material.”<sup>109</sup> Ahora bien, como la misma norma no lo aclara ni presenta ejemplos para un mayor inteligencia y posterior aplicación del principio, ¿que debemos entender por cada uno de los ámbitos cuya mayor realización se debe procurar?

Siguiendo el mismo orden que nos entrega el **artículo 222**, partiremos dilucidando qué significaría una “**mayor realización**”. En aplicación de la regla de interpretación establecida en el **artículo 20** de nuestro **Código Civil**, al no existir una definición legal, las palabras las debemos entender en “*su sentido natural y obvio*”. Para llegar a este sentido, haremos un análisis etimológico, basándonos en las definiciones dadas por el Diccionario de la Real Academia Española.<sup>110</sup> De esta manera, es posible señalar que, de acuerdo a las diversas acepciones que posee la palabra **mayor**, su significado tiene relación con la idea de grande, superior, importante. En el caso de la palabra **realización**, esta nombra a la “Acción y efecto de realizar o realizarse”. Por su parte, del vocablo **realizar**, consideramos pertinentes dos acepciones; a saber: cuando opera como verbo transitivo, refiriéndose a “Efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción”; y cuando opera como verbo pronominal, como expresión de “Sentirse satisfecho por haber logrado cumplir aquello

---

<sup>108</sup> OPAZO GONZÁLEZ, Mario, op. cit. (19), p. 26.

<sup>109</sup> *Ibidem*.

<sup>110</sup> Siendo consultada la Vigésima Segunda Edición (Año 2001), actualmente vigente. El análisis etimológico realizado a las distintas palabras estudiadas, está basado en referencias hechas al Diccionario de la RAE, debiendo entenderse dirigidas a esta edición, la que se encuentra en su versión online, en la siguiente dirección: <http://www.rae.es/rae.html> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

a lo que se aspiraba.” En virtud de lo anterior, aunando ambos conceptos y lo que hemos visto de ellos, podemos concluir que esta **“mayor realización”** implicaría la ejecución de acciones para obtener la mejor satisfacción de aquellas aspiraciones más grandes, superiores o importantes que una persona tenga.

#### a) **Mayor realización espiritual.**

En el caso de la dimensión **espiritual**, debemos entenderla referida al espíritu o alma racional del niño, en el sentido de **procurar el máximo desarrollo y bienestar psíquico, emocional e intelectual del menor**, coadyuvando a la construcción de su **personalidad** – definida ésta como el conjunto de aspectos internos y externos peculiares y relativamente duraderos del carácter de un individuo, que influyen en su conducta en diversas situaciones<sup>111</sup> –; y por consiguiente, de su **identidad**. Así, como bien lo indicamos, es posible identificar tres componentes que formarían lo que denominaremos la **“faceta espiritual del interés superior del niño”**.

**i. Aspecto Psíquico:** El primero de estos componentes, dice relación con el **“aspecto psíquico”** del niño, esto es, lo perteneciente a las funciones y contenidos psicológicos del menor de edad, que le permiten, como ser humano, percibir el mundo, orientarse en éste y asumir una posición activa y autónoma frente al medio, respondiendo a sus estímulos físicos y sociales de manera adecuada. Para dejarlo aún más claro, podemos **“...circunscribir el significado del término “psíquico” a todo aquello referente a la vida cognoscitiva y afectiva.”**<sup>112</sup> De esta manera, es posible señalar que los procesos psíquicos comprenden las siguientes áreas: la **cognitiva**, entendiéndola como **“...el universo del conocimiento o de la aprehensión intencional de las cosas por un sujeto...”**,<sup>113</sup> vinculado con su inteligencia y su capacidad de conocer y razonar; la **afectiva**, entendida como **“...el universo de lo apetitivo o de la inclinación afectiva del sujeto hacia las cosas...”**,<sup>114</sup> área conectada con el temperamento, es decir, la medida de los sentimientos y

---

<sup>111</sup> Definición construida según lo señalado por SCHULTZ, Duane P., en *“Teorías de la personalidad”* (9ª Edición, 2009), Cengage Learning Editores, p. 9.

<sup>112</sup> SERANI MERLO, Alejandro, *“Luces y sombras del psiquismo humano: La naturaleza de lo psíquico y el objeto de la psicología”*, en *“Persona y Bioética”*, Volumen 5, N° 11-12, Año 2000, p. 102.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 106.

emociones individuales; y por último, la **volitiva**, que tiene que ver con la facultad de decidir y ordenar la propia conducta, o sea, la configuración de la forma de actuar de un individuo para hacer las cosas.

En cuánto al desarrollo de dicho aspecto, encontramos un fundamento jurídico de carácter suprallegal en el **Artículo 29 N° 1** de la **Convención sobre Derechos del Niño**, norma que señala los fines que debe tener la educación, estableciendo en su **letra a)** como uno de sus principales propósitos, el “*Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental [...] del niño hasta el máximo de sus posibilidades.*”

**ii. Aspecto emocional o afectivo:** Por su parte, el componente secundario, al que hemos denominado “**aspecto emocional o afectivo**”, lo referimos a dos puntos fundamentales para obtener un desarrollo y bienestar integral del niño. El primero corresponde a la **mantención de un contexto familiar idóneo**, que entregue un marco de relaciones de apego seguro, que posibilite a los menores de edad el intercambio de sentimientos afectivos y el aprendizaje de estrategias para un comportamiento prosocial y altruista. En cuanto al contexto familiar propiamente tal, tenemos que en la sociedad chilena, durante el transcurso de nuestra historia, “la realidad familiar por una parte, ha tendido a desplazarse desde la ‘familia extensa’ a la ‘familia nuclear’, y por otra, también ha visto aparecer y crecer el número de familias ‘monoparentales’, sin olvidar el incremento de personas que viven solas.”<sup>115</sup> De este modo, y teniendo en cuenta que tanto a nivel constitucional (**Artículo 1° inciso 2° CPR**) como en la actual Ley de Matrimonio Civil (**Artículo 1° primera parte Ley N° 19.947**) se consagra que “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad*”; es necesario precisar cuál es el tipo de familia al que debemos remitirnos al momento de resolver en esta materia, más aún si consideramos que ningún cuerpo normativo nos entrega un concepto de familia que comprenda la actual realidad socio-jurídica y que nos sea de utilidad.

La solución la encontramos en la **segunda parte del Artículo 1°** de la Ley sobre Matrimonio Civil, que nos señala: “*El matrimonio es la base principal de la familia*”. A partir de dicha norma, según Isler<sup>116</sup> podemos “...realizar tres deducciones: considerar al matrimonio como la principal fuente de la familia, reconocer legislativamente la existencia de familias no matrimoniales y reconocer la existencia de ventajas que tiene la

<sup>115</sup> BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, “*Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*” (Santiago, 2006), Editorial Lexis Nexis, p. 4.

<sup>116</sup> ISLER SOTO, Erika, op. cit. (99), p. 91.

familia matrimonial por sobre la no matrimonial.” En razón de esto, basándonos en la experiencia y sin ánimo de polemizar, tenemos que señalar que el parámetro ideal será siempre la familia nuclear<sup>117</sup>, matrimonial y monógama. Sin embargo, la realidad ha superado ampliamente dicho modelo, y hoy es posible identificar otras fuentes distintas del matrimonio que conforman un tipo de familia diverso, “tales como la adopción, las uniones de hecho tanto heterosexuales como homosexuales, las familias monoparentales originarias o derivativas y la consanguinidad, entre otras.”<sup>118</sup> Por lo tanto, coincidiendo con lo señalado por el profesor Gonzalo Figueroa Yáñez<sup>119</sup> - para quien “...en la familia no existen necesariamente vínculos biológicos, genéticos o jurídicos, más sí de afectividad y preocupación mutuas.” -, creemos que al momento de precisar el contexto familiar de un niño, e independiente de los factores jurídicos o biológicos que lo constituyan, deberá darse mayor preponderancia a la presencia de vínculos afectivos y de preocupación mutua fuertes.

Una vez definido el entorno familiar del niño en un caso particular, siguiendo la regla que hemos señalado más arriba; para la determinación de su idoneidad se debe atender a la existencia de **factores protectores**, manifestados en niveles adecuados de afecto, aceptación incondicional, comunicación emocional, intervención moral, transmisión de valores y dedicación al cuidado entre todos sus miembros, y especialmente, en aquéllos que aparezcan como principales figuras de apego del menor. Y hablamos de **“figuras de apego”** y no sólo de padres, debido a que dicha noción nos permite aplicar un criterio inclusivo doble: por una parte, comprende a otros individuos distintos de los padres como personas significativas y protectoras de los niños (por ej.: abuelos, tíos, hermanos, adoptantes, tutores); y por otro lado, posibilita la incorporación de todos aquellos tipos de familia que no estén basados en el modelo tradicional de familia nuclear, matrimonial y monógama.

Los factores protectores a los que hemos hecho alusión, junto con asegurar un buen desarrollo y bienestar de los niños, niñas y adolescentes; permiten alejarlos de situaciones de riesgo social y tienen incidencia directa en la menor probabilidad de comportamiento agresivo y de participación de los menores

---

<sup>117</sup> Aquella “formada por el padre, la madre e hijos, con subsistemas completos: conyugal, parental, filial y fraternal.” VALDIVIA SÁNCHEZ, Carmen, “La familia: concepto, cambios y nuevos modelos”, La Revue du REDIF, 2008, Vol. 1, p.18. Versión disponible en <http://www.upcomillas.es/redif/revista/Deusto.pdf> (31/12/2013)

<sup>118</sup> ISLER SOTO, Erika, op. cit. (99), p. 92.

<sup>119</sup> FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, “El pacto de convivencia: una alternativa al pacto del matrimonio” (Santiago, 2005), en Jornadas de Derecho Civil 2005, Editorial Lexis Nexis, pp. 433-434. Citado en ISLER SOTO, Erika, op. cit. (99), p. 90.

de edad en conductas de riesgo, como la delincuencia, el consumo temprano de alcohol y drogas y la práctica de actividad sexual precoz e insegura.

En relación a este primer punto del aspecto emocional o afectivo del desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, consistente en un medio familiar idóneo, tenemos que encuentra su fundamentación a nivel supralegal en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, dónde se expresa el convencimiento de los Estados Partes acerca del rol de 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...*”; reconociendo además que éstos “...*para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe[n] crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.*”

El segundo punto que entendemos incorporado dentro del componente afectivo, corresponde al **apropiado cultivo del afecto moral o empatía**, definido por Davis<sup>120</sup> como “...reacción a la experiencia observada en el/la otro/a...”. En otras palabras, según lo señalado por la RAE,<sup>121</sup> es la “capacidad de identificarse con alguien y compartir sus sentimientos”. De modo teórico, la empatía según Davis comprendería, entre otros factores, la **toma de perspectiva**, es decir, la tendencia o capacidad para ponerse en el lugar del otro; la **preocupación empática**, caracterizada por los sentimientos de simpatía y preocupación orientados al otro/a que se encuentra en una situación negativa; las **respuestas intrapersonales**, esto es, aquellas reacciones cognitivas y emocionales del individuo frente al otro/a; y las **respuestas interpersonales**, que son aquellas acciones dirigidas al objeto de la empatía.

Creemos que es importante integrar la empatía, debido a que, en conformidad a diversos estudios hechos al respecto, tanto dentro del campo de la psicología como de la sociología,<sup>122</sup> ésta cumple un papel determinante en el desarrollo de la **“persona moral”**, entendida como “... aquella que se ha adherido a las

<sup>120</sup> DAVIS, M. H., “*Measuring individual differences in empathy: Evidence for a multidimensional approach*” (1983), en *Journal of Personality and Social Psychology*, N° 44, pp.113-126; citado en RETUERTO PASTOR, Ángel, “*Diferencias en empatía en función de las variables de género y edad*” (2004), en *Apuntes de Psicología*, Vol. 22, N° 3, p. 324. Versión on line disponible en [http://www.cop.es/delegaci/andocci/files/contenidos/VOI22\\_3\\_3.pdf](http://www.cop.es/delegaci/andocci/files/contenidos/VOI22_3_3.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013).

<sup>121</sup> Segunda acepción de la palabra “empatía”, del Diccionario Real Academia Española de la Lengua, Vigésimo Segunda Edición (2001). Disponible en versión online en <http://www.rae.es/rae.html>.

<sup>122</sup> Para mayor información acerca de la importancia de la empatía y las distintas investigaciones realizadas al respecto, ver RETUERTO PASTOR, Ángel, op. cit. (120), pp. 323 – 327.

tradiciones y valores sociales y los ha convertido en un conjunto de virtudes personales...”;<sup>123</sup> siendo el afecto moral o empatía uno de los cinco elementos centrales que compondrían la moralidad humana, junto con la conducta moral, el carácter moral, los valores morales y el razonamiento moral.<sup>124</sup> Destaca su estrecha relación con los principios morales (justicia, benevolencia) y su papel en el surgimiento de las emociones morales (compasión, indignación, *empathic injustice*), coadyuvando a la conexión entre el saber moral y el actuar moral. Además, es un importante factor en el desarrollo de la conducta prosocial altruista, es decir, aquella conducta dirigida voluntariamente a beneficiar a otra persona, sin esperar un beneficio propio a cambio; situación investigada y documentada ampliamente, junto con el también influyente rol que cumple la empatía como inhibidora de las conductas agresivas y antisociales. Por último, tenemos que el afecto y la empatía sirven para equilibrar la complejidad de las relaciones sociales, permitiendo respuestas afectivas más congruentes con los estados afectivos de los demás.

A mayor abundamiento, y con afán de que no parezca antojadiza nuestra apreciación, consideramos que es posible ver un reconocimiento del **afecto moral o empatía** en la misma **Convención sobre Derechos del Niño**, al hacer una interpretación finalista del **párrafo octavo** de su Preámbulo, donde se dispone que “... *el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.*”

Una disposición similar está recogida en el **Artículo 29 N° 1 letra d)** de la Convención, que presenta como un fin de la educación el “*Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena.*” Al enumerar las características o cualidades que deberá tener la educación y desarrollo del niño, hace referencia a nociones que guardan coherencia con la empatía y que, incluso, podemos entender que derivan en cierta medida de ésta; como sucedería con la tolerancia y la solidaridad,

---

<sup>123</sup> PUIG ROVIRA, Josep María, “*Construcción dialógica de la personalidad moral*” (Madrid, 1995), en Revista Iberoamericana de Educación, N° 8, Mayo – Agosto 1995, p. 109. Versión online en <http://www.rieoei.org/oeivirt/rie08a04.pdf> (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013).

<sup>124</sup> Sobre el particular, nos basamos en lo señalado por BERKOWITZ, Marvin W., “*Educar la persona moral en su totalidad*” (Madrid, 1995), en Revista Iberoamericana de Educación, N° 8, Mayo – Agosto 1995, pp. 71 – 84. Versión online en <http://www.rieoei.org/oeivirt/rie08a03.pdf> (Sitio web visitado por última vez el 28/12/2013).

cuestiones que en su origen necesitan de la capacidad de identificación y comprensión que entrega la empatía.

Para terminar lo relativo al aspecto emocional o afectivo, diremos que lo expresado acerca de la empatía, tiene una íntima correspondencia con la existencia y mantención de un entorno familiar idóneo, debido a que será la familia – entendida como un conjunto de personas unidas por vínculos de distinta índole, principalmente de afectividad y preocupación mutuas – el marco dentro del cual las relaciones significativas de apego seguro y amoroso construyen las bases para la futura conducta prosocial y altruista de los niños.

**iii. Aspecto intelectual:** El último componente de la faceta espiritual del interés superior del niño, se refiere a la consecución del mayor desarrollo y bienestar intelectual de los menores de edad. El diccionario de la RAE indica que **intelectual** es lo “Pertenciente o relativo al entendimiento”, siendo el entendimiento la “**razón humana**”, aquella “potencia del alma, en virtud de la cual concibe las cosas, las compara, las juzga, e induce y deduce otras de las que ya conoce.”<sup>125</sup>

Según lo postulado por el psicólogo soviético Lev S. Vygotski<sup>126</sup>, el desarrollo intelectual de los niños, niñas y adolescentes obedece tanto a la evolución de sus procesos de desarrollo biológico como de los procesos de aprendizaje que tengan, entre los cuales existe una dependencia recíproca, de carácter complejo y dinámico, pero que raramente se da de forma simétrica y paralela. Así, tenemos que el aprendizaje, en un principio, depende del nivel de madurez y desarrollo mental de los menores de edad; pero a su vez, y más aún cuando el aprendizaje está correctamente organizado y es entregado de forma adecuada, también sirve como fuente de desarrollo, al orientar y estimular procesos psicointelectivos internos de los niños.

Por tanto, tenemos que para el desarrollo intelectual cumple una función fundamental el **aprendizaje**, esto es, “la acción y efecto de aprender alguna cosa”, siendo **aprender** el “adquirir conocimiento de algo

---

<sup>125</sup> Primera acepción de la palabra “intelectual”, y primera acepción de la palabra “entendimiento”, del Diccionario Real Academia Española de la Lengua, Vigésimo Segunda Edición (2001). Disponible en versión online en <http://www.rae.es/rae.html>.

<sup>126</sup> VYGOTSKI, Lev S., “*Aprendizaje y desarrollo intelectual en la edad escolar*” (1984), en *Infancia y Aprendizaje*, N° 27/28, pp. 105 – 116. En el artículo, el autor analiza las teorías más importantes existentes en la psicología sobre la relación entre desarrollo y aprendizaje del niño, y luego presenta sus propias conclusiones.

por medio del estudio o de la experiencia.” En el caso de los menores de edad, este aprendizaje se lleva a cabo, por regla general, a través de la **educación**, que tiene como objeto “desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño o joven por medio de preceptos, ejercicios, ejemplos, etc.”<sup>127</sup>; que se manifiesta en la crianza y enseñanza entregada desde su nacimiento y durante su posterior crecimiento por sus padres o por su entorno familiar, sumándose los conocimientos y formación entregados luego en las instituciones educativas.

A nivel jurídico, tenemos que la **Convención sobre Derechos del Niño** en su **Artículo 28** consagra el derecho de todo menor de edad a la educación y establece diversas obligaciones que los Estados Partes deben cumplir, para que los niños puedan ejercer este derecho de forma progresiva de acuerdo a su nivel de desarrollo, y en condiciones de igualdad de oportunidades. A continuación, el **Artículo 29** señala los que deben ser los fines de la educación, que apuntan al desarrollo de una persona integral. Por su parte, nuestra **Constitución Política** en su **Artículo 19 N° 10** asegura el derecho a la educación, que *“tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.”*

En cuanto a los obligados por velar que este derecho sea ejercido efectivamente por los niños, tenemos que los padres son los principales llamados a cumplir con dicho imperativo, sin perjuicio de considerar también a otras personas que tengan algún tipo de vínculo con los menores de edad. En dicho sentido, el **Artículo 5** de la **Convención** establece que los Estados Partes respetarán las responsabilidades, derechos y deberes tanto de los padres, como de miembros de la familia ampliada, de la comunidad, de los tutores o de otras personas encargadas legalmente de los niños, para impartirles dirección y orientación adecuadas a los menores para que puedan ejercer sus derechos. En el caso de la legislación nacional, la **Constitución Política** dispone en su **Artículo 19 N° 10** que *“...los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos...”*; norma que es replicada de forma casi idéntica en el **Artículo 236** del **Código Civil**. A falta de los padres, el **Artículo 237** del mismo Código señala que dicho derecho-deber le corresponderá a aquella otra persona a quién se le haya confiado el cuidado de los hijos, *“la cual lo ejercerá con anuencia del tutor o curador, si ella misma no lo fuere.”* Refuerza la obligación que la ley impone a los padres, el hecho que el **Artículo 42** de la **Ley N° 16.618 de Menores**, establezca en su **N°3** como causal de inhabilidad moral de uno o ambos padres la circunstancia de no velar *“... por la crianza, cuidado personal o educación del hijo”*.

<sup>127</sup> Todas las referencias, del Diccionario Real Academia Española de la Lengua, Vigésimo Segunda Edición (2001), disponible en versión online en <http://www.rae.es/rae.html> (Última visita el 31/12/2013).

De acuerdo con lo que hemos visto, a nuestro parecer, en lo que respecta al resguardo del interés superior del niño, el desarrollo del aspecto intelectual de los niños, niñas y adolescentes debe ser enfocado en tres áreas básicas: la educación académica, la educación moral y la educación cultural.

En el caso de la **educación académica**, nos referimos a la educación impartida por los centros oficiales de enseñanza. Basándonos en lo establecido tanto en la **Convención sobre Derechos del Niño** en su **Artículo 28 N° 1 letras a) y b)**, en nuestra **Constitución Política** en su **Artículo 19 N° 10 incisos 3 y 4**, y en el **Artículo 323 inciso 2** de nuestro **Código Civil**, junto con tomar en cuenta que será considerado niño todo ser humano menor de dieciocho años; podemos establecer que la educación académica de los niños, siguiendo una evolución progresiva, comprende tres etapas. En primer lugar, está la **educación parvularia o preescolar**, que se efectúa durante los primeros cinco años de vida; luego viene la **educación primaria o básica**, que en nuestro país tiene una duración de ocho años; y finalmente, la **educación secundaria o media**, que tiene una duración de cuatro años en Chile. Las tres etapas son reconocidas como obligatorias por nuestra Constitución, además de establecer un imperativo al Estado chileno de garantizar su acceso a toda la población.

Por consiguiente, respecto de la educación académica de los menores de edad, la obligación principal de los padres (como también de su entorno familiar o de las personas encargadas legalmente de los niños) es proporcionarla, además de fomentarla y cuidar de impedir que exista ausentismo y deserción escolar por parte de los niños, durante las tres etapas que hemos indicado; a saber: educación preescolar, educación básica y educación media. Sobre el tipo y calidad de la educación que debe proveerse, nuestra Constitución consagra en su **Artículo 19 N° 11** la libertad de enseñanza, estableciéndose como limitaciones “... *las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional...*”, y señalando expresamente en su **inciso 4°** que “*Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos.*” En consecuencia, para el cumplimiento de dicho deber, los padres tienen plena libertad y un amplio campo de acción, sólo sujetos por el necesario respeto a los límites impuestos por la Constitución.

En segundo lugar, hemos considerado a la **educación moral**. Respecto de su naturaleza, es posible encontrar dentro de los estudios de la sociología y la psicología distintas vertientes, de las que haremos una somera mención, para ilustrar la importancia que reviste una adecuada educación moral en el desarrollo del niño como persona, y así fundamentar mejor nuestro punto. En primer lugar están las posiciones **sociologistas** - cuyo principal exponente es el sociólogo francés Émile Durkheim -, según las cuales la educación moral “es un proceso mediante el cual los sujetos reciben de la sociedad el sistema vigente de valoraciones y normas, que se les imponen con una fuerza ajena a su conciencia y voluntad.”<sup>128</sup> De esta manera, “las normas morales se definen como una obra colectiva que recibimos y adoptamos en mayor o menor medida, y que no contribuimos a elaborar.”<sup>129</sup> Para Durkheim, el papel de las normas morales implica “determinar la conducta, fijarla, sustraerla de la arbitrariedad individual”,<sup>130</sup> permitiendo mantener un determinado orden social, que posibilita la reciprocidad social y la libertad interindividual. La gran crítica que se hace a esta forma de entender la educación moral está dada por el hecho que, en su aplicación, puede quedar reducida a un simple proceso social de adaptación del individuo para el acatamiento de las normas que se le imponen desde la sociedad; cuestión a todas luces riesgosa y cuyos ejemplos históricos más patentes encontramos en los regímenes políticos totalitarios.

Como respuesta a esta vertiente, surgió otra denominada de “**Clarificación de valores**”, que basa la educación moral en modelos de tipo relativista y subjetivo, y de esta manera, entiende que las cuestiones morales deben ser resueltas mediante decisiones individuales. La educación moral, en este caso, debe partir del supuesto que los valores son una realidad personalísima, y por lo tanto, “...no se trata de enseñar un determinado sistema de valores sino de facilitar procesos personales de valoración. Cada individuo debe discernir los valores que quiere hacer suyos mediante un proceso eminentemente individual. Y, si le es posible, debe hacerlo intentando superar los límites, los condicionamientos y las presiones sociales impuestas.”<sup>131</sup> De hecho, lo único que cabría enseñar, según este modelo, sería la habilidad y “claridad” para decidir lo más conveniente, en base a unos valores que cada individuo poseería de antemano,

---

<sup>128</sup> PUIG ROVIRA, Josep María, op. cit. (123), p. 103.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>130</sup> DURKHEIM, Émile, “*La Educación Moral*” (Madrid, 2002), Ediciones Morata, p. 54.

<sup>131</sup> PUIG ROVIRA, Josep María, op. cit. (123), p. 105.

ajustándose a sus propios deseos y preferencias. Sin embargo, este modelo, al tener un carácter subjetivo y personal, corre el riesgo de transformarse en puro individualismo.

Una tercera vertiente es aquella que postula una **educación moral “cognitiva y evolutiva basada en el desarrollo del juicio moral.”**<sup>132</sup> Los autores más destacados de esta tendencia (J. Dewey, J. Piaget y L. Kohlberg), cada uno con su énfasis y matices, fundamentan sus posturas en tres principios básicos comunes; a saber: primero, “que la educación moral es un proceso de desarrollo que se basa en la estimulación del pensamiento sobre cuestiones morales, y cuya finalidad es facilitar la evolución de la persona a través de distintas etapas...”;<sup>133</sup> en segundo término, y derivado de lo anterior, está la posibilidad de diseñar fases o “estadios” en el desarrollo moral que un individuo va pasando; y por último, que las fases superiores del juicio moral son mejores y más deseables que las fases anteriores. Si bien esta vertiente ha contribuido a entender la educación moral de forma coherente con una sociedad pluralista y democrática, su desventaja está en el hecho de que el individuo efectúa sus juicios morales en un “ambiente de laboratorio”, lejos de la realidad social.

Por último, está la vertiente que entiende a la educación moral como **“Construcción de la personalidad”** (a cuya visión adherimos), que toma los aspectos positivos de las anteriores posturas, elaborando un proceso de desarrollo con los siguientes elementos; a saber: el primer paso de la construcción de la personalidad parte con un proceso de adaptación a la sociedad y asimismo, adquiriendo las pautas sociales básicas de convivencia y reconociendo los valores, criterios y puntos de vista personales; en segundo lugar, corresponde a la transmisión de los elementos culturales y de valor que son base de las creencias y hábitos morales considerados deseables (por ej., la justicia, la vida democrática, los derechos humanos); luego, tenemos la formación de las capacidades personales de juicio, comprensión y autorregulación que permiten enfrentar de manera autónoma los conflictos morales individuales, y también sociales; finalmente, la construcción de la personalidad concluye con la edificación de un modo de vida propio, en el que se cristalizan los valores y opciones morales del individuo.

---

<sup>132</sup> PUIG ROVIRA, Josep María, op. cit. (123), p. 106.

<sup>133</sup> *Ibidem*.

Tomando en consideración lo hasta aquí señalado, podemos ver que, independiente de los distintos enfoques dados por cada una de las vertientes, destaca la vital importancia que reviste la educación moral en el desarrollo de la persona humana, y por ende, en el desarrollo de la misma sociedad. Por dicha razón, creo que es relevante atender a un adecuado cumplimiento de esta dimensión del desarrollo espiritual de los niños para entender resguardado su superior interés.

Respecto del fundamento legal para entender incluida a la educación moral dentro del interés superior del niño, nuevamente nos remitimos a la **Convención sobre Derechos del Niño**. Un primer argumento lo encontramos en el **párrafo octavo** de su **Preámbulo** – que ya citamos respecto del adecuado cultivo de la empatía, elemento constituyente de la persona moral –, donde se indica expresamente que *“el niño debe [...] ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.”* A su vez, el **Artículo 29 N° 1** de la Convención, en su **letra b)** establece que una de las finalidades de la educación será *“Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas...”*; en su **letra d)** que la educación deberá *“Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena...”*; y en su **letra e)** que deberá *“Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural”*.

Por último, consideramos a la **educación cultural**, en conformidad a lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño. Según lo establecido en su **Artículo 29 N° 1 letra c)**, la educación cultural la entendemos referida a *“Inculcar al niño el respeto [...] de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya.”* Además, y de acuerdo a lo señalado por el **Artículo 31**, debemos integrar también dentro de ella la participación de los menores de edad en actividades culturales y artísticas.

En resumen, como hemos podido ver, la **mayor realización espiritual** implica verificar la existencia de un adecuado cuidado y desarrollo de los niños, niñas y adolescentes en las tres áreas que hemos señalado,

esto es, la **psíquica**, la **emocional o afectiva** y la **intelectual**. En los tres aspectos, según se ha podido comprobar mediante diversos estudios hechos desde la psicología y la sociología, cumplen un rol fundamental los padres esencialmente, además de la familia, entendida esta última de la manera como hemos venido señalando, o sea, dando mayor primacía a los vínculos de afectividad y preocupación mutua que haya entre sus miembros.

Así, tenemos que para un óptimo desarrollo de los menores de edad en cualquiera de los tres ámbitos que hemos examinado, se ha podido concluir que es indispensable preocuparse de "...la calidad de las relaciones de los niños, en especial con aquellas otras personas significativas en su vida...".<sup>134</sup> Además, se ha logrado saber que, particularmente respecto de los **aspectos psíquicos y afectivos**, "los niños desarrollan personalidades más sanas con los demás si quienes se ocupan de ellos son cariñosos y coherentes, si responden, si son idóneos y sensibles a las indicaciones del niño."<sup>135</sup> Por otro lado, se ha encontrado que "...el afecto y la empatía de los padres promueven la empatía y el comportamiento prosocial en los hijos"<sup>136</sup>, sumado a que el comportamiento prosocial de los progenitores constituye el modelo de imitación más efectivo para los niños. En el **aspecto intelectual académico**, se ha podido determinar también que un contexto familiar idóneo, intacto (es decir, sin separación o divorcio de los padres) y, dentro de lo posible, sin conflictos familiares, repercute en que los niños, niñas y adolescentes presenten un menor ausentismo escolar, un mejor rendimiento académico y finalicen sus estudios.<sup>137</sup> Por último, en el **desarrollo moral** de los niños, su internalización moral "requiere una buena relación afectiva entre padres e hijos y que éstos aprecien y quieran reproducir sus modelos y valores morales."<sup>138</sup> Sumado a lo anterior,

<sup>134</sup> BERKOWITZ, Marvin W., op. cit. (124), p. 85.

<sup>135</sup> BERKOWITZ, Marvin W., op. cit. (124), p. 85.

<sup>136</sup> ORTIZ BARÓN, María José – APOCADA URQUIJO, Pedro – ETXEBARRÍA BILBAO, Itziar – FUENTES REBOLLO, María Jesús – LÓPEZ SÁNCHEZ, Félix, "*Predictores familiares de la internalización moral de la infancia*" (Oviedo, 2008), Vol. 20, N° 4, p. 713. Versión online en <http://www.psicothema.com/pdf/3545.pdf> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

<sup>137</sup> Sobre las consecuencias que tiene la ruptura familiar en los hijos, consultar CANTÓN DUARTE, José – CORTÉS ARBOLEDA, María del Rosario – JUSTICIA DÍAZ, María Dolores, "*Las consecuencias del divorcio en los hijos*" (Madrid, 2002), Revista de Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Vol 2, N°3, 2002, pp. 47-66. Versión digital para descarga en <http://www.masterforense.com/pdf/2002/2002art18.pdf> (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013). Dónde se analizan diversos estudios internacionales al respecto, relativos a distintos problemas que los cambios en la estructura familiar llega a generar, basados en los principales factores de riesgo y problemas de adaptación de los hijos. Debo hacer presente que en mi búsqueda, no fue posible encontrar estudios similares respecto del tema, aplicado a la realidad chilena.

<sup>138</sup> ORTIZ BARÓN, María José y otros, op. cit (136), p. 712.

también es importante que los padres cumplan con el derecho de los niños a la educación preescolar, primaria y secundaria, debido a que la escuela puede actuar como facilitadora de su educación moral, al complementar los efectos positivos de la familia en su formación moral; o bien, puede actuar como subsanadora del papel de la familia, al sustituir la ausencia de influencias o corregir las influencias negativas.<sup>139</sup>

### b) **Mayor realización material.**

Siguiendo nuestro tratamiento del primer criterio objetivo general para el interés superior del niño que hemos postulado, nos toca examinar ahora qué cosas debe comprender la dimensión material del principio. Para comenzar, señalaremos que el vocablo **material** es aquello “Perteneiente o relativo a la materia” y “Opuesto a lo espiritual”; siendo la **materia**, “Realidad espacial y perceptible por los sentidos, que [...], constituye el mundo físico.” Por su parte, **físico** puede ser entendido como aquello “Perteneiente o relativo a la constitución o naturaleza corpórea, en contraposición a moral.”<sup>140</sup> A partir de este análisis etimológico, podemos concluir desde ya que, así como la dimensión espiritual está enfocada al mayor desarrollo y bienestar de la persona moral de los niños; la dimensión material tiene como fin el mayor desarrollo y bienestar de la **persona física** de los menores de edad.

Al respecto, la **Convención sobre los Derechos del Niño** en su **Artículo 27 N° 1** reconoce “*el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.*” Enseguida, en el **N° 2** establece que “*A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño...*”; y en su **N° 3**, se dispone que los Estados Partes deben tomar las medidas apropiadas para entregar ayuda a los padres u otras personas encargadas del niño para hacer efectivo este derecho a un nivel de vida adecuado, y si fuere necesario, proporcionarles asistencia material y apoyo, especialmente en lo relativo a **nutrición, vestuario y vivienda**. Por su parte, en la legislación chilena, el **artículo 224 del Código Civil**,

<sup>139</sup> BERKOWITZ, Marvin W., op. cit. (124), p. 86.

<sup>140</sup> El análisis etimológico realizado a las distintas palabras estudiadas, está basado en referencias hechas al Diccionario de la RAE, debiendo entenderse dirigidas a la Vigésima Segunda Edición (2001), la que se encuentra en su versión online, en la siguiente dirección: <http://www.rae.es/rae.html> En este caso particular, están la primera y segunda acepción de la palabra “material”; y las segundas acepciones de los vocablos “materia” y “físico”.

en su **inciso 1º** señala “*Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la **crianza** y **educación** de sus hijos.*” Relacionado con esta norma, el posterior **artículo 230** señala en su primera parte que “*Los gastos de **educación**, **crianza** y **establecimiento** de los hijos...*”, son de cargo de la sociedad conyugal, si la hubiere, o en su defecto, de ambos padres según sus facultades económicas.

Como podemos ver, dichas normas nos entregan ciertos conceptos que nos permiten definir que debemos entender por realización material. De este modo, un primer elemento que destaca, es el referido a la **crianza**, la acción de criar a un niño, niña o adolescente, lo que implica preocuparse por su **alimentación**, por su **cuidado** y por su **educación**, según se desprende de las distintas acepciones que del vocablo existen en el diccionario de la RAE. Luego, aparece la noción de **establecimiento**, la cual se relaciona con las ideas de avecindarse o fijar residencia, y por lo tanto, con la **vivienda**. Creemos que existiendo una adecuada preocupación y satisfacción de estos cuatro ámbitos – a saber: alimentación, cuidado, educación y vivienda -, es del todo asequible la mayor realización material del niño.

El primero de los ámbitos identificados, corresponde a la **alimentación**, que en este punto, junto con la idea clásica de **nutrición**, la entenderemos también ligada al significado jurídico de “*Suministrar a alguien lo necesario para su manutención y subsistencia, conforme al estado civil, a la condición social y a las necesidades y recursos...*”<sup>141</sup> tanto de quién recibe dicha alimentación como de quién la otorga. A mayor abundamiento, según lo expresa el profesor Ramos Pazos,<sup>142</sup> el concepto jurídico de **alimentos**, “*comprende no sólo el sustento (comida), sino también los vestidos, la habitación, la enseñanza básica y media y los costos de aprendizaje de una profesión u oficio...*”, conforme lo regulado por el **Artículo 323 del Código Civil**.

En cuanto a la alimentación propiamente tal, podemos indicar que dentro de la normativa internacional está reconocido el “derecho a la alimentación”, recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y que consistiría en “*el derecho a poder [...] comprar una alimentación segura, nutritiva y culturalmente aceptable, no solo para quedar libre del hambre sino también para asegurar salud y bienestar*”.<sup>143</sup> Lo

<sup>141</sup> Sexta acepción del vocablo “alimentar”, del Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición (2001), que se encuentra en su versión online, en la siguiente dirección: <http://www.rae.es/rae.html>

<sup>142</sup> RAMOS PAZOS, René, “*Derecho de Familia*” (Santiago, 7ª Edición, 2010), Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, p.525.

<sup>143</sup> Varios Autores, “*Derecho a la Alimentación y Soberanía Alimentaria*” (Córdoba, España, 2008), CEHAP: Cátedra de Estudios sobre Hambre y Pobreza (Editor), Servicio Publicaciones de la Universidad de Córdoba, p. 25.

primordial, es que los niños, niñas y adolescentes, para concretar este derecho y puedan lograr su mayor realización material, necesitan, como toda persona, *“tener acceso físico, económico y social, oportuna y permanentemente, a una alimentación adecuada en cantidad y calidad, [...] para mantener una vida saludable y activa”*.<sup>144</sup>

En este caso, el principal obligado para el aseguramiento del acceso a los alimentos es el Estado, que debe adoptar todas las medidas pertinentes para ello, manifestadas en la ayuda social y en el suministro de la alimentación básica a los niños y grupos en riesgo social, por intermedio de sus redes asistenciales. Sin embargo, y como se desprende de las normas del Código Civil que hemos citado convenientemente, los padres (incluyendo con ellos a la familia u otras personas encargadas) también deben poner a disposición de los niños, niñas y adolescentes, alimentos en la cantidad y la calidad que les permita su situación socioeconómica, pero garantizando al menos el mínimo necesario para que logren un adecuado desarrollo físico y mental, a más de saludable. En razón de esto, creemos que en aquellos casos extremos en que los padres no dispongan de los medios económicos suficientes para satisfacer dicho mínimo de alimentación, tienen el deber ineludible de acudir a todas las instancias de ayuda que el Estado dispone, sobre todo durante la primera infancia. A nuestro parecer, sólo actuando de dicha manera, se podrá juzgar que los padres están velando apropiadamente por el interés superior del niño en esta materia.

Todo lo anterior, es aplicable igualmente al **vestuario** como a la **habitación o vivienda**, necesidades básicas que también deben ser satisfechas de buena forma, aunque siempre en concordancia con la situación social y las facultades económicas de los padres, de la familia o de las personas encargadas de los niños, niñas y adolescentes. En el caso de la **vivienda**, creemos que junto con el buen estado general del inmueble, habrá de repararse asimismo en que exista el mejor acceso posible a los servicios básicos (electricidad, agua potable, alcantarillado, calefacción), atendidas las circunstancias de su emplazamiento, de urbanización del sector, de condición socioeconómica de los padres.

---

<sup>144</sup> VIVERO POL, José Luis – MONTERROSO, Luis Enrique, *“La Política y el Derecho como instrumentos de lucha contra el hambre. Avances en el derecho a la alimentación en América Latina y el Caribe”* (2008), en *“Derecho a la Alimentación y Soberanía Alimentaria”*, op. cit. (143), p. 277.

En lo relativo a la **educación**, como ya lo delimitáramos al tratar el derecho a la educación dentro del aspecto intelectual de la mayor realización espiritual de los menores de edad, este punto, en el ámbito material, se refiere al mejor acceso a la educación preescolar, básica y media que puedan conceder los padres, en relación a sus facultades económicas. Si bien, el Estado chileno, en el **Artículo 19 N° 10** de nuestra **Constitución Política** se compromete a garantizar un sistema gratuito de educación parvularia, básica y media, de carácter público y que en estos momentos es administrado por las municipalidades; creemos que para entender protegido el interés superior de los niños, niñas y adolescentes en materia académica, se les debe permitir acceder a la institución educativa de mayor calidad que exista dentro de las diversas alternativas posibles, quedando los establecimientos educacionales “estatales” sólo como una opción subsidiaria, para los casos de padres y familias de escasos recursos.

Finalmente, en lo relativo al **cuidado**, comprendemos, en primer lugar, el **derecho a la salud**. La **Convención sobre los Derechos del Niño**, en su **artículo 24 N° 1** reconoce el derecho del niño *“al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud...”*; además de comprometer a los Estados Partes para garantizar que ningún niño quede privado de disfrutar de los servicios sanitarios. Junto con ello, en el **N° 2** se indican las medidas que deben tomar los Estados para asegurar *“la plena aplicación de este derecho”*, las que estarán destinadas, entre otros fines, para: reducir la mortalidad infantil; asegurar prestación de asistencia médica y atención sanitaria que necesiten los niños; desarrollar la atención primaria de salud, para combatir las enfermedades y la malnutrición de los niños; suministrar agua potable salubre y alimentos nutritivos a los niños; asegurar atención prenatal y postnatal a las madres; poner en conocimiento de los padres y los niños los principios básicos de salud, nutrición, higiene, saneamiento ambiental, y las ventajas de la lactancia materna, entregándoles apoyo en la aplicación de dichos conocimientos. En el caso de nuestra **Constitución Política**, consagra el **derecho a la protección de la salud** en su **Artículo 19 N° 9**, dónde consagra expresamente que *“El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo...”*, además del compromiso del Estado a garantizar la *“ejecuciones de las acciones de salud”*, esto es, todas las prestaciones de salud, sean éstas realizadas por instituciones públicas o privadas. Por último, establece el derecho de las personas a elegir libremente entre un sistema de salud estatal o uno privado.

En virtud de lo indicado, en lo que respecta al **cuidado de la salud de los niños**, se encontrará satisfecho su interés superior y, por ende, se estará proveyendo su mayor realización material en esta imprescindible y fundamental faceta del desarrollo vital de los menores de edad, sólo cuando se verifique, por parte de los padres, de la familia o de las personas responsables por su cuidado, una apropiada preocupación y satisfacción de las necesidades sanitarias y médicas de los niños, niñas y adolescentes. Sin perjuicio del apoyo que el Estado, mediante sus políticas públicas, debe prestar a los padres para el cumplimiento de dicha tarea, en la práctica tendrán prioridad las opciones de vida y preferencias familiares, siempre y cuando no atenten contra los derechos del niño.

No obstante esta primacía del parecer de la familia, creemos que la actuación subsidiaria del Estado en materia de salud infantil (como también en la educación), impone un **criterio mínimo de valoración** acerca de lo que los padres deben hacer en pos del desarrollo y mayor realización material de los menores de edad; en el sentido que se les debe exigir, como mínimo, la asistencia a los programas públicos de atención de salud, el cumplimiento de las indicaciones médicas y el seguimiento de los tratamientos e intervenciones respectivas, particularmente durante los años de primera infancia o infancia temprana, que es un período clave en el crecimiento y la evolución futura de los niños, niñas y adolescentes.

Un segunda cuestión que incluimos en lo que respecta al cuidado de los niños, vinculado con su salud física y mental, tiene que ver con el *“derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes...”*, consagrado en el **Artículo 31** de la **Convención sobre los Derechos del Niño**. Esta norma establece una clara obligación de los padres a fomentar el juego, el deporte, las actividades recreativas y la participación en actividades artísticas y culturales de los niños, niñas y adolescentes, de acuerdo a la edad y nivel de desarrollo de ellos; además de imponerles el deber de respetar el tiempo y lugares de descanso de los menores de edad.

Como último punto relativo al cuidado, haremos mención al **derecho que tiene todo niño de beneficiarse de la seguridad social**, reconocido por el **Artículo 26** de la **Convención**. En base a esta

disposición, en aquellos casos calificados en los cuáles, por la situación social y nivel de recursos económicos del grupo familiar, los niños sean beneficiarios de cualquier tipo de prestación, programa de ayuda o asistencia social entregada por el Estado u otras instituciones públicas o privadas; sus padres, familiares o personas encargadas deben ejecutar todas las acciones tendientes para obtener las prestaciones o incorporarse a los distintos programas de intervención social que sean necesarios y pertinentes.

### c) **Mayor realización “posible”.**

El vocablo **posible**, según las acepciones que tiene en el diccionario de la RAE, nos remite a los *“medios disponibles para hacer algo”*, como asimismo a los *“bienes, rentas o medios que alguien posee o goza”*.<sup>145</sup> En consecuencia, en este caso, al referirnos a la mayor realización posible, estamos hablando, en un comienzo, acerca de **aquella mayor realización que nos permitan los medios que estén disponibles**, principalmente vinculado a los recursos socioeconómicos que posean o los padres, o la familia o las personas encargadas de los menores de edad. Tratándose de la situación de un grupo familiar que carezca de recursos o bienes, o éstos sean exiguos e insuficientes, deberemos entender que la mayor realización posible será aquella que pueda conseguirse por intermedio de las políticas públicas y programas de ayuda social que el Estado u otras instituciones pongan a disposición de los ciudadanos.

Por consiguiente, en razón de lo antedicho, hemos concluido que la palabra **posible** nos marca con mucha mayor claridad aquél **criterio mínimo de valoración** al que ya aludimos, en relación al resguardo del derecho a la salud de los menores de edad. De acuerdo con nuestro razonamiento, este criterio mínimo de valoración para determinar que, por una parte, se está protegiendo adecuadamente el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y, por otra, se está promoviendo la mayor realización espiritual y material de éstos; consistirá en exigir de los padres, familiares o personas encargadas de su cuidado, cuando las circunstancias particulares no lo permitan de una mejor manera, que por lo menos realicen todas las acciones conducentes para beneficiarse de los distintos programas de asistencia social que existan, en las diferentes áreas que son de importancia para un buen desarrollo de los menores de edad y que hemos enumerado; a saber: alimentación, atención de salud física y mental, vivienda, seguridad social, educación.

---

<sup>145</sup> Tercera y cuarta acepciones de la palabra “posible”, del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, Vigésimo Segunda Edición (2001). Disponible en versión online en <http://www.rae.es/rae.html>.

Para finalizar, y extrapolando al máximo el término **posible**, creemos que éste también nos permite comprender dentro de sí, la situación concreta e individual del niño, niña o adolescente cuyo interés superior se trate de determinar; y en virtud de ello, deberá atenderse a las particularidades y circunstancias específicas que estén presentes.

Como sabemos, y como muy bien lo aclara Verónica Undurraga Valdés,<sup>146</sup> “la determinación del interés superior del niño siempre es un juicio concreto referido a un niño o niña en particular...”, el cual es un sujeto de derechos plenamente reconocido. De esta manera, “[c]ada niño o niña debe ser tomado como un individuo especial y concreto, se deben respetar sus características personales, su sensibilidad, sus memorias, expectativas y afectos; se debe pensar en sus necesidades afectivas e intelectuales y en cómo se puede fomentar el mejor goce y ejercicio de sus derechos y el desarrollo de sus capacidades futuras.”<sup>147</sup> Por este motivo, al momento de resolver en base al principio del interés superior del niño, es indispensable precaver los juicios generales sobre el bienestar de los menores de edad, sin confrontarlos antes con la situación concreta del niño, niña o adolescente sobre quien se esté emitiendo el juicio.

Además, según la misma autora, “el juez debe atender a las circunstancias actuales, reales y concretas de vida y experiencia del niño o niña...”,<sup>148</sup> cuestión que compartimos. En razón de esto, advertimos que la determinación del interés superior del niño y su aplicación en un caso concreto respecto de un niño, niña u adolescente particular no puede prescindir de la consideración y valoración de la realidad en la que éste vive, ni del contexto familiar y social en el que se desenvuelve, ni de su situación socioeconómica; circunstancias cuya correcta ponderación constituye un deber ineludible para el juzgador.

---

<sup>146</sup> UNDURRAGA VALDÉS, Verónica, “*Interés superior del niño/a y Tuición de la madre o padre homosexual*” (2006), en *Revista de Derechos del Niño*, Universidad Diego Portales y Unicef, Números 3 y 4, Octubre 2006, p. 326. Versión online disponible en [http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos\\_documento/192/revista%20derechos%203\\_4.pdf](http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos_documento/192/revista%20derechos%203_4.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

<sup>147</sup> UNDURRAGA VALDÉS, Verónica, op.cit. (146), p. 327.

<sup>148</sup> *Ibidem*.

2) **Segundo criterio objetivo general: Guiar el ejercicio de los derechos esenciales o fundamentales del niño, de acuerdo a sus facultades.**

Este segundo criterio objetivo general que postulamos, se ha tomado de la **segunda parte del Artículo 222**, que consagra este deber paterno de *dirección, orientación y gobierno* de los niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos para ellos, tanto a nivel supralegal e internacional (Convención sobre Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Reglas de Beijing para la Administración de Justicia de Menores, entre otros), como en el ordenamiento jurídico chileno, ya sea a nivel constitucional o de las diversas leyes que regulan materias relacionadas con la infancia y adolescencia.

La segunda parte del **Artículo 222** viene a ser el equivalente del **Artículo 5** de la **Convención sobre Derechos del Niño**, que dispone que los Estados Partes respetarán la responsabilidad, el derecho y el deber de los padres o de los miembros de la familia ampliada, o de los tutores o personas encargadas legalmente de los menores de edad, *“de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”* En el caso de la norma del Código Civil, se refiere a los *“derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”*, sin distinción.

Como una forma de aclarar esta referencia, y relacionándola con similar mención que hace el artículo 5 de la Convención; creemos que debe ser entendida, en primer lugar, como dirigida al denominado **“núcleo duro”** de derechos del niño reconocidos por la Convención, postulado por el jurista argentino Diego Freedman.<sup>149</sup> Esto significa que, a nuestro parecer, los principales derechos en cuyo ejercicio los padres, la familia o las personas encargadas legalmente de los niños, niñas y adolescentes deben tener una activa función orientadora y dirigente, serán aquellos cuya importancia hace que prevalezcan siempre frente a los intereses colectivos y los derechos de terceros. Esta categoría de derechos Freedman los enumera, y se trata de los siguientes: el *derecho a la vida* (Artículo 6), el *derecho a la identidad y nacionalidad* (Artículos 7 N°1 y 8 N°1), el *derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión* (Artículo 14 N°1), el *derecho a la salud* (Artículo 24 N°1), el *derecho a un nivel de vida adecuado* (Artículo 27 N°1), el *derecho a la educación* (Artículo 28 N°1), el *derecho*

<sup>149</sup> FREEDMAN, Diego; op. cit. (22), p. 2. Al respecto, ver también lo señalado en el Capítulo Segundo de esta Memoria, pp. 31-32.

*del niño al descanso y al esparcimiento, al juego y a participar en actividades recreativas, artísticas y culturales* (Artículo 31 N°1), y finalmente, las *garantías penales y procesales penales* (Artículo 40 N°1 y 2).

Como se puede ver de la enumeración que Freedman hace, muchos de los derechos (a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar actividades propias de su edad) ya lo hemos tratado dentro del primer criterio que postulamos, referido a la mayor realización espiritual y material posible de los niños, niñas y adolescentes; cuestión que no hace más que reafirmar su significación dentro de lo que debemos entender comprendido en el interés superior del niño.

Además, el segundo criterio objetivo general que ahora tratamos, confirma el rol fundamental que tienen los padres – o en su defecto, los miembros de la familia o las personas encargadas legalmente de los menores de edad – en garantizar el interés superior del niño y en la realización de acciones positivas para su protección, así como también para el adecuado ejercicio de sus derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes. Esta situación queda de manifiesto, por ejemplo, en el ineludible cumplimiento de lo mandatado por el **Artículo 7 de la Convención**, que ordena que el niño *“será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”* Dicha obligación de inscribir el nacimiento del infante para conferirle nombre y nacionalidad recae de manera inmediata en sus padres, o en su defecto, en otros miembros de su familia o en las personas encargadas legalmente de su cuidado.

Sin perjuicio de lo señalado, las dos normas que jurídicamente fundamentan este segundo criterio, amplían el catálogo de derechos que para Freedman constituyen el “núcleo duro”, y por dicha razón, igualmente debemos incluir dentro de los derechos de los niños cuyo ejercicio debe ser orientado y dirigido por los padres, a aquellos derechos que están consagrados por la Convención, pero que admiten su limitación en pos de intereses colectivos y derechos de terceros. Esta categoría está compuesta por los derechos señalados en el Artículo 10 N°2 (*derecho del niño y sus padres a salir o entrar a cualquier país*), en el Artículo 13 (*derecho a la libertad de expresión*), en el Artículo 14 N°3 (*libertad de profesar propia religión o creencias*) y

en el Artículo 15 (*libertad de asociación*), donde se establece de forma expresa las restricciones relacionadas con el respeto de los derechos de terceros y con el resguardo de intereses colectivos (*seguridad nacional, orden público, salud o moral públicos*). En estos casos, dados los términos en que han sido estipulados por la Convención, la orientación y dirección de los padres en el ejercicio de los citados derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes adquiere mayor entidad; puesto que deben guiar con mayor atención a los menores de edad para que ejerzan correctamente sus derechos fundamentales, respetando los límites definidos para cada uno de éstos.

Por último, también debemos considerar aquellos derechos fundamentales contenidos en los otros tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, a saber, particularmente la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; aunque debemos precisar que sus garantías han sido recogidas en gran medida por la Convención; además de los derechos consagrados por nuestra **Constitución Política** en su **Artículo 19**.

Ahora bien, siendo la protección, dirección y orientación paterna un deber moral desde el nacimiento de los hijos, al ser instituido en la Convención e incorporado luego en nuestro ordenamiento jurídico por intermedio de la Constitución y el Código Civil, el rol orientador de los padres se transforma, además, en un imperativo legal. Adquiere aún mayor relevancia, si consideramos que los derechos fundamentales reconocidos para los niños, niñas y adolescentes, dada la situación de éstos, sumado a su falta de madurez física y mental y su personalidad en construcción, pueden ser ejercidos en ciertos casos de forma directa por los menores y en otros necesariamente deben ser ejercidos de forma indirecta a través de un representante legal, papel que recaerá por regla general, en los padres.

En cuanto al ejercicio directo del menor o “autoejercicio”, tenemos que “el menor puede ejercer por sí mismo todos los derechos fundamentales, aunque no todas las facultades que constituyen su

contenido...”.<sup>150</sup> Así, de acuerdo a lo que señala el jurista español Aláez Corral<sup>151</sup>, encontraremos casos de facultades de un derecho fundamental que, por su propia naturaleza, sólo pueden ser ejercidas de manera personal por el menor titular del derecho. Pero, a su vez, también habrá otras facultades que, no obstante ser ejercitables por los representantes legales del niño, niña u adolescente, éste último podrá ejercer por sí mismo luego de alcanzar cierto nivel de madurez, y por tanto, de capacidad.

Siguiendo lo postulado por el mismo autor, es posible hallar dos ámbitos en los que el menor de edad puede actuar directamente; a saber: por una parte, el de “aquellos actos en los que no es posible la intervención de un tercero en garantía de sus intereses”<sup>152</sup>, que Aláez Corral llama “**actos naturales**”; y por otra, el de “aquellos otros actos en los que cabe la intervención de un tercero en garantía de sus intereses, durante el tiempo en que necesite heteroprotección y sea incapaz de autoprotgerse por sí mismo”<sup>153</sup>, relacionado con la realización de actos jurídicamente relevantes por parte del menor.

Respecto de los denominados “**actos naturales**”, se trata de aquellos actos “que forman parte del ámbito de libertad garantizado por el derecho fundamental”<sup>154</sup>. Tenemos que ciertas facultades del derecho a la vida, la libertad personal, la libertad de expresión, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el derecho a la vida privada y a la honra personal; por su naturaleza personalísima, sólo pueden ser ejercidas por los propios niños, niñas y adolescentes, puesto que sólo de dicha manera los derechos se ven satisfechos, sin perjuicio de que los menores aún no posean la suficiente capacidad física o psíquica para el correcto despliegue de las citadas facultades. Si bien, los padres o representantes legales no pueden vivir, pensar, expresarse por o en representación de sus hijos; sí tienen las obligaciones morales y legales de proteger el ejercicio de los derechos de éstos, fomentar su desarrollo, y educar, orientar y dirigir a los

---

<sup>150</sup> ALÁEZ CORRAL, Benito, “*Minoría de edad y Derechos Fundamentales*” (Madrid, 2003), Editorial Tecnos, Colección Temas Claves de la Constitución Española, p. 126. Versión online en <http://www.unioviado.es/constitucional/miemb/alaez/menor.pdf> (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

<sup>151</sup> ALÁEZ CORRAL, Benito, op. cit. (150), pp. 127 y ss.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>153</sup> *Ibidem*.

<sup>154</sup> *Ibidem*.

menores de edad en la apropiada utilización de las facultades que los derechos les otorgan, especialmente cuando existen restricciones legales dispuestas, ya sea para el resguardo de los propios menores, o bien, para la tutela de derechos de terceros o intereses colectivos.

El segundo ámbito de ejercicio directo de sus derechos fundamentales por parte del menor, según lo que hemos indicado, tiene que ver con la **realización de actos jurídicamente relevantes**; para lo cual requerirá de la madurez y capacidad suficiente para actuar. Aláez Corral<sup>155</sup> distingue al respecto entre **actos que implican el ejercicio material del derecho fundamental y facultades de naturaleza procesal que contienen algunos derechos fundamentales**. En el caso del **ejercicio material del derecho**, el jurista español señala que en primer lugar, consistiría en **actos de naturaleza negocial**, esto es, en la celebración de negocios jurídicos por parte de un menor de edad, en razón de alguno de sus derechos fundamentales. Ejemplifica su postura, entre otros casos, con la posibilidad de que un menor, ejerciendo su derecho a la salud, pueda celebrar un contrato de servicios médicos privados por el que autoriza una intervención quirúrgica necesaria para su integridad física. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en España, donde existen disposiciones que excluyen de la potestad de representación materna o paterna aquellos “actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo...”<sup>156</sup>; en nuestro ordenamiento jurídico no hay normas similares, que permitan a los menores de edad celebrar, por sí mismos y sin autorización de otros, actos o contratos cuando la celebración de éstos sea necesaria para el goce de un derecho fundamental.

Así, tenemos que el **Código Civil Chileno** establece en el **Artículo 1447 inciso 1º** que los **impúberes**, esto es, los varones que no han cumplido catorce años y las mujeres que no han cumplido doce, son absolutamente incapaces para poderse obligar por sí mismos y sin la autorización de otra persona. A su vez, el mismo artículo en su **inciso 2º** señala que en el caso de los **menores adultos**, o sea, los varones

<sup>155</sup> ALÁEZ CORRAL, Benito, op. cit. (150), p. 130 – 141.

<sup>156</sup> La principal norma es el artículo 162 del Código Civil Español, que establece: “*Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo...*”. En el mismo sentido, ver también el Artículo 155 del Código de Derecho de Familia de Cataluña. Ambos Códigos, disponibles en versión digital en <http://civil.udg.edu/normacivil/> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

mayores de catorce y menores de dieciocho años, y las mujeres mayores de doce y menores de dieciocho años; dicha incapacidad legal es relativa, por tanto, sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes.

Esta situación de incapacidad de los niños, niñas y adolescentes, debemos relacionarla con las reglas del mismo Código que regulan la patria potestad, definida por el **Artículo 243** como “*el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados*”. En principio, de acuerdo a una interpretación *a contrario sensu* que puede hacerse del **Artículo 270**, la regla general está dada porque todo hijo menor de dieciocho años se encuentra en situación de no emancipado, y por consiguiente, sujeto a la patria potestad de sus padres; salvo las excepciones legales establecidas en la misma disposición, como también en los casos de emancipación judicial señalados en el **Artículo 271**, en cuyos numerales queda de manifiesto la importancia de la protección del interés superior del niño.

De este modo, según lo disponen los **Artículos 250 y 253 del Código Civil**, los bienes pertenecientes a todo niño, niña o adolescente que no esté emancipado, serán administrados por sus padres, quienes tendrán además el derecho legal de goce respecto de éstos; con las excepciones allí señaladas, en especial la referida al peculio profesional o industrial, es decir, al dinero o bienes que adquiera el hijo no emancipado producto del ejercicio de todo empleo, oficio, profesión o industria, respecto del cual se mirará como mayor de edad para su administración y goce, de acuerdo al **Artículo 251** del mismo cuerpo legal. Sumado a ello, en los **Artículos 260 y 261** encontramos la norma principal en esta materia, al establecer la exigencia que *los actos o contratos celebrados por un hijo menor de edad y no emancipado deben ser autorizados o ratificados por escrito por el padre o la madre que tenga la patria potestad*; y en caso que el hijo celebre negocios jurídicos sin dicha autorización, le obligarán exclusivamente en su peculio profesional o industrial.

Sin perjuicio de ello, para que un hijo pueda obtener un peculio profesional, como una forma de proteger el interés superior del niño y siendo manifestación de lo dispuesto en el **Artículo 32** de la

**Convención sobre Derechos del Niño**, que regula la relación de los niños, niñas y adolescentes con el trabajo – que a su vez, está reconocido como derecho fundamental en el **Artículo 19 N°16** de nuestra **Constitución Política** –; tenemos que nuestro **Código del Trabajo** establece normas estrictas al respecto. En primer lugar, el **Artículo 13** exige que, para la celebración de contratos de trabajo por parte de los mayores de quince y menores de dieciocho años, éstos deben tener autorización expresa de su padre o madre, o de sus abuelos paternos o maternos, o de los guardadores, personas o instituciones que tengan su cuidado o, a falta de todos los anteriores, del inspector del trabajo respectivo. En el caso de los menores de quince años, podrán celebrar contratos de trabajo para realizar espectáculos y actividades artísticas (indicadas en los **artículos 15 y 16**), previa autorización de las mismas personas ya señaladas. Sólo con dicha autorización, se considerará al menor de edad como plenamente capaz para ejercitar las acciones correspondientes.

Ahora bien, haciendo una mayor precisión del asunto, tenemos que según el **inciso 2º del Artículo 723 del Código Civil**, los **infantes** (es decir, los niños y niñas que no han cumplido siete años) son *“incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos o para otros.”* Con ello, por tanto, tenemos que todo menor de siete años, aunque ejerza un trabajo con la autorización exigida por ley (pensemos en el muy común caso de niños actores o niños artistas), no podrá adquirir bienes que conformen su peculio profesional o industrial. Por lo mismo, haciendo una interpretación extensiva de las disposiciones que hemos citado, vemos que *a fortiori* en el caso de los infantes es mayor la imposibilidad de realizar negocios jurídicos para ejercer sus derechos fundamentales.

En consecuencia, de acuerdo a todo lo indicado hasta ahora, podemos concluir que en la celebración de actos y contratos dentro del ámbito del ejercicio material de los derechos fundamentales reconocidos a los niños, niñas y adolescentes; la labor de guía y dirección que tienen los padres se hace más evidente, puesto que el campo de acción que permite nuestra legislación a los menores de edad en esta materia es restringido. Por ello, a pesar de la progresiva autonomía que van adquiriendo los menores con su desarrollo y madurez, mientras no cumplan los dieciocho años, la regla general está dada por la necesidad de la autorización de sus padres o de otras personas para actuar válidamente en el comercio jurídico; es que la tarea orientadora de los padres adquiere importancia, debiendo tener siempre a la vista su carácter

protector del interés superior del niño y, por ende, haciendo exigible que los padres, en su actuación, busquen la mayor realización espiritual y material posible de sus hijos.

El segundo aspecto que Aláez Corral<sup>157</sup> identifica dentro del ejercicio material de los derechos, guarda relación con aquellas **facultades de tipo no negocial** que están incorporadas en el contenido de sus derechos, para que los menores actúen frente a los poderes públicos. En Chile, el **Artículo 20** de la **Ley N° 19.880** sobre **Bases del Procedimiento Administrativo**, establece de forma expresa que *“Tendrán capacidad de actuar ante la Administración [...], los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela...”*. Sólo están exceptuados aquellos menores cuya incapacitación sea de tal gravedad que afecte el ejercicio y defensa de sus derechos o intereses, en cuyo caso, a nuestro entender, dicho ejercicio y defensa debe ser llevado a cabo en su representación por sus padres o las personas que tengan al menor bajo su cuidado. Esta norma viene a ser manifestación de lo consagrado en el **numeral 14** del **Artículo 19** de nuestra **Constitución**, relativa al derecho de petición.

Sin perjuicio de esta habilitación a los menores de edad para actuar por sí mismos frente a la Administración del Estado; en la práctica, el ejercicio de las distintas facultades conferidas y el uso correcto de los diversos procedimientos administrativos dependerá, en gran medida, por regla general, del apropiado apoyo y dirección que ejerzan los padres al respecto.

El último punto a tener en consideración en materia del ejercicio directo de los derechos fundamentales, según Aláez Corral,<sup>158</sup> se refiere a las **facultades de naturaleza procesal** que forman parte del contenido de algunos derechos fundamentales, y que los niños, niñas y adolescentes pueden ejercitar por sí mismos bajo ciertas condiciones establecidas por las leyes. En nuestro caso, dado el tenor de nuestra investigación, el análisis exhaustivo de este punto lo circunscribiremos al ámbito del derecho civil. Sobre el particular, de

<sup>157</sup> ALÁEZ CORRAL, Benito, op. cit. (150), p. 133-134.

<sup>158</sup> ALÁEZ CORRAL, Benito, op. cit. (150), p. 135-141.

acuerdo a las reglas establecidas por nuestro **Código Civil** para la patria potestad, podemos ver que el **Artículo 264** en su **inciso 1º** dispone que *“El hijo no puede parecer en juicio, como actor, contra un tercero, sino autorizado o representado por el padre o la madre que ejerce la patria potestad, o por ambos, si la ejercen de manera conjunta.”* Por otro lado, el **Artículo 265** establece que en las acciones civiles seguidas contra un hijo – interpretando por hijo, según lo hemos entendido, como aquél menor de edad no emancipado –, el demandante deberá dirigirse al padre o madre que tenga la patria potestad, para que éste autorice o represente al hijo en la litis.

Por consiguiente, como es posible deducir de las normas citadas, en el ejercicio de las facultades procesales por parte de un menor de edad dentro del contexto de un procedimiento judicial contra un tercero, tenemos que, en principio, será necesario considerar el grado de madurez y de autonomía progresiva del niño, niña o adolescente de que se trate. Si bien la ley no hace distinción alguna en esta materia, basándonos en lo que hemos visto acerca del ejercicio de los derechos, podemos concluir que en el caso de los **impúberes** (es decir, los niños menores de catorce años y las niñas menores de doce), al ser considerados por la ley como absolutamente incapaces para obligarse por sí mismos, la regla general será que el ejercicio de sus facultades procesales sea llevado a cabo por sus padres como representantes legales. Por su parte, en el caso de los **menores adultos**, al tener éstos una incapacidad relativa, creemos que sólo en principio se mantiene la regla general de representación legal paterna para actuar en un proceso judicial. Junto a ello, se consagra de forma expresa la posibilidad de actuar por sí mismos en un litigio, previa autorización del padre o madre que tenga la patria potestad.

Ahora bien, en caso que los progenitores nieguen dicha autorización o se encuentren inhabilitados para hacerlo, tanto el **inciso 2º del Artículo 264 del Código Civil** como el **inciso 2º del Artículo 265** siguiente, facultan al juez para que pueda suplir el rol de los padres, y conceda la autorización respectiva al menor de edad, nombrándole además un curador para la litis. Al referirse al juez, debemos entender que las disposiciones legales apuntan al juez de letras en lo civil dónde se tramite el proceso judicial de que se trate, ya sea iniciado por el propio niño, niña o adolescente, o bien, por un tercero en su contra.

En el supuesto que el hijo tenga que litigar en contra de su padre o madre que ejerza la patria potestad, según el **Artículo 263 del Código Civil** deberá siempre obtener la autorización del juez, quien le designará un curador para la litis. Además, el **inciso 2º** indica que si el padre o madre que tenga la patria potestad litiga como demandante o demandado contra su hijo, deberá proveerle a éste último expensas para la litis, que serán reguladas por el tribunal.

En materia de Derecho de Familia, tenemos que el **Artículo 19** de la **Ley N° 19.968 sobre Procedimiento ante Tribunales de Familia** establece como principio general en su **inciso 1º** que *“En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes [...], el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados.”* De esta manera, en aquellos casos en que los menores de edad carezcan de representante legal o bien, que por motivos fundados el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con aquéllas personas a las que corresponda legalmente su representación, deberá designarse por el tribunal un abogado de la Corporación de Asistencia Judicial o de otra institución similar, para que actúe como curador ad litem del niño, niña o adolescente.

Para una mayor comprensión del ejercicio de las facultades procesales por parte de los menores de edad, debemos precisar que, ya sea que actúen por sí mismos o por intermedio de su representante legal, por razones técnicas, la mayoría de los procedimientos judiciales exigen que la intervención ante los Tribunales de Justicia se haga por abogados en representación del titular del derecho fundamental que se pretende proteger. Por esta misma complejidad que reviste la defensa jurídica, es que el papel de guía y orientación de los padres en el ejercicio de las facultades procesales de los niños, niñas y adolescentes debe ser desempeñado con mayor diligencia, debido a que con ellas se busca garantizar el cumplimiento y protección de los derechos fundamentales.

Para finalizar el tema referido a la manera en que los menores de edad pueden ejercer las facultades materiales y procesales emanadas del contenido de sus derechos fundamentales reconocidos; como lo

habíamos indicado (y pone de relieve Aláez Corral en su libro<sup>159</sup>, existen situaciones de heteroejercicio, es decir, casos en que el ejercicio de dichas facultades se hace de forma indirecta a través de un tercero. La regla general está dada en que los padres o personas que tengan legalmente el cuidado de los menores, en virtud de su posición de garantes de los intereses de los niños, son habilitados por la ley para ejercer en nombre de éstos, algunas de las facultades que conforman sus derechos. De esta manera, se hace patente la estrecha relación que existe entre el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y el necesario proceso de protección del que son beneficiarios.

Para el análisis del ejercicio indirecto de las facultades que configuran los derechos fundamentales de los menores de edad, y que pueden hacer los padres o representantes legales a nombre de los niños, niñas y adolescentes, estaremos a la misma clasificación señalada para los supuestos de ejercicio directo postulados con anterioridad, distinguiendo entre la realización de actos naturales y la realización de actos de relevancia jurídica. En el caso de los **actos naturales**, al tratarse de actos realizados en ejercicio de las facultades para concretar los distintos ámbitos de libertad (por ejemplo, de pensamiento, de movimiento, de reunión, de expresión) reconocidos y garantizados a través de los derechos fundamentales, no cabría el heteroejercicio por parte de los padres, puesto que el interés superior del menor sólo puede ser satisfecho cuando son los mismos menores de edad beneficiarios de dichas libertades quienes las ejercen y disfrutan por sí mismos. Como ya lo hemos hecho presente al tratar el ejercicio directo de los actos naturales, el papel de los padres, en este caso, será cumplir con su deber moral y legal de apropiada orientación y dirección de los niños, niñas y adolescentes en el uso de sus facultades y derechos fundamentales, particularmente cuando existan restricciones establecidas para la protección de los propios menores de edad, o bien, para garantizar derechos de terceros o intereses colectivos.

Fuera de los supuestos de actos naturales, dónde la actuación personal de los menores es insustituible e indelegable; en la realización de **actos de relevancia jurídica**, la participación de los padres o representantes legales, de acuerdo a lo que hemos podido ver, es posible, e incluso, obligatoria. Dicha

---

<sup>159</sup>ALÁEZ CORRAL, Benito, op. cit. (150), p. 141-146.

situación se basa en la incapacidad legal que tienen los niños, niñas y adolescentes para actuar en el comercio jurídico, consagrada por nuestro Código Civil, en razón de la falta de madurez y desarrollo psíquico que los menores presentan. A raíz de ello, y como ya lo analizamos, tenemos que nuestra legislación establece como regla general, en esta materia, el ejercicio indirecto o heteroejercicio de las facultades materiales y procesales contenidas en los derechos fundamentales de los niños, imponiendo a los padres, guardadores o representantes legales, la obligación de actuar y ejercer las antedichas facultades en nombre y representación de los menores de edad. Ahora bien, la intensidad de esta labor dependerá de la edad, grado de madurez y desarrollo físico y psíquico del niño, niña o adolescente de que se trate; puesto que, de acuerdo a dichos factores, la regla general puede morigerarse y, al cumplirse ciertas circunstancias establecidas por la ley, el heteroejercicio puede transformarse en ejercicio directo de sus facultades por parte de los menores, previa autorización de los padres, representantes legales, e incluso, de los tribunales de justicia.

En resumen, de todo lo que hemos indicado, independiente de que el ejercicio de las facultades conformadoras de los derechos fundamentales de los niños se realice de forma directa por los menores de edad, o bien, de forma indirecta por intermedio de sus padres, guardadores o representantes legales; el deber moral y – como lo postulamos – también legal de guía, orientación y dirección que consagra la segunda parte del **Artículo 222** de nuestro **Código Civil**, impone a los adultos el cumplimiento de dicha tarea y constituye un claro criterio de objetivación del contenido del interés superior del niño. Lo anterior, porque de esta manera, podemos determinar cuáles son las acciones concretas que deben llevar a cabo los padres, miembros de la familia, o personas que tengan legalmente el cuidado de los niños, para entender que se está velando adecuadamente por su interés superior. Además, cómo lo mandata el primer criterio que hemos postulado, esta labor de guía en el ejercicio de los derechos fundamentales de los menores de edad, lleva implícita, dentro de sí, el objetivo de lograr la mayor realización espiritual y material posible de los niños, niñas y adolescentes.

3) Tercer criterio objetivo general: *Exclusión de toda forma de abuso, de maltrato físico o psicológico y de cualquier otro tipo de menoscabo en la salud o en el desarrollo personal de los niños.*

No obstante estar estrechamente relacionado con el primer criterio que planteamos, puesto que es un elemento indispensable para la consecución de la mayor realización espiritual y material posible de los niños, niñas y adolescentes; estimamos que la exclusión de toda forma de abuso, de maltrato físico o psicológico y de cualquier otro tipo de menoscabo en la salud o en el desarrollo personal de los menores de edad, por su impacto y trascendencia como problema mundial y nacional, debe ser considerado como un criterio distinto para examinar al momento de la determinación del interés superior del niño.

El tratamiento especial que haremos del tema del maltrato infantil está fundamentado en la misma especificidad que presenta su regulación a nivel internacional en la **Convención sobre Derechos del Niño**, así como en nuestro ordenamiento jurídico interno, fundamentalmente lo establecido en el **Código Civil** y en las leyes **N° 16.618 sobre Menores** y **N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar**. La norma principal la podemos encontrar en el **Artículo 19 N° 1** de la **Convención**, que impone a los Estados Partes el deber de adoptar “...*todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.*” Luego, los **Artículos 32 a 36 y 39** de la **Convención** se refieren a los distintos casos de explotación y abuso infantil. En nuestro **Código Civil**, el **Artículo 234** establece la facultad de los padres de corregir a sus hijos, “*cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal.*” A reglón seguido, en una parte introducida por la Ley N°20.286 de Septiembre del 2008, se agrega que dicha facultad “...*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.*” Por su parte, el **Artículo 5** de la **Ley N° 20.066**, al definir la violencia intrafamiliar señala que será constitutivo de ella “*todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica*” de las personas relacionadas con el agresor, entre las cuales se encuentran los menores de edad. En último

término, el **Artículo 62** de la **Ley N° 16.618** establece las sanciones penales y multas aplicables en contra de los adultos que ejerzan maltrato, explotación o abuso contra niños, niñas o adolescentes.

Ahora bien, de las diversas normas que hemos indicado, podemos colegir la existencia de distintas formas de abuso, maltrato o menoscabo ejercidas en contra de los menores de edad. En nuestro país, el maltrato infantil ha sido reconocido como un problema de Salud Pública, tanto debido a su magnitud como a las graves y forzosas consecuencias que provoca sobre la salud física y mental de los niños, niñas y adolescentes afectados. Por lo mismo, en Chile, el Grupo de Trabajo sobre el Maltrato Infantil (dependiente del Ministerio de Salud), describe al maltrato infantil como “Agresión física, emocional o sexual contra un niño (menor de 18 años) o la falta en proporcionar los cuidados necesarios para la expresión de su potencial de crecimiento y desarrollo, contando con los elementos mínimos para ello, que excedan los límites culturalmente aceptables para esa comunidad o que transgreda el respeto a los derechos del niño.”<sup>160</sup> De esta definición, se desprenden dos distinciones. La primera se refiere al hecho que el maltrato infantil puede ser intrafamiliar o extrafamiliar, dependiendo de si el agresor pertenece a la familia del menor agredido o no. La segunda, que es de más lato conocimiento, trata de los cuatro tipos o formas de maltrato que pueden reconocerse a partir del concepto; a saber: maltrato físico, maltrato emocional, abandono o negligencia y abuso sexual.

Comenzando con el análisis de esta última distinción, tenemos que el primero y más evidente modo de maltrato infantil es el **maltrato físico**, considerado como “toda lesión física no accidental, producto de castigo único o repetido y de magnitud y características variables.”<sup>161</sup> Lo principal es que implique el uso de la fuerza para ocasionar daño o sufrimiento físico al niño, realizado por regla general con la intención de

---

<sup>160</sup> NOVOA F., DE LA BARRA F., ÁLVAREZ P., GILCHRIST A., ÁLVAREZ N., GAMBOA N., *Maltrato Infantil en Chile*. Documento no publicado. Informe de grupo de trabajo MINSAL, Santiago: Ministerio de Salud, 1991. Citado en VIZCARRA María Beatriz, CORTÉS Julia, BUSTOS Luis, ALARCÓN Marina, MUÑOZ Sergio, “*Maltrato infantil en la ciudad de Temuco. Estudio de prevalencia y factores asociados*” (Santiago de Chile, 2001), en Revista Médica de Chile (online), Volumen 129, Número 12, pp. 1425-1432. Disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872001001200008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872001001200008&script=sci_arttext) (Última visita el 31/12/2013).

<sup>161</sup> VIZCARRA, María Beatriz y otros, op. cit. (160), p. 1426.

corregir la conducta del menor de edad. Es el más habitual y por sus características particulares, de más fácil detección.

El segundo tipo es el **maltrato emocional o psicológico**, entendido como todo “hostigamiento verbal, habitual de un niño a través de insultos, críticas, descréditos y ridiculización, así como la indiferencia o rechazo explícito o implícito”.<sup>162</sup> Se trata de actitudes y comportamientos dirigidos contra los menores de edad, que implican un detrimento sistemático de su autoestima y causan o pueden causar trastornos en su desarrollo emocional, social e intelectual. El maltrato emocional se caracteriza por poder presentarse de manera aislada respecto de las otras formas de maltrato (físico, sexual, negligencia), pero estas últimas siempre se presentan asociadas con el maltrato emocional. Se da de forma muy difusa, pero intensa, y, al no tener manifestaciones físicas evidentes, se hace muy difícil su detección.

La tercera modalidad de maltrato infantil está dada por el **abandono o negligencia**, definido como la “falta de protección y cuidados físicos al niño de parte de sus figuras de custodia, así como el abandono de sus necesidades evolutivas por falta de estimulación cognitiva, que no se debe a carencia extrema de recursos socioeconómicos.”<sup>163</sup> Debe tratarse de una desatención y falta de cuidado crónicos, de carácter temporal o permanente, respecto de la satisfacción de las necesidades de los menores de edad y de su protección ante situaciones de riesgo. Según lo señala el programa Child Welfare perteneciente al U.S. Department of Health and Human Services,<sup>164</sup> la negligencia puede ser; a saber: **física**, cuando no se proveen las necesidades básicas de vivienda, alimentos o vestuario de los niños, o no hay una supervisión adecuada de éstos por parte de los padres o de las personas a su cargo; **médica**, cuando no se provee al menor de edad el tratamiento médico o de salud mental necesario; **educacional**, cuando se le niega el niño el derecho a la educación, o se le provee una educación inadecuada o insuficiente, o bien, se ignoran sus necesidades escolares especiales; y por último, **emocional**, que implica la desatención de las necesidades

<sup>162</sup> VIZCARRA, María Beatriz y otros, op. cit. (60), p. 1426.

<sup>163</sup> *Ibidem*.

<sup>164</sup> Ver en <http://www.childwelfare.gov/pubs/factsheets/ques.cfm> (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

emocionales del niño, un cuidado psicológico insuficiente, y la permisividad en materia de conductas y situaciones de riesgo (consumo de alcohol y drogas, sexualidad precoz).

Finalmente, está el **abuso sexual**, definido como “toda forma de actividad sexual entre un niño y un adulto, aguda o crónica, incluida la explotación sexual.”<sup>165</sup> Por su parte, la Federal Child Abuse Prevention and Treatment Act de Estados Unidos, en su Section 111 N° 4 letras a) y b)<sup>166</sup>, señala que el término “abuso sexual” comprende “*el empleo, el uso, la persuasión, la instigación, la provocación o la coerción de cualquier niño para que participe en un acto sexual, o el asistir a otra persona para que sea participe de una conducta sexualmente explícita, o la simulación de dicha conducta con el propósito de producir la representación visual de dicha conducta*”; como también “*la violación, y, en casos donde haya un cuidador o una relación interfamiliar, la violación de un menor, el abuso, la prostitución o alguna otra forma de explotación sexual de los niños, o el incesto con los niños.*” De las cuatro formas de maltrato que hemos visto, el abuso sexual presenta características específicas que lo diferencian de los otros tipos de maltrato, en especial si ocurre al interior de la familia. El abusador hace uso de su relación de confianza, dependencia o autoridad que tiene sobre el niño, niña o adolescente, lo que genera sentimientos ambivalentes de gran intensidad en el abusado; esto provoca que las víctimas tengan dificultad para discernir que están sufriendo un daño, y tiene como consecuencia que las situaciones de abuso sean develadas mucho tiempo después de iniciadas, e incluso, mucho tiempo después de cesadas.

A estos cuatro tipos claros de maltrato, podemos sumar otras figuras específicas de violencia y abuso, de acuerdo a lo establecido en la **Convención de Derechos del Niño**. Así, su **Artículo 32** consagra el derecho del niño a estar protegido de la explotación económica y laboral; el **Artículo 33** condena la utilización de niños en la producción y tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas; el **Artículo 34** condena expresamente las situaciones de abuso y explotación sexual de menores; el **Artículo 35** se refiere al secuestro, venta y trata de niños; y los **Artículos 36 y 39** se refieren a cualquier otra forma

<sup>165</sup> VIZCARRA, María Beatriz y otros, op. cit. (160), p. 1426.

<sup>166</sup> U.S. Department of Health and Human Services, Federal Child Abuse Prevention and Treatment Act (CAPTA), 2010, p.32, version online disponible en <http://www.acf.hhs.gov/sites/default/files/cb/capta2010.pdf> En español, las definiciones se pueden ver en <http://www.childwelfare.gov/pubs/factsheets/ques.cfm> (Ambos sitios web, visitados por última vez el 29/12/2013)

de abandono, explotación o abuso, como la tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes ejercidos en contra de los niños.

En lo que respecta a la primera de las distinciones, referida al origen y contexto del maltrato infantil, tenemos que el caso del **maltrato intrafamiliar**, de acuerdo a la normativa que hemos analizado, se encuentra expresamente prohibido por nuestro ordenamiento jurídico. Para los padres, dicha prohibición está expresada en el **inciso 1º del Artículo 234 del Código Civil**, al señalar que en el ejercicio de su facultad de corregir a sus hijos, deben cuidar que no menoscabe su salud ni desarrollo personal, además de excluir toda forma de maltrato físico o psicológico. En caso que los menores de edad sufrieren algún menoscabo o maltrato de cualquier tipo a manos de sus padres, el juez de familia, a petición de cualquier persona o de oficio, podrá decretar que al niño, niña o adolescente afectado se le aplique una o más de las medidas de protección establecidas en el **Artículo 71 de la Ley N°19.968**, con sujeción al procedimiento especial regulado en el **Párrafo Primero del Título IV** de la citada ley. Estas medidas de protección se adoptan sin perjuicio de las sanciones correspondientes destinadas para los padres infractores. El **Artículo 235 del Código Civil** hace extensible la aplicación de todas estas disposiciones a aquellas personas que, a falta de los padres, asuman el cuidado personal de los niños.

En cuanto al procedimiento y a las sanciones aplicables respecto de los padres infractores, éste dependerá de si el maltrato intrafamiliar es constitutivo de delito o no. En el supuesto que se trate de un **maltrato no constitutivo de delito**, según el **Artículo 6º de la Ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar**, su conocimiento es de competencia de los Tribunales de Familia bajo el procedimiento especial establecido en el **Párrafo Segundo del Título IV** de la **Ley N°19.968**. En este caso, la **Ley N°20.066** dispone como sanción contra el agresor denunciado una multa, regulada en su **Artículo 8º**, además de las medidas accesorias señaladas en su **Artículo 9º**. Por su parte, si el **maltrato es constitutivo de delito**, debe conocer de los antecedentes el Ministerio Público, para que éste de inicio a la respectiva persecución penal, investigando los hechos y promoviendo el proceso correspondiente, según las normas del **Código Procesal Penal** y del **Párrafo Tercero** de la **Ley N°20.066**; solicitando contra el agresor las sanciones penales principales y accesorias que sean pertinentes, señaladas para los respectivos delitos en

nuestro **Código Penal**. Por último, tenemos que el **Artículo 14** de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar regula el caso especial de **delito de maltrato habitual**, cuyo conocimiento está entregado al Ministerio Público para que proceda a su persecución, sancionándose al agresor con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.

Acerca del maltrato infantil de carácter **extrafamiliar**, tenemos que se trata de aquella violencia o abuso ejercida por personas no familiares del menor de edad, o cuyo grado de parentesco es muy lejano. Por regla general, comprende la explotación laboral y sexual (prostitución, pornografía y abuso sexual infantil) de los niños, niñas y adolescentes; además de la violencia institucional en ámbitos tan diversos como el sanitario, el educativo o el judicial, manifestada en persecución o discriminación racial, cultural o sexual de los menores de edad. Ello no obsta que algunas de estas acciones no sean también ejercidas por los padres o familiares de los niños – pensando por ejemplo, en casos de explotación laboral o sexual de hijos propios –, pero la mayor parte de este tipo de situaciones es causada por personas ajenas al entorno familiar próximo de los menores de edad.

La **Convención sobre Derechos del Niño** presenta normas especiales referidas a estos tipos de violencia: así, el **Artículo 32** reconoce expresamente el derecho del niño *“a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.”* Por su parte, el **Artículo 33**, como ya lo habíamos visto, condena la utilización de niños en la producción y tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Por último, el **Artículo 34** establece expresamente que los Estados Partes deben comprometer su protección a los niños contra todas las formas de explotación y abuso sexual, debiendo tomar las medidas necesarias para impedir: *“a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.”*

Respecto de esta materia, es posible hallar una norma especial para los casos de violencia relacionada con algún tipo de explotación infantil, puesto que nuestra **Ley N° 16.618 sobre Menores**, en su **Artículo 62** establece las sanciones de prisión en cualquiera de sus grados o presidio menor en su grado mínimo, o

multa a las personas que se encuentren en las siguientes situaciones: “1.º *El que ocupare a menores de dieciocho años en trabajos u oficios que los obliguen a permanecer en cantinas o casas de prostitución o de juego; 2.º El empresario, propietario o agente de espectáculos públicos en que menores de edad hagan exhibiciones de agilidad, fuerza u otras semejantes con propósito de lucro; 3.º El que ocupare a menores de edad en trabajos nocturnos, entendiéndose por tales aquellos que se ejecutan entre las diez de la noche y las siete de la mañana...*”. En su segunda parte, el artículo también trata “*El maltrato resultante de una acción u omisión que produzca menoscabo en la salud física o psíquica de los menores, no comprendido en leyes especiales sobre materias similares...*”, estableciendo como sanción medidas análogas a las indicadas en la Ley sobre Violencia Intrafamiliar. Si bien la norma no distingue, en razón de lo indicado se puede concluir que, en principio, se refiere a casos de violencia extrafamiliar, realizada por personas ajenas al grupo familiar de los menores afectados, si tomamos en consideración el numeral 2 que habla del “*empresario, propietario o agente de espectáculos públicos*”.

No obstante lo anterior, creemos que, al no existir una norma particular semejante para los padres o familiares que incurran en alguna de las conductas señaladas en la primera parte del artículo citado, debemos entenderlos igualmente comprendidos como sujetos imperados de la disposición legal; y por ende, las sanciones dispuestas por aquélla les serán asimismo aplicables. Existe plena justificación en la aplicación de los dos primeros casos señalados por el artículo 62, en que los padres o familiares ocupen a menores de dieciocho años en trabajos u oficios que los obliguen a permanecer en cantinas, casas de prostitución o juegos, como también si los obligan a participar en espectáculos en que hagan exhibiciones de agilidad, fuerza u otras parecidas con propósito de lucro. Ambas situaciones conllevan una grave vulneración del interés superior del niño, afectando su bienestar y desarrollo físico, psíquico y moral. Las únicas excepciones las podemos encontrar, en primer lugar, respecto del segundo supuesto, en los **Artículos 15 y 16** de nuestro **Código del Trabajo**, que permiten que los niños actúen en espectáculos vivos en cabarets o establecimientos análogos con expresa autorización de sus representantes legales y del respectivo Tribunal de Familia, además de la celebración de contratos de trabajo con personas o entidades dedicadas al teatro, cine, radio, televisión, circo u otras actividades similares. Luego, el **inciso 2º del Artículo 18 del Código del Trabajo** permite los trabajos nocturnos efectuados entre las veintidós y siete horas, en establecimientos industriales y comerciales, cuando únicamente trabajen miembros de la familia, bajo la autoridad de uno de ellos.

Tomando en consideración lo que hemos señalado hasta el momento respecto de los distintos tipos de maltrato infantil y de violencia intra y/o extrafamiliar que puede afectar a los niños, niñas y adolescentes, sumado a la regulación particular que tiene dicha materia en el ordenamiento jurídico; queda de manifiesto la relevancia que tiene la total exclusión de estas conductas en los padres, familiares o personas encargadas del cuidado de los menores de edad, para la determinación de su interés superior.

Partiendo de la base que el vocablo **excluir**, según el diccionario de la RAE, significa *“Quitar a alguien o algo del lugar que ocupaba...”*, y *“Descartar, rechazar o negar la posibilidad de algo”*; podemos concluir que impone una doble obligación, dirigida, por un lado a los padres, familiares o personas encargadas del cuidado de los menores de edad y, por otro, a los jueces que tomen conocimiento de situaciones de maltrato infantil, con el objetivo de proteger y aplicar el interés superior del niño como principio rector. Este imperativo, que emana principalmente de lo dispuesto por el **Artículo 234 del Código Civil** y las normas de la **Convención sobre Derechos del Niño**, constituye para los padres, en primer lugar, una **prohibición absoluta de ejercer cualquier forma de maltrato físico o psicológico contra los menores, que implique un menoscabo en su salud y desarrollo personal**. Al hablar la norma de *“toda forma de maltrato”*, es necesario entender comprendidos todos los tipos de maltrato infantil a los que hemos aludido, es decir: el físico, el emocional, el abandono o negligencia, el abuso sexual, e incluso la explotación laboral y sexual. Por consiguiente, ninguno de los padres, bajo ninguna justificación, puede incurrir en alguna o varias de las conductas que caracterizan a las situaciones de maltrato analizadas y, en caso de hacerlo, se les aplicarán las sanciones civiles y penales correspondientes con la naturaleza y gravedad del maltrato, junto con tomar las medidas de protección pertinentes en relación con el menor afectado. Todo ello tiene su fundamento en el hecho, incuestionable, que todo tipo de maltrato representa una grave vulneración del principio del interés superior del niño y, por ende, una transgresión de los derechos reconocidos a los menores de edad.

Para ejemplificar el grado de importancia que nuestro ordenamiento jurídico concede al castigo de las situaciones de maltrato intrafamiliar que afectan a los niños, niñas y adolescentes; tenemos que los malos tratos ejercidos por alguno o ambos padres respecto de sus hijos, en el **ámbito de las relaciones paterno-**

**filiales** constituyen; a saber: motivo para perder el cuidado personal (**Art. 225 inciso 3° C.C., Art. 226 inciso 1° C.C.**), causal de inhabilidad moral de uno o ambos padres (**Art. 42 N° 6 Ley N° 16.618**), causal de emancipación judicial del hijo (**Art. 271 C.C.**), motivo de restricción o suspensión de relación directa y regular (**Art. 48 inciso 5° Ley N° 16.618**). A su vez, en el **ámbito de la relación matrimonial**, configuran una causal de separación judicial (**Art. 26 Ley N° 19.947**) y de divorcio por falta imputable al otro cónyuge (**Art. 54 N° 1, 3 y 6 Ley N° 19.947**). Esta realidad es reafirmada por nuestro **Código Penal**, que impone sanciones de carácter civil que se suman a las penales aplicables para los delitos contra la integridad sexual de los menores de edad, establecidos en los párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro II de dicho Código. Así, tenemos que el **Artículo 370 bis** dispone que aquella persona que sea condenada por algún delito de los párrafos indicados, cometido en contra de un menor del que sea pariente, *“quedará privado de la patria potestad si la tuviere o inhabilitado para obtenerla si no la tuviere y, además, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confirieren respecto de la persona y bienes del ofendido, de sus ascendientes y descendientes.”* Además, el juez podrá decretar la emancipación del menor afectado, si así correspondiere, y podrá prescindirse de la voluntad del condenado para autorizar a los niños su salida del país. Sin perjuicio de lo señalado, el condenado conservará todas las obligaciones que vayan en beneficio del niño, niña o adolescente víctima del delito.

Un segundo aspecto que, a nuestro parecer, debe considerarse integrante de este tercer criterio que postulamos, es la **responsabilidad ineludible que recae sobre los padres, familiares o personas encargadas del cuidado de los menores de edad, de protegerlos contra el ejercicio de toda forma de maltrato que les perjudique**, provenga desde el mismo contexto familiar o de alguien externo. Dicha responsabilidad implica la obligación de los padres de adoptar todas las medidas preventivas a su alcance para, en principio, evitar que los niños sufran maltrato de cualquier especie; y en los casos que se verifique algún tipo de maltrato, surge su deber de tomar las disposiciones pertinentes para – dependiendo de la naturaleza, gravedad y habitualidad del maltrato –, resolver la situación de violencia, solicitando ayuda, orientación e intervención profesional especializada, o bien, derechamente denunciar al agresor e iniciar los procedimientos civiles o penales que correspondan.

Es necesario precisar que, en los casos que la violencia o maltrato sea ejercido por alguien externo al grupo familiar del niño, niña o adolescente maltratado, las obligaciones de prevención, solución, reparación y denuncia que hemos indicado se hacen exigibles para los padres, familiares o personas encargadas de su cuidado, sin excepción de ninguna clase, puesto que, de no hacerlo, se incurriría en una conducta negligente y de abandono respecto del menor de edad afectado. Por su parte, en el caso que la violencia sea de carácter intrafamiliar, ejercida por uno de los padres u otro pariente cercano, las obligaciones señaladas deben ser cumplidas por el otro de los progenitores, viva o no junto al hijo maltratado; tomando en consideración siempre la dificultad que esto pueda tener, dados el complejo contexto familiar en el que ocurre y el hecho que, por regla general, el maltrato infantil surge asociado a otras situaciones de violencia intrafamiliar. Sin perjuicio de ello, debemos aseverar que sólo podrá entenderse realizado y garantizado el interés superior del niño cuando se logre excluir de forma absoluta el maltrato respecto de los menores de edad, ya sea evitándolo, o bien, una vez detectado, efectuando las acciones necesarias para ponerle fin, denunciando al agresor ante las autoridades respectivas (Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones, Ministerio Público, Juzgados de Familia) y buscando las alternativas de solución y reparación apropiadas según el tipo de maltrato.

Finalmente, en el caso de los jueces, toda vez que tomen conocimiento de alguna situación de violencia que afecte a un niño, niña o adolescente, su labor – en pos de la protección del interés superior del niño – primero será verificar que los padres, familiares o personas encargadas del cuidado de los menores de edad no hayan transgredido la prohibición absoluta de ejercer cualquier forma de maltrato en contra de estos últimos. En segundo término, deberán examinar si ante la ocurrencia del maltrato infantil, los padres han cumplido con las obligaciones de prevención, solución, reparación y denuncia que hemos postulado. Para el desempeño de su cometido, el **Artículo 13 de la Ley N°19.968** establece para los jueces, una vez iniciado un proceso, el imperativo de “... *adoptar de oficio todas las medidas necesarias para llevarlo a término con la mayor celeridad...*”, debiendo observar este principio “... *especialmente respecto de medidas destinadas a otorgar protección a los niños, niñas y adolescentes y a las víctimas de violencia intrafamiliar.*”

4) Cuarto criterio objetivo general: Oír al niño y tener debidamente en cuenta su opinión, en función de su edad y madurez.

Igualmente como sucede con la exclusión del maltrato infantil, el derecho del niño a ser oído posee una significación propia dentro de la determinación del interés superior del niño, puesto que otorga la posibilidad de conferir un contenido cierto al principio, al “...apelar al propio menor, a su opinión, voluntad, sensibilidad y demás, en la búsqueda y determinación de su mejor interés, para lo que puede aportar datos de especial relevancia subjetiva y objetiva.”<sup>167</sup> Si la opinión del niño no es tomada en cuenta en la resolución de todos aquellos asuntos que le afecten, según el jurista uruguayo Ricardo Pérez Manrique<sup>168</sup>, “...la invocación de su interés superior será un acto puramente paternalista...”; quien prosigue afirmando que “...el niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior.”<sup>169</sup> Tomando en consideración lo dispuesto por la **Children Act de 1989 de Inglaterra**, que exige tener en cuenta “*los deseos y sentimientos de los niños, considerados a la luz de su edad y entendimiento*”,<sup>170</sup> Pérez Manrique, como primer término para definir las cuestiones relativas a los menores de edad, reitera su idea señalando “...que sin tener en cuenta los deseos y sentimientos del niño al momento de definir o dilucidar su interés superior, dicho concepto queda vaciado de contenido jurídico, deviniendo únicamente un acto de autoridad del mundo adulto, una muestra de autoritarismo concebido como el ejercicio de la autoridad sin el apoyo de la razón.”<sup>171</sup> Por lo mismo, Rivero Hernández hace presente que no debe olvidarse nunca que el niño “es el protagonista principal y afectado más directo en la situación conflictiva en que se debate sobre su interés, sujeto activo y no pasivo, por más que otros actúen en su nombre y para él: se trata de sus derechos y de su interés.”<sup>172</sup>

<sup>167</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit. (41), p.175.

<sup>168</sup> PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C., “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes” (Santiago de Chile, 2007), en Revista Justicia y Derechos del Niño, N° 9, Agosto 2007, UNICEF, p. 252. Versión online disponible en [http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/236/justicia%20y\\_derechos\\_9.pdf](http://www.unicef.cl/archivos_documento/236/justicia%20y_derechos_9.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

<sup>169</sup> *Ibidem*.

<sup>170</sup> La Childrens Act de 1989, establece en su Part I, Introductory. 1. Welfare of child: Article (3) *In the circumstances mentioned in subsection (4), a court shall have regard in particular to— (a) the ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in the light of his age and understanding)*. Versión online original disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41> (Sitio web visitado por última el 31/12/2013)

<sup>171</sup> PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C., op. cit. (168), p. 252.

<sup>172</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit. (168), p. 175.

El derecho del niño a ser oído viene a ser una de las muestras más relevantes del significativo mérito que tiene la Convención sobre los Derechos del Niño, al posicionar la idea de que los niños tienen los mismos derechos que los adultos; y viene a ser “uno de los pilares fundamentales donde se asienta esta nueva concepción del niño como sujeto de derechos.”<sup>173</sup> La **Convención** lo consagra expresamente en su **Artículo 12**, garantizando, en su **Nº 1** el derecho del niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio a expresar sus opiniones libremente en todos los asuntos que le afecten. Según las profesoras chilenas Vargas y Correa, esta parte del derecho del niño a ser oído constituye “...una manifestación del derecho a la libertad de expresión como representación del libre pensamiento, toda vez que se establece la obligación de los Estados de garantizar la libertad de pensamiento y expresión de los niños [en este caso, la Convención consagra ambas libertades en los Artículos 14 y 13, respectivamente], fijando pautas interpretativas que sirvan de guía al juez y al legislador y regula expresamente el derecho de los niños a ser oídos en todas las decisiones que puedan afectar su vida futura.”<sup>174</sup>

A su vez, el **Artículo 12** en su **Nº 2** confiere al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado. Por lo mismo, concordando con lo establecido por la **Observación General Nº12 (Año 2009) del Comité de Derechos del Niño** en el punto 3 de su Introducción, este derecho debe ser entendido como una “participación”, “... *para describir procesos permanentes, como intercambios de información y diálogos entre niños y adultos sobre la base del respeto mutuo, en que los niños puedan aprender la manera en que sus opiniones y las de los adultos se tienen en cuenta y determinan el resultado de esos procesos.*”<sup>175</sup>

Como lo indica expresamente el Comité al introducir la Observación General Nº12, el derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio, regulado en el **Artículo 12**, es considerado por éste como

<sup>173</sup> VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula, “*La voz de los niños en la justicia de familia de Chile*” (Talca, 2011), en Revista Ius et Praxis, Año 17, Nº 1, 2011, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, p. 179. Versión online disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v17n1/art08.pdf> (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013).

<sup>174</sup> VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula, op. cit. (173), pp. 179 – 180.

<sup>175</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General Nº12 (2009), “*El derecho del niño a ser escuchado*”, 51º Período de Sesiones, Ginebra 25 de mayo a 12 de junio 2009, p. 5.

uno de los cuatro principios generales de la Convención, “... junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.”<sup>176</sup> Además, existe una estrecha vinculación entre el derecho del niño a ser oído con el principio del interés superior del niño (consagrado en el Artículo 3º) y con el principio de autonomía progresiva (recogido en el Artículo 5º), los cuales, según Vargas y Correa<sup>177</sup> se convierten “...en la práctica en elementos necesarios –sino indispensables– para su plena configuración en el caso concreto...”, debiendo ser interpretado en consonancia con ellos.

En Chile, durante el período anterior a las modificaciones introducidas al Código Civil y a otras leyes en aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño, “...la participación e intervención del niño en los procedimientos que decidían su suerte judicial (y, en muchos casos, su suerte sencillamente), era una facultad discrecional del juez. La intervención ocurría, en el mejor de los casos, si el juez lo consideraba pertinente.”<sup>178</sup> Un ejemplo claro de ello, lo daba el antiguo **artículo 36** de la **Ley N° 16.618** sobre Menores (actualmente derogado por la Ley 19.968), que señalaba “... [e]l juez de letras de menores en todos los asuntos de que conozca apreciará la prueba en conciencia y, si fuere posible, deberá oír siempre al menor púber y al impúber, cuando lo estimare conveniente...”.

El gran cambio se produce con la promulgación en 1998 de la **Ley N° 19.585**, que introdujo al Libro I del **Código Civil**, los Títulos VII a X. Entre las nuevas normas establecidas por la citada ley, destacan dos disposiciones referidas al tema que ahora tratamos. La primera se encuentra en el **Artículo 227**, que señalaba en su **inciso 1º**: “En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez conocerá y resolverá breve y sumariamente, oyendo a los hijos y a los parientes.” A diferencia de lo que ocurría con la norma de la Ley de Menores a que aludimos más arriba, el gran cambio que propone este nuevo precepto, es que pareciera

<sup>176</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N°12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, 51º Período de Sesiones, Ginebra 25 de mayo a 12 de junio 2009, p. 5.

<sup>177</sup> VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula, op. cit. (173), p. 180.

<sup>178</sup> LOVERA PARMO, Domingo A., “Libertad de expresión e interés superior del niño, a propósito de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 6 de Marzo de 2009 y Corte Suprema de 23 de Abril de 2009” (Santiago de Chile, 2009), en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 12, Julio 2009, p. 216-217. Versión online disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n12/art07.pdf> (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

dejar fuera el carácter facultativo de la obligación de oír a los niños, en aquellos asuntos que traten acerca de su interés superior y mayor realización espiritual y material (**Art. 222 inciso 1º**) y respecto de la atribución judicial del cuidado personal a alguno de los padres o a otra persona o personas competentes (**Art. 225-226**). Posteriormente, al dictarse la **Ley N° 19.968** que crea en nuestro país los Tribunales de Familia y regula el procedimiento ante ellos, la norma es modificada y adquiere su redacción actual; a saber: *“En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oír a los hijos y a los parientes.”* Por lo que se puede ver, el deber legal del juez se hace más evidente con la nueva redacción, puesto que el verbo *“oír a”* denota de modo casi absoluto su valor de imperativo.

La segunda norma corresponde al **inciso 2º del Artículo 242**, dónde se dispone que: *“En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.”* Esta regla de juicio destinada al juez, es aplicable a los casos en los cuáles se persigue por vía judicial modificar o revocar alguna sentencia o resolución judicial que ha decidido acerca del cuidado personal, del régimen de relación directa y regular o del derecho de alimentos respecto de un menor de edad. Según el profesor Opazo González<sup>179</sup>, de este artículo es necesario destacar el estrecho vínculo que existe entre el interés superior del hijo y su derecho a ser oído, apareciendo claramente que tanto la determinación de dicho interés, como el ejercicio de dicho derecho en juicio, será un tema que deberá ser apreciado caso a caso por el juez.

Esta relación, junto con la obligatoriedad para el juez de hacer efectivo este derecho de los menores de edad, son reafirmadas, en primer lugar, por el **inciso 2º del Artículo 85** de la **Ley N°19.947 sobre Matrimonio Civil**, el cual establece que en la tramitación de los juicios de separación judicial, nulidad de matrimonio y divorcio, cuando existan menores de edad involucrados *“el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oír a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes.”* Una regla aún más definida, la encontramos en el **Artículo 16** de la **Ley N° 19.968**, que en su **inciso 2º** señala que tanto el interés superior del niño, niña o adolescente como su derecho a ser oído, *“son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.”*

<sup>179</sup> OPAZO GONZÁLEZ, Mario, op. cit. (19), p. 30.

En este caso, la ley “tiene por objeto garantizar el goce pleno y efectivo de los derechos y garantías de los niños, niñas o adolescentes que se encuentren en el territorio nacional.”<sup>180</sup> Por lo mismo, concordamos con las profesoras Vargas y Correa, quienes concluyen que “el derecho de los niños a ser oídos y a que su opinión sea tomada en cuenta por el juez resulta funcional a la construcción del Interés Superior”.<sup>181</sup>

En la legislación existente, partiendo desde lo dispuesto por **Nº2 del Artículo 12** de la **Convención** hasta las normas nacionales que regulan los procedimientos jurisdiccionales ante los Tribunales de Familia, según Jaime Couso “puede verse una consagración de la garantía del derecho a la defensa, en su aspecto de defensa material.”<sup>182</sup> En ese mismo sentido, los profesores Patricio Millán y Jaime Villavicencio,<sup>183</sup> señalan que el **Artículo 12** de la Convención consagra en términos precisos el aspecto material de la defensa procesal, es decir, la autodefensa; al reconocer a todo niño, niña o adolescente – en palabras de Carocca – “la posibilidad de efectuar a lo largo de todo el proceso, sus alegaciones, sus pruebas y contradecir las contrarias, con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia.”<sup>184</sup> En razón de ello, en opinión de Millán y Villavicencio, la autodefensa consagrada en la Convención debe ser interpretada de un modo amplio, sin circunscribirla a la mera idea que el juez debe escuchar a los niños respecto de los puntos que a éste interesen, asimilando este derecho a un medio de prueba más. Muy por el contrario, creen que una aplicación correcta del **Artículo 12 Nº2** implica darle a los niños, niñas y adolescentes “la más amplia

---

<sup>180</sup> LATHROP GÓMEZ; Fabiola, “*Conflictos de intereses entre progenitores e hijos*” (Santiago de Chile, 2007), en Gaceta Jurídica, Nº 330, p. 13.

<sup>181</sup> VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula, op. cit. (173), p. 181.

<sup>182</sup> COUSO, Jaime, “*El niño como sujeto de derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído*” (Santiago de Chile, 2006), Revista de Derechos del Niño, Nº3 y 4, Universidad Diego Portales - UNICEF, p. 151. Versión online disponible en [http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/192/revista%20derechos%203\\_4.pdf](http://www.unicef.cl/archivos_documento/192/revista%20derechos%203_4.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

<sup>183</sup> MILLÁN, Patricio y VILLAVICENCIO, Jaime, “*La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección*” (Santiago de Chile, 2002), en Revista de Derechos del Niño, Universidad Diego Portales - UNICEF, Nº 1, p. 64. Versión online disponible en [http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/10/RevistaDerechos1.pdf](http://www.unicef.cl/archivos_documento/10/RevistaDerechos1.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

<sup>184</sup> CAROCCA, Álex, “*Derechos Humanos y Derecho Civil: Perspectiva Procesal*” (Santiago de Chile, 1997), Corporación de Promoción Universitaria, p. 43. Citado por MILLÁN, P. y VILLAVICENCIO, J., op. cit. (183), p. 58.

oportunidad de defenderse y plantear sus intereses de conformidad con el mecanismo procesal que corresponda, según sea el caso.”<sup>185</sup>

Por lo mismo, como lo señala Couso,<sup>186</sup> este derecho a la defensa material no se satisface sólo consultando la opinión del niño en una única oportunidad a lo largo del proceso, sobre cuestiones definidas de antemano por los adultos involucrados, sino que exige ofrecer al niño la posibilidad de participar desde un principio en la construcción del caso, siendo el menor de edad protagonista de la decisión que se tome, atinente a él mismo.

A diferencia de lo que ocurre con la dimensión material de la defensa, en lo que respecta con el ámbito de la defensa técnica, el **Artículo 12 N°2 de la Convención**, en su parte final plantea algunas dudas, al señalar que la participación del niño en los procedimientos judiciales o administrativos podrá ser “...directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.” De la regla, es posible concluir que los menores de edad podrán intervenir y participar en sede judicial o administrativa, de dos maneras; a saber: personalmente, o bien, por medio de representación, que podrá ser una persona o un órgano designado para tal efecto. En relación con esta segunda modalidad, para los profesores Millán y Villavicencio<sup>187</sup>, la redacción de la norma en este punto no sería lo suficientemente específica y unívoca, ya que conllevaría dos formas distintas de interpretar el modo en que se representarán los intereses del niño, niña o adolescente. Así, por un lado existirá la posibilidad de nombrar un defensor general del interés del niño en todos los asuntos que le afecten; y por otro, la designación de un defensor especial de los intereses manifiestos y particulares de un menor de edad en un procedimiento determinado, quien deberá “...ser de la confianza del niño, niña y adolescente y defender sus intereses en forma independiente de consideraciones abstractas vinculadas al interés superior.”<sup>188</sup>

---

<sup>185</sup> MILLÁN, Patricio y VILLAVICENCIO, Jaime, op. cit. (183), p. 65.

<sup>186</sup> COUSO, Jaime, op. cit. (182), p. 151.

<sup>187</sup> MILLÁN, Patricio y VILLAVICENCIO, Jaime, op. cit. (183), p. 65-66.

<sup>188</sup> MILLÁN, Patricio y VILLAVICENCIO, Jaime, op. cit. (183), p. 65-66.

En la legislación chilena, como pudimos examinar a propósito del segundo criterio por nosotros propuesto (acerca del ejercicio por parte de los menores de edad de sus derechos fundamentales), en lo referido a las **facultades de naturaleza procesal**<sup>189</sup>, según nuestro **Código Civil** el hijo menor de edad puede actuar en un juicio civil, ya sea personalmente, autorizado por el progenitor que detente su patria potestad o, en su defecto, con autorización del juez respectivo, quien nombrará para el niño un curador para la litis; o bien, representado por su padre o madre. Si el menor de edad debe litigar en contra de alguno de sus padres o de ambos, necesitará siempre la autorización del juez, el cual deberá designarle un curador para la litis.

En materia de Derecho de Familia, de acuerdo a lo establecido por el **Artículo 19** de la **Ley N°19.968**, el juez de familia tiene la obligación de velar porque los menores de edad involucrados en procesos que sean de su competencia, se encuentren debidamente representados en juicio. De esta manera, si el niño, niña o adolescente carece de representante legal, o si el juez estima que los intereses de los niños son independientes o contradictorios con los de las personas que tienen legalmente su representación; deberá designarles un abogado miembro de la Corporación de Asistencia Judicial o de otra institución similar como curador ad litem, para que, en su representación, actúe por ellos y junto a ellos en el juicio.

Por consiguiente, de las disposiciones legales analizadas, podemos concluir que en lo que se refiere a la defensa técnica, **en Chile existiría actualmente un sistema de defensor especial, que sería el curador ad litem designado por el juez respectivo**, para asumir la defensa de los intereses del niño en un juicio determinado.

Siguiendo en esta materia a la profesora Lathrop Gómez, todo lo que hemos indicado hasta el momento, tiene que ver con la “primera fase” del proceso de escucha del niño, que significa que los menores de edad deben ser oídos “...conforme a la normativa establecida por cada legislación y en observancia a su interés superior, en todos los procedimientos y actuaciones que le conciernan.”<sup>190</sup> En

---

<sup>189</sup> Sobre el particular, ver lo señalado *in extenso* en las páginas 99 a 101, dentro del tratamiento del segundo criterio objetivo general: “*Guiar el ejercicio de los derechos esenciales o fundamentales del niño, de acuerdo a sus facultades*”, ubicado en este Tercer Capítulo.

<sup>190</sup> LATHROP GÓMEZ; Fabiola, op. cit. (180), p. 15.

cuanto a la segunda etapa, desde el punto de vista del tribunal, según la autora, cabe determinar si debe o no considerarse la opinión del niño y, en caso afirmativo, en qué medida debe hacerse. En este último sentido, para Lathrop parece claro que "...la obligación de oír al menor no es equiparable con la de aceptar su deseo...",<sup>191</sup> y que "...las expresiones que emita durante la audiencia no son una especie de orden para el juez...", siendo su tarea el "...desentrañar la verdadera voluntad, interés y conveniencia del niño. Lo que oiga de él es un elemento que puede fundamentar su decisión pero no [será] su decisión misma."<sup>192</sup>

Sin perjuicio de lo manifestado por la autora, coincidiendo con la apreciación de Jaime Couso<sup>193</sup>, el mandato de "tomar debidamente en cuenta" la opinión del niño, lleva en sí la exigencia de conferir un "especial peso" a dicha opinión y a los deseos, sentimientos y preferencias expresados por el niño, niña o adolescente. Según el autor, esta imposición no debe ser entendida en el sentido de que el tribunal debe necesariamente resolver el asunto sometido a su conocimiento de la forma como el menor de edad lo quiere, "...pero sí en el sentido de que a la hora de ponderar los diversos principios en tensión y de sopesar las distintas alternativas de solución, la opinión del niño, especialmente si de ella se deriva una preferencia a favor de una de esas diversas alternativas de solución, debe traducirse en conferirle un mayor peso relativo a la alternativa escogida por el niño."<sup>194</sup>

Ahora bien, para el cumplimiento de este requerimiento por parte del juez, es menester tomar en consideración la edad del niño, su madurez psicológica y emocional, y las razones en las que el menor de edad sustenta su opinión y preferencias; debiendo el juez indagar en "...las causas en las que el niño apoya su decisión, para evaluar su consistencia y racionalidad, evitando absurdos caprichos, o influencias tendenciosas de uno u otro progenitor...",<sup>195</sup> confrontándose sus "*necesidades subjetivas*" con las "*necesidades objetivas*", todo tamizado por el principio del interés superior del niño. De esta manera, - siguiendo a Couso,

---

<sup>191</sup> LATHROP GÓMEZ; Fabiola, op. cit. (180), p. 15.

<sup>192</sup> *Ibidem*.

<sup>193</sup> COUSO, Jaime, op. cit. (182), p. 151-152.

<sup>194</sup> COUSO, Jaime, op. cit. (182), p. 151-152.

<sup>195</sup> LATHROP GÓMEZ; Fabiola, op. cit. (180), p. 15.

aunque yendo un poco más allá –, el mayor “peso relativo” que la elección del niño le conferirá a una determinada alternativa de solución, será una cuestión que dependerá de la ponderación de los factores ya señalados. Así, puestas en la balanza las distintas opciones de solución de un asunto, si éstas aparecen equilibradamente ventajosas para el bienestar del niño, niña o adolescente, su opinión y preferencia por una de ellas podría inclinar la balanza a favor de su elegida; siempre sujeto al mayor “peso” que la edad, madurez y razones del menor le confieran.

Relacionado con este mayor “peso práctico” que debe tener la opinión del niño en la decisión de los asuntos que le afecten, para Couso un segundo aspecto o estándar impuesto por este derecho “...es de carácter jurídico-procesal, y les exige [a los jueces] considerar en la fundamentación de las sentencias la opinión del niño. Si “tomar debidamente en cuenta” esa opinión supone conferirle un especial peso en el plano sustantivo, entonces la sentencia, en sus considerandos, debe dar cuenta de la forma en que el tribunal tomó en cuenta la opinión del niño, confiriéndole ese especial peso.”<sup>196</sup> Por tanto, haciendo nuestro el parecer del autor citado, creemos que en las resoluciones judiciales dictadas por los jueces de familia que decidan acerca de materias relacionadas con los menores de edad, en cumplimiento del requisito señalado por el **numeral 4º del Artículo 170 del Código de Procedimiento Civil** – el cual exige que las sentencias definitivas contengan las consideraciones de hecho y de derecho que les sirven de fundamento –, debería estar comprendida la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, y, en razón de su madurez, la forma en que ésta fue considerada por el tribunal. En caso que así no fuere, y por parte del juez se hubiere derechamente ignorado la opinión expresada por un menor dentro de un juicio o, aún peor, ni siquiera se le hubiere dado la oportunidad de entregarla, perfectamente podría solicitarse la impugnación de dicha sentencia.

Tomando como base lo indicado hasta ahora, surgen dos cuestiones que inciden tanto en la forma cómo los menores de edad manifiestan y defienden su opinión dentro del proceso, como asimismo en el “peso” o importancia que a dicha opinión le confiere el juez al momento de resolver. La primera se refiere

---

<sup>196</sup> COUSO, Jaime, op. cit. (182), p. 152.

al factor de edad y madurez del menor, que define su autonomía progresiva; determinando, además, el mayor peso que tendrá la opinión del niño a medida que avance su desarrollo y aumente su discernimiento. La segunda cuestión, que hemos examinado brevemente con anterioridad, trata de la participación del niño en el proceso y las formas en que dicha participación se puede asegurar.

En lo que respecta al avance de la edad y madurez del niño, que va configurando su autonomía progresiva, es decir, “...la adquisición de madurez o de suficiente autonomía volitiva del menor para ejercer por sí mismo sus derechos...”;<sup>197</sup> el jurista español Benito Aláez Corral sostiene que dicha autonomía progresiva debe ser analizada bajo la luz de tres criterios: edad, capacidad de obrar y madurez. El autor enfatiza que de los tres, el criterio de la madurez es el que parece más apropiado para “adaptarse a la gradual y evolutiva adquisición de autonomía volitiva...”<sup>198</sup> y, por lo mismo, es necesario definir en qué debe consistir dicha madurez. Para Aláez Corral, la madurez del niño, niña o adolescente, más que tener relación con su racionalidad y juicio al adoptar decisiones, “debe estar vinculada a su capacidad de querer y entender el significado de sus actos – en particular de los relativos a [su]s derechos fundamentales – dentro de un proyecto vital propio, asumiendo, de igual forma que los individuos mayores de edad, el riesgo de errar en su decisión.”<sup>199</sup>

Como lo señalan las profesoras Vargas y Correa, dada la dificultad para constatar el grado de madurez de un niño con plena certeza, algunos autores sostienen que “...definir cuándo un niño está en condiciones de ejercer esta facultad supone predeterminar una edad (o rangos de edades) para escuchar a los niños...”<sup>200</sup> Sin embargo, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia existe consenso al respecto, no obstante encontrar en el Derecho comparado, legislaciones que establecen una edad concreta del menor para que su opinión sea tomada en cuenta en juicio. Así, por ejemplo, tenemos que el **Artículo 156 del Código Civil español**, en su segunda parte, dispone la obligación de oír al hijo mayor de doce años cuando exista desacuerdo entre los progenitores que viven juntos acerca de quién debe ejercer la patria potestad. Si los

<sup>197</sup> ALÁEZ CORRAL, Benito, op. cit. (150), p. 153.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>199</sup> ALÁEZ CORRAL, Benito, op. cit. (150), p. 154-155.

<sup>200</sup> VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula, op. cit. (173), p. 183.

padres viven separados y no están de común acuerdo, el **Artículo 159** establece que el juez decidirá al cuidado de quién quedan los hijos menores de edad, señalando luego que “...*El juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.*”<sup>201</sup>

Las autoras citan un artículo realizado por la jurista estadounidense Mary Ann Mason<sup>202</sup>, en el que trata el derecho de los niños a ser oídos en procesos de cuidado personal en los Estados Unidos, dónde distingue tres etapas en el desarrollo del niño que permitirían resolver de cierta medida los siguientes problemas; a saber: ¿Debe ser escuchado el niño? ¿De qué forma? ¿Debe ser tomada en cuenta la opinión del niño y su interés superior? Dichas etapas, siguiendo el orden en que son mostrados en el artículo, corresponden a:

- **Adolescencia:** A partir de los 14 años, de acuerdo a diversos estudios científicos, los adolescentes poseen un nivel cognitivo e intelectual similar al de los adultos, en lo relativo al discernimiento. La legislación de ciertos Estados, han establecido que los jueces “...deben escuchar la preferencia del niño si tiene 14 años, o, en algunos casos, si ella o él ‘tienen edad suficiente para formarse una preferencia razonable’...”,<sup>203</sup> pero sólo se refiere al derecho del menor a expresar su preferencia, y el juez no está obligado a escucharla. Por lo mismo, Mason estima que los jueces, junto con escuchar la opinión del niño, deben tomarla en cuenta y “honrar” sus decisiones, las que sólo podrán ser desestimadas cuando se pruebe que son perjudiciales para el propio niño, niña o adolescente.
- **Preadolescencia:** Mason la extiende entre los 6 hasta los 14 años. Respecto de ellos, lo ideal para la autora sería que dentro del proceso se contara con especialistas para oír la voz del niño, que tengan además la capacidad de ver las influencias paternas o de terceros en las opiniones de los menores, pudiendo determinar la “verdadera voz” de ellos.

<sup>201</sup> CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, Artículo 156 segunda parte: “*En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviere suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre...*”. Por su parte, el Artículo 159 indica: “*si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.*” Versión online del Código Civil Español disponible en <http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/CC/INDEXCC.htm> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013)

<sup>202</sup> MASON, Mary Ann, “*¿Una voz para el niño?*” (New York, 1999, trad. castellano Santiago de Chile, 2003), en Revista de Derechos del Niño N°2, Universidad Diego Portales y UNICEF, Enero 2003, pp. 115-137. Versión online disponible en [http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/92/Derechos2.pdf](http://www.unicef.cl/archivos_documento/92/Derechos2.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

<sup>203</sup> MASON, Mary Ann, op. cit. (202), p. 119.

- ***Primera Infancia:*** Desde el nacimiento hasta los 6 años. Mason señala que respecto de la custodia (cuidado personal en Chile), existen dos posturas doctrinarias que resuelven el tema en relación a niños muy pequeños para ser escuchados. Por un lado, la corriente que sostiene que la custodia debería quedar a cargo de uno solo de los padres – en Chile, podríamos asimilarlo a la regla supletoria de atribución legal del cuidado personal al progenitor con quién vive el menor, establecida en el artículo 225 inciso 3° de nuestro Código Civil y actualmente vigente -; por otro, la corriente que está a favor de la custodia común o compartida.

Si bien el modelo que propone Mason está circunscrito al tema de la custodia o cuidado personal de los menores de edad, creemos que es útil para la definición de cuándo el niño, niña o adolescente podrá o deberá ser escuchado; aunque, según lo señalan Vargas y Correa, “...uno de los riesgos de establecer un rango fijo de edad para escuchar a los niños es la rigidización en la aplicación de estos parámetros, sin considerar que los niños tienen experiencias de vida y formas de expresarse distintas.”<sup>204</sup> Sin perjuicio de compartir el análisis de las autoras, a nuestro parecer es indispensable tener parámetros más o menos claros acerca de las aptitudes o condiciones que deben presentarse en un menor, para entenderlo suficientemente maduro en sus opiniones y decisiones.

Tomando lo propuesto por Mason y concordándolo con los tramos de edad que examinamos a propósito del ejercicio de sus derechos por parte de los niños, señalados en diversas normas de nuestro **Código Civil**, especialmente el **Artículo 26**, tenemos que la situación en Chile – tratándose del derecho a ser oído – es; a saber:

- ***Infantes:*** Desde su nacimiento hasta los siete años. En materia civil, son considerados como absolutamente incapaces (**Art. 723 – Art. 1447 inc. 1° C.C.**). Al ser muy pequeños, la regla general es que no sean escuchados directamente en juicio, sino que su opinión o parecer se obtenga mediante la realización de peritajes psicosociales o informes diagnósticos, efectuados por profesionales especializados pertenecientes a algún organismo de la red del sistema de justicia (a nivel local, las Oficinas de Protección de Derechos (O.P.D.) o los Centros de Diagnóstico Ambulatorio Mayor

<sup>204</sup> VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula, op. cit. (173), p. 183.

(DAM)). Basándose en las sugerencias entregadas por dichos informes, los jueces suelen fundamentar sus resoluciones en materias de familia.

- **Impúberes (o Preadolescentes)**: En el caso de las niñas, entre los 7 y los 12 años; en el caso de los niños, entre los 7 y los 14 años. En materia civil, son considerados como absolutamente incapaces (**Art. 1447 inc. 1º C.C.**). Es en este tramo dónde debe hacerse un examen más exhaustivo de las características y condiciones particulares del menor de que se trate, puesto que algunos niños, a la misma edad, estarán más capacitados que otros para tomar decisiones racionales. En dicha situación inciden distintos factores, siendo para Mason uno de los más importantes la clase social, debido a que los niños “aventajados socialmente demuestran mayor capacidad a menor edad”,<sup>205</sup> al tener acceso a más recursos (económicos, educativos, sociales, etc.), y de mejor calidad. Por lo tanto, las opciones que tiene el juez de familia para oír al niño, dependiendo de la madurez de éste, pasan por escuchar su voz en principio a través de los informes y peritajes que se le realicen; o bien, por intermedio de los consejeros técnicos del Tribunal; o en caso que lo amerite y sea posible, directamente en una audiencia especial, de carácter confidencial, fijada para tal efecto dentro del proceso.
- **Menores adultos (Adolescentes)**: En el caso de las mujeres, entre los 12 y 18 años; en el caso de los varones, entre los 14 y los 18 años. Nuestro Código Civil los considera relativamente incapaces (**Art. 1447 inc. 1º**), por lo que sus actos, bajo ciertas circunstancias, pueden ser válidos. En vista de lo anterior, y tomando en consideración que desde los 13-14 años se entiende que las personas poseen pleno discernimiento; estimamos que la regla general respecto de los adolescentes, debe ser la realización dentro del proceso, de una (o varias, según sea necesario para el caso concreto) audiencia especial y confidencial, que tenga por objeto oír al menor, para tomar sus opiniones y parecer acerca del asunto que le afecta.

Por lo que hemos indicado, es posible constatar que dada la diversa realidad en la que se desarrollan los niños, niñas y adolescentes, sumado a los distintos grados de madurez de éstos – y por consiguiente, distintos niveles de autonomía progresiva –, compartimos el análisis de las profesora Correa y Vargas,

---

<sup>205</sup> MASON, Mary Ann, op. cit. (202), p. 122.

quienes concluyen que, al no ser todos los menores de edad iguales, deben establecerse “...estándares flexibles, que permitan a los operadores ponderar caso a caso las condiciones del habla de los niños en función de su edad, pero también de su madurez.”<sup>206</sup>

De esta manera, es indispensable el fortalecimiento de las competencias técnicas de los miembros del sistema de Justicia de Familia, para oír a los niños, cualquiera sea su edad y madurez, recogiendo y obteniendo tanto sus deseos, sus sentimientos, sus opiniones, como sus decisiones; tomando como punto de referencia lo manifestado por Couso, en el sentido que la fórmula “*niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio*” establecida en el **Artículo 12** de la **Convención**, debe entenderse que abarca “a todo niño que puede tener algo relevante que comunicar sobre un asunto que le afectará, incluso a través de formas no verbales.”<sup>207</sup> En razón de esto, según Correa y Vargas<sup>208</sup>, es que cobran importancia las competencias para “oír” de los operadores del sistema y los tiempos que se le den al niño para expresarse dentro de un proceso.

En cuanto a la participación de los menores de edad en el proceso, como ya lo habíamos señalado en un principio, idealmente debe ser lo más activa posible, considerando siempre la edad y madurez que posea el niño, niña o adolescente involucrado. Basándonos en lo expresado por Couso – quién, a su vez, sustenta su argumentación en lo postulado por las profesoras inglesas Gillian Schofield y June Thoburn -, la participación de los niños en la construcción y decisión de su caso debería incluir y pasar, en distintos momentos del proceso, por los siguientes niveles; a saber:

- Involucramiento directo del afectado en el diseño de la medida.
- Poder delegado: el afectado delega a la autoridad diseñar la medida bajo el control del primero.
- Co-decisión (partnership) entre la autoridad y el afectado.
- Participación (significativa) del afectado, pero con mayor peso para el criterio de la autoridad.
- Intervención (del afectado) en menor medida que en el nivel anterior.
- Consulta: la autoridad decide sola, pero antes consulta la opinión del afectado sobre las diversas alternativas posibles, sus ventajas e inconvenientes.
- Mantener plenamente informado al afectado, sin entregarle parte en la decisión.

<sup>206</sup> VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula, op. cit. (173), p. 183-184.

<sup>207</sup> COUSO, Jaime, op. cit. (182), p. 150.

<sup>208</sup> VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula, op. cit. (173), p.184.

Sólo de esta manera, podemos entender que el niño, niña o adolescente ha ejercido de manera efectiva su derecho a ser oído, tomando una decisión informada y libre acerca de lo que desea para sí mismo en un determinado asunto. Por consiguiente, de acuerdo a Couso, la tarea del Tribunal con el menor consistirá en “...primero, al inicio del proceso, l[e] informe plenamente sobre las razones por las cuáles fue llamado a intervenir, la forma que tendrá el juicio, las consecuencias de las diversas alternativas en juego; luego, que l[e] consulte sobre las personas que él cree deben ser oídas; en seguida, que lo invite a participar en la decisión que el tribunal debe tomar sobre posibles medidas cautelares; más tarde, que lo vuelva a informar plenamente sobre la posición que los diversos involucrados están adoptando frente al asunto.”<sup>209</sup> Y concluye el autor, aseverando que “... [s]ólo así, al final del proceso, el [menor] que es invitado a tomar la decisión [...], ha participado plenamente en la construcción del caso, es decir, en la definición del curso que adoptará su propia vida”.<sup>210</sup>

Esta participación del niño, además, hace que exista un mejor “entendimiento” entre los distintos operadores del sistema de justicia de familia (jueces, consejeros técnicos) con el propio menor de edad, llegando a una solución consensuada, fundamentada en las distintas opiniones entregadas por los intervinientes y, en especial, el aporte y visión del niño.

El segundo aspecto que cobra importancia en el ejercicio del derecho del niño a ser oído, como ya lo hemos tratado someramente antes, guarda relación con su derecho a la defensa ante los tribunales de familia. Para Couso, esto implica “ofrecer defensa jurídica autónoma al niño, para garantizar su derecho a participar en la toma de decisiones en sede de tribunales de familia. El involucramiento del niño en las diversas etapas del proceso exige estar permanente informado del curso del proceso, incluso de las decisiones “de mero trámite” (citación a determinadas personas, convocatoria o no a una determinada audiencia, aceptación o no de determinada prueba etc.), y tener la oportunidad de intervenir en la

---

<sup>209</sup> COUSO, Jaime, op. cit. (182), p. 154.

<sup>210</sup> *Ibidem*.

configuración de esas decisiones, todo lo cual es impracticable sin una representación técnica de sus intereses en el mismo juicio.”<sup>211</sup>

En nuestro país, la **Ley N° 19.968** en su **artículo 19** regula el derecho a la defensa técnica frente a los Tribunales de Familia, estableciendo como condiciones para una defensa autónoma de los menores, que exista primero un interés de los niños involucrados en el juicio; y segundo, que para la defensa de esos intereses carezcan de un representante legal, o bien, que dichos intereses aparezcan a criterio del juez como independientes o contradictorios respecto de los de sus representantes (sus padres, por regla general). Sólo en presencia de cualquiera de estos dos supuestos, el juez de familia está obligado a designar para el niño, niña o adolescente un abogado, perteneciente a la Corporación de Asistencia Judicial o de otra institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de los derechos de los niños. En consecuencia, tenemos que en Chile la defensa técnica y autónoma de los intereses de los menores de edad en un juicio, es de carácter excepcional.

---

<sup>211</sup> COUSO, Jaime, op. cit. (182), p. 154.

### Tercera Parte: Existencia de criterios objetivos específicos para la determinación del interés superior del niño.

Como ya lo manifestáramos en la introducción a este capítulo, junto con la propuesta que hacemos acerca de la existencia dentro de nuestra legislación, de criterios objetivos de carácter general para la determinación y delimitación del contenido del principio del interés superior del niño; en la actualidad, con la promulgación de la **Ley N° 20.680**, también se han introducido en el **Código Civil** dos normas que establecen criterios objetivos de carácter específico. La primera, el novedoso **Artículo 225-2**, que establece criterios y circunstancias a considerar *“tanto para el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal”*; la segunda, el **inciso 3° del Artículo 229**, que dispone criterios a evaluar para la determinación del régimen de relación directa y regular de los hijos con el padre o madre que no ejerce el cuidado personal, *“velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades...”*.

En esta parte, haremos un breve análisis de ambos preceptos legales indicados, y los criterios que en éstos se establecen; además de proponer la existencia de algunos elementos, presentes en la normativa pertinente, que deben ser ponderados por los sujetos encargados de tomar una decisión en materia de derecho de alimentos (padres, mediador, juez), para con ello asegurar la tutela del principio del interés superior de los niños, niñas y/o adolescentes involucrados.

Por consiguiente, con el examen que indicamos, es posible dar inicio a la construcción de un sistema de tipo abierto, estructurado en base a la conjunción de los criterios objetivos generales propuestos que, para nosotros, encarnan aquellas exigencias mínimas que deben ser cumplidas para entender protegido y satisfecho el superior interés de los menores, con los nuevos criterios objetivos específicos instituidos en dos ámbitos de relevancia en el Derecho Civil de Familia, como lo son el cuidado personal y la relación directa y regular, incorporados recientemente a nuestro ordenamiento por la Ley N° 20.680.

Comenzaremos primero con el tratamiento del **Artículo 225-2 del Código Civil**, norma que viene a ser un catálogo de criterios y circunstancias a considerar para el establecimiento y posterior ejercicio de un

régimen de cuidado personal. Luego, se examinará el **inciso 3° del Artículo 229 del Código Civil**, que cumple similar propósito, pero acerca de la relación directa y regular. Por último, se analizarán algunas normas, tanto del Código Civil como de la Ley N°14.908 sobre Abandono de hogar y pago de pensiones alimenticias, para proponer la existencia de criterios objetivos específicos para la determinación del interés superior de los menores en materia de alimentos.

**1) Existencia de criterios objetivos específicos para la determinación del principio del interés superior del niño en materia de cuidado personal: El Artículo 225-2 del Código Civil.**

Hasta la dictación de la **Ley N°20.680**, en nuestra legislación no era posible encontrar una explicitación de ningún tipo, acerca de criterios que sirvieran como punto de partida para la determinación del principio del interés superior del niño, o bien, que al menos delimitaran con alguna precisión su contenido. Según lo que hemos señalado en este Capítulo, con anterioridad a la promulgación de la citada ley, en el ordenamiento jurídico chileno, la técnica legislativa usada para tratar el concepto indeterminado del interés superior del niño era la cláusula general, consistente en el establecimiento de una mención genérica del principio, sin entregarle un contenido fijo ni poner a disposición elementos que así lo permitan.

Así, con respecto del cuidado personal, se tenían dos normas en el Código Civil que hacían una mención genérica del principio del interés superior del niño. La primera – que a nuestro parecer, constituye la norma primordial en el reconocimiento legal del citado principio en el Derecho chileno, como también pilar fundamental del sistema abierto que proponemos –, es el **Artículo 222**, que consagra el principio de manera general, al señalar en su **inciso 2°** (hoy, inciso 1°): *“La preocupación fundamental de los padres es el **interés superior del hijo...**”*. La segunda disposición legal era el **antiguo Artículo 225**, que regulaba la situación del cuidado personal de los hijos en caso que los progenitores vivieran separados. En su **inciso 3°**, dispone que *“...cuando el **interés del hijo** lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.”*

Por lo tanto, en el ámbito de la atribución judicial del cuidado personal de los hijos cuando los padres estuvieren separados por una ruptura de su relación de pareja, el juez para resolver en esta materia, sólo tenía estos dos preceptos y, en base a ellos, debía tomar una decisión que, por una parte, solucionara el asunto sometido a su conocimiento, y por otra, concediera una protección adecuada al superior interés de los niños, niñas y adolescentes afectados. En relación a este último punto, como el principio del interés superior del menor había sido establecido de manera genérica, no tenía un contenido definido, quedando su determinación al arbitrio del juez, quien llenaba este vacío con sus propias convicciones personales acerca de cuál era el mayor bienestar del menor en un caso concreto. A lo más, podían entenderse como líneas orientadoras claras, tanto las menciones hechas en el **antiguo inciso 3° del Artículo 225** a las ideas de “...*maltrato, descuido u otra causa calificada...*”, como la prohibición de confiar el cuidado personal al padre o madre “*que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.*”.

Como consecuencia de estas circunstancias, es posible constatar, en el ámbito jurisdiccional chileno, que la regla general está dada por el hecho que los jueces, si bien toman en cuenta el principio del interés superior del niño al momento de fallar, la mayoría de las veces se limitan a nombrarlo en sus sentencias, sin darle un contenido ni señalar qué se entiende por éste. Así se desprende de una de las intervenciones que hizo la profesora del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Chile, Fabiola Lathrop, en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, durante la discusión y tramitación del proyecto de ley que desembocó en la dictación de la Ley N° 20.680. En ella, hace referencia a un estudio realizado por la Universidad a que pertenece, en el cual, “... sobre la base de 31 entrevistas a jueces de familia, integrantes del Consejo Técnico, abogados y mediadores especialistas en Derecho de Familia y la revisión de 180 sentencias sobre cuidado personal y relación directa y regular en las que recayó sentencia de término por la Corte Suprema dentro de los años 2007 a 2010 provenientes de tribunales de la Región Metropolitana, [se] pudo concluir que los jueces, si bien consideran este principio, al momento de fallar lo utilizan sólo de forma implícita, no dejándose constancia de qué se entendió por interés superior del niño ni de los hechos y razones lógicas, científicas, técnicas o de experiencia que los llevaron a alcanzar

convicción. Y, en los casos en que el principio es utilizado de forma expresa, ello se realiza de forma general, sin desarrollarse mayormente su contenido y alcance.”<sup>212</sup>

De la muestra de fallos utilizados en el estudio citado, sólo en cuatro de éstos el juez sentenciador entregó alguna explicación acerca de cuál es o cómo se protege el supremo interés de los niños, niñas y adolescentes en el caso en particular. Las sentencias referidas<sup>213</sup> son las siguientes; a saber:

- **Primer Juzgado de Familia de Santiago, RIT: C-975-2008, de fecha 21 de octubre de 2009:**

*“...el interés superior del hijo, que para el presente caso está dado por el logro de una estable relación con ambos padres, ajena a conflictos y remordimientos personales que le procuren un desarrollo sostenible en el tiempo, asegurando del mismo modo una relación regular concreta con el progenitor que no mantenga el cuidado personal”.*

- **Primer Juzgado de Familia de Santiago, RIT: C-2928-2007, de fecha 17 de septiembre de**

**2008:** *“Que a juicio del tribunal el interés superior de los niños en el caso de autos está determinado por quien representa para ellos no sólo el afecto, protección y seguridad, sino también el entorno familiar donde son acogidos, respetados en sus decisiones, sin que por ello no sean corregidos y obligados a respetar las normas”.*

- **Corte de Apelaciones de San Miguel, ROL N°: 253-2009, fecha 11 de junio de 2009:**

*“el adecuado resguardo del interés superior de aquélla está relacionado con la mantención del entorno familiar que la ha cobijado desde su nacimiento, rodeada de esmerado cuidado y afectos que le prodiga su familia materna extendida, entorno éste que asegura su estabilidad y normal desarrollo”.*

- **Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT/ROL: C-2046-2007, fecha 17 de julio de 2009:**

*“Por lo expuesto hace fuerza a esta sentenciadora lo sugerido por el consejo técnico de este tribunal en el sentido de estimar que es interés superior de la niña, hoy casi de 6 años de edad, mantener y reforzar la relación directa y regular con su padre, quien deberá seguir con su intervención terapéutica, realizando un nuevo diagnóstico por profesionales”.*

---

<sup>212</sup> Primer Informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, Sesión 30 (22 de Junio del 2012), Historia de la Ley N° 20.680, p. 306. Disponible en versión para descarga digital en [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl)

<sup>213</sup> Ibídem, p. 306-307.

Esta situación de incertidumbre se ha terminado, con la promulgación de la **Ley N° 20.680**, que incorpora el **Artículo 225-2** a nuestro **Código Civil**. Esta nueva norma viene a ser una importante contribución al sistema de determinación del contenido del principio del interés superior del niño, al “señalar de manera expresa los criterios y circunstancias que deben estar siempre considerados cuando el juez fije o los padres ejerzan el cuidado en algunas de las modalidades que la ley contempla.”<sup>214</sup>

En lo que respecta a las fuentes de las que emanan los distintos criterios que conforman el catálogo establecido por el **Artículo 225-2**; podemos indicar que se encuentran en la legislación de familia de distintos países, tanto del ámbito jurídico anglosajón como del orden continental. En cada uno de ellos han sido reconocidos criterios, si no idénticos, muy similares a los recogidos en la norma que estamos examinando; por lo que está comprobada su beneficiosa utilidad como instrumentos para la toma de una decisión adecuada en materia de atribución del cuidado personal, que favorezca la protección del mayor interés de los niños, niñas y adolescentes comprometidos.

A modo de ejemplo, tenemos en primer lugar, la **Uniform Marriage and Divorce Act, de 1970**, instrumento jurídico realizado, aprobado y recomendado para ser incorporado en la legislación federal de todos los estados que conforman los Estados Unidos de Norteamérica, por la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. En su **Sección 402**<sup>215</sup>, denominada **Best Interest of Child**, se establece que la corte debe determinar la custodia en concordancia con el superior interés del niño, para lo cual debe considerar todos los factores que sean relevantes para ello, y luego la norma menciona cinco criterios, que son los más comunes al momento de decidir en esta materia. Entre estos factores a tener en cuenta, encontramos los deseos de los padres del menor; los deseos del propio niño, niña o adolescente

<sup>214</sup> DOMÍNGUEZ, Carmen y SALINAS, Carolina; en documento presentado a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, consignado en Segundo Informe de la Comisión. Historia de la Ley N° 20.680, p. 523.

<sup>215</sup> National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Uniform Marriage and Divorce Act, p. 45. Disponible en versión digital en <http://www.uniformdivorce.com/UMDA.pdf> (Visitado por última vez 26/10/2013). La norma completa es la siguiente: *SECTION 402. [Best Interest of Child.] The court shall determine custody in accordance with the best interest of the child. The court shall consider all relevant factors including: (1) the wishes of the child's parent or parents as to his custody; (2) the wishes of the child as to his custodian; (3) the interaction and interrelationship of the child with his parent or parents, his siblings, and any other person who may significantly affect the child's best interest; (4) the child's adjustment to his home, school, and community; and (5) the mental and physical health of all individuals involved. The court shall not consider conduct of a proposed custodian that does not affect his relationship to the child.*

involucrado; la relación del menor con sus padres o parientes, o cualquier persona con la que tenga apego significativo; la adaptación del menor a su hogar, a la escuela y a la comunidad en la que está inserto; el estado de salud mental y física de todas las personas envueltas en el caso concreto.

Otro ejemplo lo entrega la **Children Act de 1989**, vigente en Inglaterra y Gales. En su **Parte I Preliminar, Sección 1, subsección (1) a)**, se establece que en todas las cuestiones relacionadas con la crianza de los niños, la corte debe tener como consideración primordial (*paramount consideration*) y principio general el bienestar del niño (*welfare of the child*).<sup>216</sup> A continuación, en la **subsección (3)** se establece un catálogo de circunstancias que deben ser consideradas por la corte, especialmente al momento de fijar, modificar o dejar sin efecto alguna de las “órdenes” señaladas en la Sección 8 de la propia Children Act (*contact order; a prohibited steps order; residence order; a specific issue order*). Entre dichas circunstancias, se encuentran los deseos y sentimientos que sean importantes para el menor, a la luz de su edad y entendimiento; las necesidades físicas, emocionales y educacionales de los niños, niñas y adolescentes; los probables efectos que provoque cualquier cambio en la situación presente del menor; la edad, género, u otro antecedente o característica relativa al menor que la corte estime relevante; cualquier daño que el niño, niña o adolescente haya sufrido o esté en riesgo de sufrir; la capacidad de cada uno de los padres, o de cualquiera otra persona que la corte considere importante, en relación a las necesidades del menor.<sup>217</sup>

---

<sup>216</sup> CHILDREN ACT 1989, disponible en versión online en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41> (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

Part I, Introductory 1 Welfare of the child.

*(1)When a court determines any question with respect to— (a) the upbringing of a child; or (b) the administration of a child's property or the application of any income arising from it, the child's welfare shall be the court's paramount consideration.*

*(2)In any proceedings in which any question with respect to the upbringing of a child arises, the court shall have regard to the general principle that any delay in determining the question is likely to prejudice the welfare of the child.*

<sup>217</sup> CHILDREN ACT 1989, disponible en versión online en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41> (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

Part I, Introductory 1 Welfare of the child

*(3)In the circumstances mentioned in subsection (4), a court shall have regard in particular to— (a) the ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in the light of his age and understanding); (b) his physical, emotional and educational needs; (c) the likely effect on him of any change in his circumstances; (d) his age, sex, background and any characteristics of his which the court considers relevant; (e) any harm which he has suffered or is at risk of suffering; (f) how capable each of his parents, and any other person in relation to whom the court considers the question to be relevant, is of meeting his needs; (g) the range of powers available to the court under this Act in the proceedings in question.*

Un último ejemplo proveniente de los ordenamientos anglosajones, lo encontramos en la **Family Law Act 1975**,<sup>218</sup> vigente en Australia. Este se trata de un cuerpo legal completísimo, que regula y reúne en un solo canon todas las materias relacionadas con el Derecho de Familia, desde la jurisdicción y conformación de los tribunales especiales, el procedimiento aplicable, los servicios auxiliares de la administración de justicia, además de las normas sustantivas o de fondo. En su **Parte VII** titulada “**Niños**”, en la **División 1 Introductoria, Subdivisión BA**, regula lo relativo al interés superior del niño (*best interests of the child*). Al igual que la Children Act británica, en su **Sección 60CA**, establece que el interés superior del menor debe ser la consideración primordial (*paramount consideration*) de la corte al momento de decidir acerca de la crianza de un niño. Luego, en su **Sección 60CC** establece las materias que deben ser consideradas para la determinación del interés superior; señalando como **criterios básicos o primarios** (*Primary considerations*), las ventajas para el menor de mantener una relación significativa con ambos progenitores y la protección de la salud física y psicológica del menor, de todo daño del que sea sujeto o al que quede expuesto por abuso, negligencia o violencia familiar. A éstos, agrega **criterios adicionales** (*Additional considerations*) para tener en cuenta, como la opinión expresada por el menor; la madurez y nivel de entendimiento del niño; la naturaleza de las relaciones del niño con cada uno de sus padres y con otras personas; el probable efecto que pueda provocar cualquier cambio en la situación del menor; la capacidad de cada uno de los padres o de otras personas para satisfacer las necesidades del niño; entre otros.

Por su parte, de los ordenamientos jurídicos de tipo continental, tomaremos una de las fuentes inspiradoras de nuestro nuevo **Artículo 225-2 del Código Civil**; como lo es el Derecho Español. En primer lugar, tenemos que el **Código Civil español**<sup>219</sup>, en su **Libro I, Título IV, Capítulo IX**, a propósito de la regulación de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, establece en el **Artículo 92** algunos criterios que debe tener en cuenta el juez al momento de adoptar cualquier medida sobre la custodia, cuidado y educación de los hijos menores. Entre dichas normas a considerar, se encuentra en un lugar de relevancia el derecho de los menores a ser oídos (**Art. 92/2**); se agrega que en caso de acordarse el

<sup>218</sup>FAMILY LAW ACT 1975, Australia, pp. 142-145. Versión online y para descargar disponible en <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2013C00053> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

<sup>219</sup>CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, disponible en versión digital en <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

ejercicio compartido de la guarda y cuidado de los hijos, el juez debe procurar que no se separe a los hermanos (**Art.92/5**); además, el juez deberá valorar, junto con las alegaciones de las partes y la prueba rendida en el juicio, “*la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda*” (**Art.92/6**); se consagra la prohibición de establecer “*la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté [involucrado] en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos*”. La misma prohibición será aplicable si el juez, de las alegaciones de las partes y la prueba rendida en el juicio, advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica (**Art.92/7**). Por último, se establece como facultad para el juez que, antes de adoptar cualquier decisión, “*podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores*” (**Art.92/9**).

A dicho antecedente, podemos agregar uno mucho más claro en su influencia, cómo lo es el **Código Civil catalán**<sup>220</sup>. El citado cuerpo legal, en su **Libro Segundo, Título III, Capítulo III**, relativo a los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial, regula en su **Sección 2ª** el cuidado de los hijos. A propósito de esta materia, en el **Artículo 233-11** se establece un catálogo de criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda. Entre dichos criterios, podemos encontrar, entre otros: “*la vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares*” (**Art.233-11/1 a**)); la “*aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad*” (**Art.233-11/1 b**)); la “*actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores*” (**Art.233-11/1 c**)); el “*tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar*” (**Art.233-11/1 d**)); y la “*opinión expresada por los hijos*” (**Art.233-11/1 e**)). A este catálogo, el **Artículo 233-11**, en su norma **2ª**, suma la prohibición de separar a los hermanos al momento de atribuirse la guarda. Por último, en el **Artículo 233-11/3**, se establece como norma que “*no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la*

<sup>220</sup> CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA, versión online disponible en <http://civil.udg.edu/normacivil/cat/CCC/ES/Index.htm> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

*guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas”.*

Al examinar detenidamente los criterios que se consagran en el Código Civil catalán, y compararlos con aquéllos que han sido recientemente incorporados a nuestro Código Civil mediante la **Ley N° 20.680**, creando el **Artículo 225-2**; podremos constatar que la fuente de inspiración ha sido evidente. De esta manera, la nueva disposición introducida al Derecho de Familia chileno, tiene la redacción siguiente; a saber:

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

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

Pasaremos a analizar de forma breve y crítica, uno a uno los criterios que han sido establecidos en esta novedosa disposición legal; de manera de poder determinar su real alcance y significado.

a) **Primer criterio: La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar (Art.225-2 a) Código Civil).**

Comenzaremos el estudio del criterio con un análisis etimológico de algunos términos importantes presentes en éste. Parte el literal hablando de la **vinculación**, que según el Diccionario de la Real Academia Española,<sup>221</sup> es la “Acción y efecto de vincular”; y **vincular**, a su vez, como verbo en su tercera acepción, significa “Someter la suerte o el comportamiento de alguien o de algo a los de otra persona o cosa”; por último, la palabra **vincular** como adjetivo, se refiere a la “Unión o atadura de una persona o cosa con otra”. Por su lado, la palabra **afectiva**, de acuerdo a la misma fuente, proviene de la palabra **afecto**; de la cual destacamos dos acepciones atinentes a nuestro tema: la primera, como adjetivo significa “Inclinado a alguien o algo”; la segunda, referida a “Cada una de las pasiones del ánimo... y especialmente el amor o el cariño”.

En razón de lo señalado, podemos concluir que al hablar la norma de la vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar, se está remitiendo a la **unión amorosa o cariñosa del niño, niña o adolescente con sus padres y/o con otras personas de su entorno familiar, por el cual somete su suerte, estado o condición a ellos**. Hacer énfasis en que esta unión o vínculo de carácter amoroso, debe revestir precisamente dicha cualidad, es decir, debe tratarse de una relación plena de afecto, entrega y esmero. Además, debe ser recíproco, existiendo una igual correspondencia entre la madre, el padre o los otros adultos o personas de su entorno familiar, con el menor de edad.

Habiendo una similitud casi exacta entre la disposición del **Artículo 225-2 a)** de nuestro **Código Civil**, con la norma del **Artículo 233-11/1 a)** del **Código Civil de Cataluña**; agregaremos algunas observaciones que nos parecen pertinentes y útiles para una adecuada aplicación del precepto en sede jurisdiccional, reunidas por la jurista española Dolors Viñas Maestre en un artículo de su autoría.

Tomando como base su experiencia como magistrada de la Audiencia Provincial de Barcelona, la autora

---

<sup>221</sup> Todas las referencias etimológicas, están tomadas del Diccionario Real Academia Española de la Lengua, Vigésima Segunda Edición (2001). Disponible en versión online en <http://www.rae.es/rae.html> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

analiza diferentes resoluciones judiciales dictadas en su país que toman en consideración la vinculación afectiva como pauta, concluyendo que “no resulta ni prioritario, ni determinante, y normalmente se supedita a otros criterios o parámetros. Si bien es utilizad[a] para adoptar o denegar la guarda compartida junto con otros criterios, [esto] se deriva asimismo del sentido común, pues la vinculación afectiva viene determinada o condicionada por el tipo de relación existente entre cada progenitor y el menor (calidad), tiempo de dedicación (cantidad), y capacidad o habilidad parental.”<sup>222</sup> Además, afirma que “[p]ara su valoración será precisa, en la mayor parte de las ocasiones, la aportación de dictámenes periciales”.<sup>223</sup>

En lo relativo a la vinculación afectiva con otras personas del entorno familiar, debemos precisar que, al estar regulado este criterio en nuestro **Artículo 225-2**, a propósito del “*establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal*”, creemos que, en principio, debe verificarse la idoneidad del vínculo con aquellos otros adultos del entorno familiar – prefiriéndose a los consanguíneos más próximos, como abuelos y tíos, en concordancia con lo establecido en el **Artículo 226** –, que pudieran asumir eventualmente el cuidado personal del niño, niña o adolescente respectivo. Luego de ello, de manera suplementaria, y en caso que sea necesario para una mejor resolución del asunto, se puede tomar en cuenta la vinculación afectiva del menor con otras personas de su ambiente doméstico, como por ejemplo, la nueva pareja del padre y/o de la madre, o sus medio hermanos. Así también lo entiende Viñas Maestre, al indicar que “la referencia que el Código Civil Catalán hace a la vinculación del menor con otras personas que convivan en los hogares respectivos, [...], contempla la posibilidad de que en los núcleos de convivencia existan hijos de uno de los progenitores con el que el menor ha venido conviviendo o la nueva pareja de cualquiera de los progenitores y sus hijos en su caso, o bien parte de la familia extensa, abuelos etc., lo que deberá ser también valorado de forma complementaria”.<sup>224</sup>

---

<sup>222</sup> VIÑAS MAESTRE, Dolors; “*Medidas relativas a los menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda*” (Barcelona, 2012), en Revista InDret, N°3, Año 2012, p. 25. Versión online disponible en <http://www.indret.com/es/index.php> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013, debe buscarse por el nombre de su autora).

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 22.

b) Segundo criterio: *La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad (Art.225-2 b) Código Civil).*

Esta segunda regla, ha sido copiada íntegramente del **Artículo 233-11/1 b)** del **Código Civil catalán**; motivo por el que fundaremos parte del examen de este criterio, en los comentarios hechos por la magistrada catalana Viñas Maestre, en su ya citado artículo.

Partiendo de nuevo de la base de un análisis etimológico de los conceptos claves insertos en la norma; tenemos que es la **aptitud** de los padres, entendida ésta como la capacidad, suficiencia o idoneidad para operar, desempeñar o ejercer bien o competentemente una determinada actividad, negocio, empleo o cargo; según la síntesis que podemos hacer de las distintas acepciones que tiene la palabra en el Diccionario de la Real Academia Española. Ahora bien, esta aptitud debe estar dirigida a dos objetivos. El primero consiste en **garantizar el bienestar**; siendo el verbo **garantizar** “Dar garantía”, o sea, los padres deben entregar seguridad y/o certeza sobre el **bienestar** del niño, niña o adolescente; esto es, respecto del “conjunto de cosas necesarias para vivir bien.”<sup>225</sup> El segundo fin se refiere a la **posibilidad de procurar un entorno adecuado**; y tomando como base los sentidos que a cada uno de los términos de la frase entrega el diccionario de la RAE, podemos concluir que ésta define un estándar que impone a los padres la obligación de estar en condiciones de entregar a sus hijos un ambiente físico, afectivo, social y económico apropiado y conveniente a su situación personal. En su defecto, si los padres no presentan las condiciones para ello, estimamos que deben hacer el esfuerzo necesario para lograr el mejor ambiente posible para sus hijos.

Al referirse a las capacidades de los progenitores para ejercer de buena forma sus funciones parentales, estimamos que esta circunstancia debe ser uno de los primeros requisitos que deben ser sopesados por el juez para la determinación del régimen de cuidado personal más apropiado para el menor. Un razonamiento similar tiene Viñas Maestre, quién señala respecto de la regla catalana que “...[l]a

<sup>225</sup> Respectivamente, única acepción de la palabra “garantizar”, y primera acepción de la palabra “bienestar”, del Diccionario Real Academia Española de la Lengua, Vigésimo Segunda Edición (2001). Disponible en versión online en <http://www.rae.es/rae.html>. (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

capacidad parental para procurar el bienestar del hijo y ofrecerle un entorno estable y adecuado es un criterio decisivo para decidir el modelo de guarda”.<sup>226</sup> A propósito del tipo de cuidado personal a regular, o bien, a cuál de los padres se le atribuirá; la jurista española agrega que “...resulta obvio que no podrá acordarse ni la guarda individual (cuidado personal atribuido a uno de los padres) ni la guarda alterna (cuidado personal compartido) si uno de los progenitores carece de habilidades o de aptitudes para ejercer de forma continuada las funciones parentales.”<sup>227</sup>

A ello, Viñas Maestre suma una observación que estimamos muy pertinente, y que suele no tomarse demasiado en cuenta, concerniente a la regulación del régimen de relación directa y regular o visitas (que en España se denomina “régimen de comunicación”). Hace presente la autora que “...[l]a ausencia de capacidad o de aptitud determinará el contenido y extensión del régimen de comunicación.”<sup>228</sup>

Ahora bien, en cuanto a la forma de apreciar o examinar dentro de un proceso judicial la capacidad o aptitudes (“habilidades parentales”, según el lenguaje de los peritajes psicosociales aplicables en Chile) de los padres, estamos de acuerdo con lo que indica Viñas Maestre, quién concluye que “...resultará en ocasiones conveniente el informe del Equipo Técnico, pero también puede derivarse de otras pruebas como informes médico psiquiátricos, psicológicos o sociales.”<sup>229</sup> Esta situación, está regulada expresamente en el **Código Civil catalán**, el que en su **Disposición Adicional Sexta N° 1**, establece lo siguiente: *“Los dictámenes periciales relativos al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental tienen por objeto primordial averiguar o apreciar la existencia en el menor, o en alguno de los progenitores o en otros miembros de la familia que convivan con él, de una enfermedad mental o de anomalías de conducta que incidan, perjudiquen o interfieran en las relaciones familiares, para establecer el régimen de guarda y de relaciones personales.”*

---

<sup>226</sup> VIÑAS MAESTRE, Dolors; op. cit. (222), p. 20.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 20. Lo apuntado entre paréntesis en la cita, ha sido agregado por el suscrito, señalando la terminología legal que las dos variantes de régimen de cuidado personal tienen dentro de Chile.

<sup>228</sup> *Ibidem*.

<sup>229</sup> *Ibidem*.

En nuestro país, si bien no existe una disposición tan concreta al respecto; tenemos que la **Ley N° 19.968**, que regula el procedimiento ante los Tribunales de Familia, consagra en su **Artículo 28** el principio de libertad de prueba, lo que implica que los hechos pertinentes para una adecuada resolución del conflicto familiar (en el caso que analizamos, la aptitud de los padres, para determinar el régimen de cuidado personal apropiado), pueden ser acreditados por cualquier medio producido en conformidad a la ley. Por tanto, según el **Artículo 29** de la misma Ley, las partes están facultadas para ofrecer todos los medios de prueba de que dispongan, e incluso, pueden solicitar al juez que ordene la práctica de otros (en especial, peritajes) que dependan de órganos o servicios públicos (como por ejemplo, el Servicio Médico Legal). A ello se agrega, en el **inciso 3°** de la norma, que *“el juez, de oficio, podrá asimismo ordenar que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención al conflicto familiar de que se trate.”* Esta potestad del juez se ve corroborada, a propósito de la prueba pericial, en el **inciso 3° del Artículo 45** de la **Ley N° 19.968**, que señala expresamente que *“el juez, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar la elaboración de un informe de peritos a algún órgano público u organismo acreditado ante el Servicio Nacional de Menores [...], cuando lo estime indispensable para la adecuada resolución del conflicto.”*

Siguiendo la normativa catalana revisada, y las conclusiones de Viñas Maestre, también creemos que uno de los aspectos más importantes a investigar y acreditar de forma certera, dentro del ámbito de la capacidad o aptitud que tienen los padres para asumir el cuidado personal, está dado por la existencia o no, ya sea en el menor mismo o en alguno de los progenitores, de alguna enfermedad o trastorno mental. De esta manera, según la jurista española, “[s]i se detecta que uno de los progenitores padece alguna enfermedad o trastorno mental deberá determinarse la incidencia que la misma puede tener en el cuidado de los menores.”<sup>230</sup> Ahora bien, constatando un matiz importante, la autora añade que “no toda enfermedad mental impide al progenitor asumir el cuidado de los hijos menores, siendo esencial para ello la repercusión que la enfermedad pueda tener en el menor...”<sup>231</sup> e indica que los efectos de dicha enfermedad en la manera en la que la madre o el padre aquejado por ella ejerza su rol parental,

<sup>230</sup> VIÑAS MAESTRE, Dolors; op. cit. (222), p. 21.

<sup>231</sup> *Ibidem*.

dependerá de múltiples factores. Entre éstos, se encontrarían “la gravedad y naturaleza de la enfermedad y de la incidencia que la misma tenga en las capacidades cognitivas, afectivas y sociales de quien la padece...”,<sup>232</sup> como también la evolución de la enfermedad, si ha sido positiva o negativa; “...si se ha seguido tratamiento, resultado del mismo y efectos que haya podido producir en el enfermo...”<sup>233</sup>; y si existe en el “...entorno familiar, [el] apoyo de personas cercanas que facilit[e]n un buen diagnóstico y que interv[engan] en caso de detectar alguna anomalía.”<sup>234</sup>

Concluye de forma muy acertada Viñas Maestre, advirtiendo que “[l]a salud mental (enfermedades mentales, toxicomanías) su entidad, pronóstico y concreta incidencia en el desempeño de las funciones de guarda se convierte así en un indicador decisivo para la determinación del modelo de guarda.”<sup>235</sup> Constata la validez de su afirmación al examinar ciertas resoluciones judiciales, de las que se desprende que, por un lado, se suele denegar la custodia e incluso suspender el régimen de visitas, en aquellos casos “...cuando uno de los progenitores padece una enfermedad mental que no ha sido tratada, cuya evolución ha sido negativa, o no se tiene conciencia de enfermedad, o no hay garantías de mejoría o estabilidad”.<sup>236</sup> Por otro lado, “[e]n los casos en que la enfermedad no entraña especial gravedad, se sigue tratamiento y en definitiva no condiciona la vida ni la conducta del enfermo, [y] no limita tampoco las funciones parentales...”<sup>237</sup> los sentenciadores suelen mantener la custodia o el régimen de visitas. A nuestro parecer, la situación descrita por la autora que se da a nivel jurisprudencial en España, debería replicarse en los fallos dictados por los Tribunales de Familia chilenos.

Para finalizar, creemos que la regla incorporada en nuestro **Artículo 225-2 b)** del **Código Civil**, de tipo específico, guarda una estrecha relación con el primer criterio objetivo general que nosotros hemos

---

<sup>232</sup> VIÑAS MAESTRE, Dolors; op. cit. (222), p. 21.

<sup>233</sup> *Ibidem*.

<sup>234</sup> *Ibidem*.

<sup>235</sup> *Ibidem*.

<sup>236</sup> *Ibidem*.

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 22.

propuesto – y que consideramos central dentro del sistema abierto de determinación del principio del interés superior del niño que planteamos –; regulado en el **Artículo 222** del mismo **Código**, y referido a la “...**mayor realización espiritual y material posible del niño**”. Por consiguiente, las conclusiones a las que hemos arribado en dicho caso, recogidas en la parte pertinente de este capítulo, deben ser consideradas de manera armónica por el juez, al momento de resolver en materia de cuidado personal.

c) **Tercer Criterio: La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo (Art. 225-2 c) Código Civil).**

En un principio, este criterio no se contemplaba en la propuesta original hecha por el comité asesor; y fue agregada a instancia del Departamento de Reformas Legales del Servicio Nacional de la Mujer (Sernam), durante la discusión del Proyecto de ley al interior de la Comisión Mixta<sup>238</sup> del Congreso Nacional.

Su adición al **Artículo 225-2** se explica, debido a que en un primer momento se intentó incorporar la no contribución a la mantención del hijo, como una causal de prohibición para conceder el cuidado personal a aquél progenitor que no aporta económicamente pudiendo hacerlo, en un inciso quinto del Artículo 225, cuestión que fue rechazada durante la tramitación legislativa del proyecto. Por este motivo, como una manera de tener regulada de forma expresa la prohibición indicada, se adicionó este **literal c)** que ahora estudiamos, al **Artículo 225-2**. Con ello, al instituir dicho criterio, se logra precaver que en sede jurisdiccional se incurra en el error de “premiar” con el cuidado personal (individual o compartido) al padre o madre que, ya sea por negligencia o por capricho, no coopera con la manutención de su hijo.

Dirigiendo ahora nuestro foco al análisis del criterio, tenemos que éste se refiere a la “**contribución a la mantención del hijo**”, mientras se encontraba bajo el cuidado personal del otro padre. Por tanto, la

<sup>238</sup> La discusión completa acerca de la incorporación de esta norma, se puede examinar en el Informe de la Comisión Mixta, ubicado en la Historia de la Ley N°20.680, pp 633-682. Disponible en versión digital para descargar en [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl) (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

hipótesis normativa se pone en un caso bien específico: la situación de uno de los progenitores, aquél que no tiene el cuidado personal de los hijos, pero que igualmente debe entregar ayuda en recursos económicos o de otro tipo para el sustento de los menores.

De la situación aludida, se desprenden otros aspectos; siendo el primero la constatación que debe tratarse de padres que vivan separados. Luego, tenemos que el criterio viene a ser una manifestación del principio de corresponsabilidad<sup>239</sup> consagrado en el **Artículo 224**, en virtud del cual, según la norma, *“...ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.”* En aplicación del principio señalado – que viene a ser una ampliación y explicitación de una idea pobremente expresada en el **Artículo 230**, a propósito de los *“...gastos de educación, crianza y establecimiento de los hijos...”* –; los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer respecto de sus hijos, son repartidos equitativamente. En razón de ello, y como ha sido la norma en todos los casos en que los padres viven separados, el progenitor que no convive ni tiene el cuidado personal de los hijos debe cooperar mensualmente con el progenitor que tiene su cuidado y con quién residen, entregando ya sea una suma de dinero, o bien, especies necesarias para la manutención de los menores, es decir, para la satisfacción de las necesidades básicas (alimentación, vestuario, vivienda, salud, educación) de sus vástagos.

Tomando este último supuesto que señalamos, estimamos que para que pueda operar este criterio y sea debidamente considerado por el juez al resolver acerca de la determinación y ejercicio del régimen de cuidado personal apropiado para aplicar en relación a un niño, niña u adolescente; es indispensable que exista alguna regulación convencional o judicial del derecho de alimentos entre los progenitores. Esto, porque en la práctica, el establecimiento, según la ley, de una cuota de manutención para los hijos, sería el único antecedente válido que tendría el juez para luego comprobar si los padres han contribuido o no en costear la satisfacción de las necesidades básicas de sus retoños. Si el progenitor obligado al pago de

---

<sup>239</sup> El principio de corresponsabilidad consiste en “reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y derechos inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales”; de acuerdo a como es definido por GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, en *Derecho Constitucional de Familia* (Buenos Aires), Ed. Ediar S.A., Primera ed. 2006.

la pensión de alimentos ha cumplido con ésta, el juez necesariamente deberá concederle el cuidado personal, exclusivo o compartido, siempre que se den los demás requisitos legales y se constaten positivamente los otros criterios y circunstancias exigidas. En cambio, si el progenitor obligado al pago de la pensión de alimentos no ha cumplido, el juez deberá verificar si dicho incumplimiento se deriva de una actuación voluntariamente dolosa o negligente de parte del padre o madre; o bien, que la imposibilidad de cumplir se deriva de circunstancias ajenas a la voluntad del progenitor/deudor, como la pérdida del trabajo, un período de cesantía, verse aquejado por una enfermedad, etcétera.

Ahora bien, tanto para el caso que exista incumplimiento en el pago de la pensión de alimentos del padre o madre obligado, como en el caso que se presente una eventualidad o hecho accidental que impida cumplir con dicho aporte económico; creemos que es indispensable que en ambas hipótesis, la cuestión haya sido oportunamente alegada por los afectados, en sede jurisdiccional. Esto significa, por una parte, que el progenitor que vive con los hijos, al no percibir la pensión de alimentos fijada, debe interponer ante los Tribunales de Familia la correspondiente demanda exigiendo su cumplimiento forzado. Por otro lado, el padre (o madre) que no pueda cumplir adecuadamente con su obligación alimenticia por verse afectado por una circunstancia imprevista, debe hacer presente dicha situación por intermedio de la respectiva solicitud de rebaja o modificación de la pensión de alimentos. En caso contrario, podríamos entender que existe un actuar descuidado del progenitor interesado. Por consiguiente, creemos que sólo habiéndose procedido de esa forma, el juez podrá resolver si es conveniente establecer el cuidado personal compartido o, en su defecto, a cuál de los padres le atribuye el cuidado personal exclusivo.

Esta exigencia de carácter procesal que consideramos pertinente, permitirá que se evite la utilización perniciosa e injustificada de este criterio, como argumento, por parte de los litigantes, para negarse a la atribución y/o ejercicio del régimen de cuidado personal establecido de forma convencional o judicial.

d) Cuarto criterio: *La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular (Art.225-2 d) Código Civil.*

El presente criterio ha sido asimismo tomado, casi de forma idéntica, del **Artículo 233-11/1 c)** del **Código Civil catalán**.

Al hablar de **actitud**, según un criterio etimológico, debemos entender que la norma se refiere a la “Disposición de ánimo manifestada...”,<sup>240</sup> en este caso, por los padres. Esta **disposición**, de acuerdo a una de las acepciones de la palabra, se trata de la “Gallardía y gentileza en la persona”;<sup>241</sup> cualidades que se refieren a su vez al valor, generosidad, urbanidad y cortesía. Todas estas características personales, para que se configure positivamente el supuesto de este criterio, deben ser canalizadas por cada progenitor para **cooperar con el otro**, esto es “Obrar juntamente... para un mismo fin.”<sup>242</sup> En cuanto a los fines, la norma señala de manera expresa dos; a saber: primero, **asegurar la máxima estabilidad al hijo**; luego, **garantizar la relación directa y regular**.

Respecto de lo primero, el **aseguramiento de la máxima estabilidad del hijo**, podemos indicar que implica preservar la presente situación familiar, emocional, afectiva, habitacional, educacional, social del niño, niña o adolescente, lo más inalterada que sea posible; tomando en consideración que ésta ya ha sufrido un cambio significativo con la ruptura del grupo familiar. La citada estabilidad, creemos eso sí, va viendo disminuida su importancia como finalidad, a medida que el menor va creciendo y desarrollándose adecuadamente, hasta llegar a la mayoría de edad. La magnitud de los efectos que puedan provocar las alteraciones hechas a las circunstancias de los hijos, dependerá del grado de desarrollo emocional, afectivo y psíquico que éstos tengan. Por tanto, independiente de que se establezca un régimen de cuidado personal exclusivo o compartido, y partiendo de la clasificación de los

---

<sup>240</sup>Tercera acepción de la palabra. Diccionario Real Academia Española de la Lengua, Vigésimo Segunda Edición (2001). Disponible en versión online en <http://www.rae.es/rae.html>. (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

<sup>241</sup>Quinta acepción de la palabra. Diccionario Real Academia Española de la Lengua, Vigésimo Segunda Edición (2001). Disponible en versión online en <http://www.rae.es/rae.html>. (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

<sup>242</sup>Definición de cooperar. Diccionario Real Academia Española de la Lengua, Vigésimo Segunda Edición (2001). Disponible en versión online en <http://www.rae.es/rae.html>. (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

menores de edad que hace nuestro Código Civil, creemos que debe cuidarse mucho más la estabilidad cuándo se trata de infantes (menores de 7 años); pudiendo hacerse algunas modificaciones posibles a ésta en el caso de los impúberes (niñas mayores de 7 y menores de 12 años, niños mayores de 7 y menores de 14 años); y facilitando una mayor variabilidad en el caso de los menores adultos (niñas mayores de 12 y menores de 18 años; niños mayores de 14 y menores de 18 años). Todo ello, sin perjuicio de tomar siempre en consideración la situación actual y circunstancias personales de los hijos y, en una menor medida, de los padres.

Entre los factores a tener en cuenta en lo relativo a la estabilidad, está la **capacidad de los padres de mantener un sistema o modelo educativo común**, cuestión importante tanto para la procedencia o no del régimen de custodia compartida, como también para el establecimiento de un régimen de relación directa y regular. Siguiendo a la profesora de la Universidad de Valladolid (España), Cristina Guilarte; esta mantención de una forma común de educar, facilita, en ambos casos, “...que el tránsito de un hogar a otro no sea traumático sino imperceptible para los menores que, de otro modo, perderán los referentes y la ya citada estabilidad.”<sup>243</sup> Destaca como ejemplo de la relevancia que tiene este requisito, lo dispuesto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 27 de marzo del 2007, que “...presupone, entre otras cosas, *unas condiciones de semejanza en los diversos órdenes de la vida, personales, sociales y culturales y un proyecto común en lo tocante a la educación y formación de los hijos.*”<sup>244</sup>

La segunda finalidad u objetivo al que apunta esta cooperación, se refiere al **garantizar la relación directa y regular**. Este propósito presupone una situación fáctica dónde se ha otorgado el cuidado personal de los hijos comunes a uno de los padres, y requiere que concurra en los progenitores una mayor capacidad de comunicación entre ellos, más que exigirse ausencia total de conflictividad. Con ello, se cambia el foco de atención, pasando de fijarse principalmente en la calidad de la relación entre

---

<sup>243</sup>GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, “*Criterios de Atribución de la Custodia Compartida*” (Barcelona, 2010), Revista InDret N°3, Año 2010, p. 14. Versión online disponible en <http://www.indret.com/es/index.php> (Sitio web visitado por última vez el 28/12/2013; debe buscarse por el nombre de su autora)

<sup>244</sup>Ibídem. Lo destacado con letra cursiva, del original.

los padres, a poner el acento en el interés superior de los niños; y en el fundamental papel que la mantención de un vínculo con ambos progenitores, cumple en el desarrollo afectivo, emocional y psíquico de los hijos. Ahora, según Viñas Maestre, “...si bien se ha venido vinculando la aconsejable estabilidad emocional de los niños con la ausencia de conflictividad entre los padres, la conflictividad existente a veces cuando se establece una modalidad de guarda exclusiva también constituye un indicador muy negativo y perjudicial para el menor.”<sup>245</sup>

Por consiguiente, si bien, en general, para la determinación de los regímenes de cuidado personal y relación directa y regular, no sería indispensable una completa falta de conflictividad entre los padres, concordando con lo deducido por la jurista española Guilarte Martín-Calero a partir de una serie de sentencias de las Audiencias Provinciales de su país, sí sería necesario y recomendable “...una relación correcta, educada y adulta; así, si existe una deteriorada, pésima, conflictiva o, simplemente, inviable relación (SAP Barcelona (12) de 13 de Febrero de 2007; SAP Salamanca de 7 de marzo de 2007), debe descartarse este régimen de guarda [en referencia al cuidado personal compartido] pues *para que sea eficaz y no un sistema generador de continuos problemas, se precisa una actitud, un entendimiento y una colaboración* en los padres (SAP Segovia (1) de 9 de Febrero de 2007; SAP Cartagena (5) de 13 de Febrero de 2007; SAP Alicante (4) de 22 de Febrero de 2007)”<sup>246</sup> Y ello encuentra su fundamento, de acuerdo con Viñas Maestre, en el hecho que “...la custodia compartida requiere una mayor comunicación entre los progenitores sobre aspectos de la vida diaria del menor y es por ello que en multitud de resoluciones judiciales (en España) se ha denegado cuando se ha podido constatar un nivel o grado de conflictividad alto, pues las continuas discusiones y desencuentros impiden su viabilidad.”<sup>247</sup>

No obstante coincidir con la última opinión consignada de Viñas Maestre, creemos que la exigencia de una mayor comunicación (cooperación, en definitiva) entre los padres, no sólo debe hacerse para

---

<sup>245</sup> VIÑAS MAESTRE, Dolores; op. cit. (222), p. 33.

<sup>246</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, op. cit. (243), p. 14. Parte en cursiva es del original. Parte entre corchetes, agregada por este autor.

<sup>247</sup> VIÑAS MAESTRE, Dolores; op. cit. (222), p. 33. Parte entre paréntesis, agregada por este autor.

establecer un régimen de custodia compartida, sino que también para cuando se conceda el cuidado personal de los hijos exclusivamente a la madre o al padre, estableciéndose o debiendo regularse un régimen de relación directa y regular respecto de aquél progenitor que no conserve dicho cuidado ni conviva habitualmente con los menores.

Por lo mismo, y enfocándonos sólo en la atribución judicial del cuidado personal – puesto que la atribución del cuidado personal mediante un acuerdo entre los progenitores, presupone la existencia de una relación más o menos fluida entre ellos –, para tomar la decisión que resuelva la controversia suscitada respecto de cuál tipo de régimen de cuidado personal (si exclusivo o compartido) es más conveniente en el caso particular; como asimismo en la hipótesis (que estimamos, será lo más común) que se atribuya el cuidado personal de manera exclusiva a uno solo de los padres, para decidir si es o no apropiado establecer un régimen de relación directa y regular con el otro padre y, de serlo, cuál sistema de visitas es el más provechoso; el juez tiene la obligación de verificar, como, por su lado, las partes litigantes el deber y carga procesal de acreditar o probar en el juicio, “...la capacidad de entendimiento, la colaboración, la coordinación y ayuda mutua, no obstante la ruptura personal, de ambos progenitores con el fin de procurar el mejor cuidado y óptimo desarrollo integral de los hijos...”<sup>248</sup> Esta idea la encontramos mucho mejor expresada en una sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, de fecha 20 de marzo del 2007, dónde se indica que “...[d]ebe existir *una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo común, ya que en caso contrario puede convertirse en el germen de un espacio de inestabilidad y conflictividad en el que naufraguen emocionalmente los menores...*”<sup>249</sup>

Concluiremos este punto, con una doctrina manifestada por el Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña (TSJC) en diversas sentencias, señalando, a propósito de la custodia compartida, que “...no es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no resulta exigible una

<sup>248</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, op. cit. (243), p. 15.

<sup>249</sup> Ibídem. La parte en cursiva es del original. La sentencia citada, disponible en versión digital en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datamatch=AN&reference=500046&links=&optimize=20070607&publicinterface=true> (Visitado por última vez el 31/12/2013).

armonía que es incompatible en los casos de ruptura.”<sup>250</sup> Ahora bien, esta situación que menciona el TSJC, de acuerdo a nuestro parecer, debe también ser tomada en cuenta por el juez al momento de regular un régimen de visitas, puesto que si existe un alto nivel de conflicto, o una relación violenta entre los padres, además de no ser apropiado establecer un régimen de custodia compartida, tampoco sería recomendable, cuando se atribuya el cuidado personal de los hijos a uno de los progenitores, fijar una relación directa y regular entre el otro padre y el niño, niña o adolescente de que se trate, cuándo, siguiendo lo señalado por el **Artículo 229 del Código Civil chileno**, “*manifiestamente perjudique el bienestar del hijo,*” cuestión “*que declarará el tribunal fundadamente*”.

En conformidad a lo manifestado por el Tribunal Supremo de España, en sentencia 579/2011, de 22 de Julio del 2011, estimamos igualmente que lo importante es “...garantizar o proteger con este procedimiento [...] el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. [...] Y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior.”<sup>251</sup>

Por todo lo señalado, y a modo de resumen, tenemos que este criterio de la cooperación entre los progenitores, implica que ambos padres “...tengan capacidad de preservar y respetar al otro progenitor y de fomentar su presencia en la vida del menor...”;<sup>252</sup> puesto que de ello dependerá el cumplimiento de los fines señalados en la norma, esto es, el aseguramiento de la máxima estabilidad de los hijos y de la permanencia de la relación directa y regular de los menores con el padre que no conviva con ellos.

<sup>250</sup> VIÑAS MAESTRE, Dolors; op. cit. (222), p. 34.

<sup>251</sup> Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de España, Roj: STS 4924/2011. Cuarto fundamento de derecho, p. 5. Versión online disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6073331&links=&optimize=20110805&publicinterface=true> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

<sup>252</sup> VIÑAS MAESTRE, Dolors; op. cit. (222), p. 35.

Por último, en lo relativo a la relación directa y regular, en la parte final de este **literal d)** del **Artículo 225-2**, el criterio hace una remisión al **inciso 5º** del **Artículo 229**, el cual mandata expresamente que *“El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre...”*.

e) **Quinto criterio: La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades (Art.225-2 e) Código Civil).**

Se trata de otra disposición legal con una clara inspiración en el Artículo 233-11/1 d) del Código Civil catalán; y si bien, en este caso no se copia la misma redacción, como sucede en otros de los criterios que hemos analizado, si contiene una idea muy semejante.

Partiendo con un análisis etimológico de los términos centrales de la norma en comento, tenemos que estos son los de **“dedicación efectiva”**. Primero estudiaremos el concepto de **“dedicación”**, el cual, según su primera acepción en el diccionario de la RAE<sup>253</sup>, significa “Acción y efecto de dedicar”. A su vez, **dedicar** nos remite en su primera acepción a la idea de **consagrar**; palabra esta última que se refiere en su quinta acepción a “Dedicar con suma eficacia y ardor algo a determinado fin”. Por su parte, el término **“efectivo”**, utilizado en su primera acepción, se refiere a algo “Real o verdadero...”. En conclusión, este criterio trata de la consagración real y verdadera al cuidado y protección de sus hijos, que los padres hayan desplegado durante la vida familiar en común, antes de la separación.

En consecuencia, al momento de resolverse acerca del régimen de cuidado personal apropiado, el juez deberá atender al parámetro de lo realizado tanto por la madre como por el padre en relación a los hijos comunes, mientras el grupo familiar vivía juntamente. Y para establecer el valor de dicha variable, el juez posee, en la actualidad, el principio de la corresponsabilidad, consagrado por la Ley Nº 20.680, e

<sup>253</sup> Todas las definiciones indicadas a continuación, provienen del Diccionario Real Academia Española de la Lengua, Vigésimo Segunda Edición (2001). Disponible en versión online en <http://www.rae.es/rae.html> (Última visita 31/12/2013).

incorporado en el nuevo **inciso 1º del Artículo 224** del Código Civil. En razón de dicho principio, “...ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.” De esta manera, será relevante el comportamiento que hayan tenido cada uno de los progenitores para con los menores de edad, la preocupación y cuidado que les hayan procurado, como asimismo el tipo de vínculo que exista con ellos.

Esta importancia del criterio ha sido recogida por el Código Civil catalán en su exposición de motivos (parte similar al Mensaje de nuestro Código Civil), donde primero se establece una nueva regla fundamental, al indicarse que “...se abandona el principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significa automáticamente que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos individualmente al otro. Por contra, se introduce como norma que la nulidad, el divorcio o la separación no alteran las responsabilidades de los progenitores sobre los hijos. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen, después de la ruptura, el carácter compartido y corresponde a la autoridad judicial determinar, si no existe acuerdo sobre el plan de parentalidad [cuidado personal] o si este no se ha aprobado, cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales y, en particular, la guarda del menor, ateniéndose al carácter conjunto de estas y al interés superior del menor.”<sup>254</sup> Prosigue el Código Civil catalán manifestando que “...la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas reflejan materialmente el interés del hijo por continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores. La igualdad de derechos y deberes entre los progenitores elimina las dinámicas de ganadores y perdedores, y favorece la colaboración en los aspectos afectivos, educativos y económicos.”<sup>255</sup> Por último, tomaremos el reconocimiento que hace el cuerpo legal citado, del papel que históricamente le ha correspondido a cada uno de los progenitores al interior de las familias, respecto de lo cual señala que “...el papel de la madre es cualitativamente más necesario para los menores que el del padre cuando las dinámicas familiares han sido construidas sobre modelos tradicionales...”, y que por ese motivo, en el caso de la llamada “custodia individual” (nuestro cuidado personal exclusivo), “...se destacan como criterios para determinar[lo] [...] la vinculación especial de los hijos con uno de los progenitores y la dedicación a los hijos que la madre o el padre hayan tenido antes de la ruptura.”<sup>256</sup> Sintetiza todas estas ideas,

<sup>254</sup> Preámbulo del Libro II del Código Civil Catalán (2010), Título III, Letra c), Capítulo III, Párrafo tercero. Versión online disponible en <http://civil.udg.edu/normacivil/cat/CCC/ES/Index.htm> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

<sup>255</sup> *Ibidem*, Párrafo cuarto.

<sup>256</sup> *Ibidem*, Párrafo quinto.

presentes en la actual reglamentación y jurisprudencia española, la profesora Guilarte Martín-Calero, postulando que “...[l]a dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, la estrechez de los vínculos emocionales y la aptitud personal de cada progenitor en relación con dicho cuidado son determinantes a la hora de decidir el modelo de custodia...”<sup>257</sup>

Respecto del establecimiento de un régimen de custodia compartida, y en relación con el principio de corresponsabilidad que ha sido incorporado en nuestro ordenamiento jurídico, podemos extrapolar lo señalado por Guilarte Martín-Calero, que concluye que “...se apunta como condición fundamental para el establecimiento de esta custodia compartida la existencia previa de una situación de paridad entre los cónyuges, tanto a nivel de medios económicos como a nivel de dedicación al cuidado y atención de los hijos.”<sup>258</sup> Esto significa que es indispensable que haya existido, durante el tiempo de vida en común del grupo familiar – y como bien lo expresa este criterio que examinamos –, una **dedicación efectiva** y también equitativa, de los padres para con el cuidado y atención de sus hijos. Sin la presencia de una cierta igualdad entre las facultades y habilidades parentales ejercidas por madre y padre mientras vivían juntos, creemos que es muy difícil establecer, para futuro, un régimen de custodia compartida, que constituyera una suerte de reestructuración de los roles que cumplían ambos padres; sin perjuicio de reconocer la imposibilidad de saber, con anticipación, cómo será la evolución del comportamiento de los mismos progenitores como de sus hijos menores de edad, ni tampoco el desarrollo, cantidad ni calidad que tendrán las relaciones paterno-filiales a partir de la ruptura familiar.

Debemos hacer presente que, según lo muestra la jurista Viñas Maestre en su artículo, este criterio de la dedicación efectiva que los padres hayan procurado a sus hijos antes de la separación, ha generado controversia, existiendo considerables **críticas** en contra de éste, de parte de un sector de la doctrina española.<sup>259</sup> Estas críticas han estado referidas a distintos aspectos, como, por ejemplo, “...al hecho de que [la disposición] comporta aplicar a situaciones de crisis matrimonial los criterios de distribución de

---

<sup>257</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, op. cit. (243), p. 15.

<sup>258</sup> *Ibidem*.

<sup>259</sup> VIÑAS MAESTRE, Dolors, op. cit. (222), p. 27.

la guarda que regían en tiempos de paz familiar...”,<sup>260</sup> situación que será razonablemente difícil de mantener y repetir después de una crisis que desemboque en el quiebre de la familia; por otro lado, se critica el hecho que el criterio atendería “...sólo al elemento cuantitativo, es decir, al tiempo que cada progenitor dedica al cuidado de los hijos y no tiene en cuenta elementos cualitativos...”.<sup>261</sup> También se ha señalado como problema “... [las] dificultades prácticas que puede plantear su aplicación, como son, por una parte, la concreción de la participación de cada progenitor en las tareas de cuidado de los hijos y, por otra parte, la determinación del periodo de tiempo al cual se refiere esa participación...”.<sup>262</sup>

Es posible encontrar réplicas a estos cuestionamientos, especialmente en el contexto doctrinal y jurídico dentro del cual se generó el criterio, el que fue propuesto por primera vez por la jurista estadounidense Elizabeth S. Scott en el año 1992, con el nombre de *approximation standard*, y luego acogido por la American Law Institute en sus *Principles of the Law of Family Dissolution*.<sup>263</sup> Así, tenemos que en los **comments** que acompañan a los diversos principios que se proponen, para explicarlos y delimitar su contenido, se hacen cargo de algunas de las críticas que hemos mencionado. La profesora de la Universidad Pompeu Fabra, Margarita Garriga Gorina, en el caso del hecho de tratar de reproducir “...la organización de las relaciones paterno-filiales que los progenitores establecieron y aplicaron durante su convivencia, cuando el divorcio no entraba en sus previsiones...”,<sup>264</sup> hace presente que “...[l]a cuestión que se plantea es si es adecuado trasladar esos criterios de organización a situaciones de divorcio ya que las dinámicas familiares cambian con el divorcio, momento en el que es frecuente que los progenitores se replanteen su papel en la familia y la relación con sus descendientes...”.<sup>265</sup> En el

---

<sup>260</sup>GARRIGA GORINA, Margarita, “*El Criterio de la Continuidad frente a la Guarda Conjunta*” (Barcelona, 2008), Revista InDret Nº3, Año 2008, p. 10. Versión online disponible en <http://www.indret.com/es/index.php> (Sitio web visitado por última vez el 28/12/2013; debe buscarse por el nombre de su autora)

<sup>261</sup> *Ibidem*.

<sup>262</sup> *Ibidem*.

<sup>263</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE, “*Principles of Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*” (2001), Duke Journal of Gender Law & Policy, Vol. 8:1, Año 2001, pp. 7-8. Se trata de una versión anterior a la publicación definitiva hecha por el ALL, que se encuentra disponible en versión digital en la siguiente dirección: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=djglp> (Visitado el 31/12/2013)

<sup>264</sup>GARRIGA GORINA, Margarita, op. cit. (260), p. 10-11.

<sup>265</sup> *Ibidem*.

*comment d)* “...se excluye la posibilidad de excepcionar la aplicación del criterio con base en argumentos de equidad en relación a los roles asumidos antes del divorcio, pues desde el punto de vista del hijo sólo importa cómo y quién asumió su cuidado y no por qué.”<sup>266</sup>

Una segunda réplica se refiere al hecho que la regla que establece el criterio sería neutral en relación “...a la calidad de la relación paterno filial y se limita a proveer un estándar cuantitativo a los tribunales para facilitarles la toma de decisiones.”<sup>267</sup> No se trataría de una valoración acerca de quién de los progenitores es más capaz para atender al cuidado de los hijos (puesto que dicha preocupación se encargan otros criterios, en especial, el establecido en el **Art.225-2 b)** del **Código Civil**), por lo que, “...la idea sería que cada progenitor contribuye de forma distinta pero igualmente importante a las necesidades de la familia y, por tanto, no tiene sentido compensar a uno por su inversión personal en atender prioritariamente a los hijos.”<sup>268</sup> Además, “...en el *comment c)* se justifica la opción por un criterio cuantitativo precisamente para evitar el debate sobre factores cualitativos como las habilidades de los padres o la fortaleza de su vínculo emocional con el hijo, que tienden a focalizarse en las debilidades de los progenitores y por tanto, perjudican el clima de cooperación necesario para unas buenas relaciones post divorcio.”<sup>269</sup>

Por último, en lo referente a los inconvenientes prácticos que supondría la aplicación de este criterio, tenemos que acerca de la dificultad que podría suscitarse al momento de fijar en una etapa post-separación los “...porcentajes [de] participación en las tareas de cuidado de los hijos de cada uno de los progenitores, especialmente en situaciones de hostilidad entre ellos y que puede ser un factor generador de conflicto...”<sup>270</sup> los *Principles*, en el *comment b)* tratan acerca de esta objeción, apuntando que, “...en comparación con otros criterios, el *approximation standard* resulta mucho más sencillo de aplicar

---

<sup>266</sup>GARRIGA GORINA, Margarita, op. cit. (260), p. 11.

<sup>267</sup> *Ibidem*.

<sup>268</sup> *Ibidem*.

<sup>269</sup> *Ibidem*, p.12.

<sup>270</sup>*Ibidem*.

pues requiere constatar hechos históricos como la realización de determinadas tareas y responsabilidades, tarea a la que los tribunales están habituados. Mucho más difícil resulta, en cambio, decidir con base en estándares cualitativos como la competencia de los progenitores o la fortaleza del vínculo paterno filial, que además de ser subjetivos se proyectan al futuro...”<sup>271</sup> En cuanto al tiempo que debe ser considerado por el juez al tomar una decisión al respecto, el *comment c)* resuelve que, en aquellos casos que existan distintos momentos con grados de participación diferentes de cada uno de los progenitores, debe estarse al de mayor duración, puesto que, en general, será el de mayor significación para el hijo.

Ahora, en el orden de las **ventajas** del criterio que estamos analizando, tenemos que estas se desprenden del hecho que adopta “...como modelo las decisiones que los propios progenitores tomaron durante la convivencia.”<sup>272</sup> En vista de lo indicado, la profesora Garriga Gorina<sup>273</sup> apunta a las siguientes condiciones favorables que presentaría el llamado approximation standard; a saber:

- En primer lugar, el criterio “...refleja de forma fiable las preferencias más probables y mejor probadas de cada progenitor...”; favoreciendo que las posibles controversias que se susciten entre los padres a propósito del régimen de cuidado personal, se resuelvan de manera negociada y cooperativa. Ello puede servir, además, para aminorar la eventual animadversión que pueda surgir entre los padres producto de su ruptura, lo que coadyuva a tutelar el interés superior de los hijos, al no quedar expuestos a los conflictos paternos. Por último, facilita “...un mayor y mejor cumplimiento de los derechos y deberes que resulten de la resolución, puesto que la distribución de la guarda es coherente con la organización por la que optaron los progenitores durante la convivencia.”
- Un segundo aspecto a destacar, está en el hecho que la norma establecida en el **Artículo 225-2 e)** del **Código Civil**, al igual que sus fuentes inspiradoras, busca reproducir la distribución de labores

---

<sup>271</sup> GARRIGA GORINA, Margarita, op. cit. (260), p. 12.

<sup>272</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>273</sup> *Ibidem*, p. 9-10. Hacer presente que todas las citas presentes en el apartado de las ventajas o condiciones favorables, están referidas a estas dos páginas.

existente entre los padres con anterioridad a la separación o al proceso de divorcio. Con ello, se pretende facilitar la tarea del juez, al entregarle información cierta y confiable acerca de “...las preferencias y el compromiso de las partes...”, puesto que se basa en hechos “históricos” dentro de las relaciones paterno filiales, que pueden ser objeto de prueba. Además, al propender al fundamento de la decisión del asunto, en base a hechos conocidos, previene tres posibles vicios en los que puede incurrir el juez al resolver; a saber:

- i. Evita hacer una valoración de las competencias de los padres, reemplazándole por un análisis cuantitativo de la “dedicación efectiva” de cada progenitor.
  - ii. Evita que “...la decisión se fundamente en predicciones especulativas sobre el futuro comportamiento de las personas.”
  - iii. Impide que la decisión quede entregada al criterio del juzgador, para que éste aplique sus propios valores y su concepción personal sobre la organización de una familia.
- La tercera ventaja que presenta está referida a su utilidad como herramienta estabilizadora de la situación de los hijos, “...pues visualiza las relaciones posteriores al divorcio como continuación de la familia intacta, de forma que el entorno habitual de los hijos y sus relaciones anteriores a la ruptura matrimonial serán básicamente los mismos.”
  - Por último, tendría como gran ventaja el proteger la autonomía de la voluntad de los progenitores, al impedir la intromisión del Estado en asuntos de familia, a través de la dictación de una resolución judicial. Esto permite que se reconozcan y validen “...los distintos modelos de organización del cuidado de los hijos de cada familia, en lugar de imponer un modelo idealizado de organización de esas funciones.”

En definitiva, tenemos que la idea central del criterio, como bien indica Garriga Gorina, “...es adaptar la distribución de la guarda de los hijos a la dinámica de cada familia y evitar imponer a todas ellas unos mismos modelos de funcionamiento.”<sup>274</sup> Y al tomar como referencia la historia familiar y el reparto

---

<sup>274</sup> GARRIGA GORINA, Margarita, op. cit. (260), p. 13.

convenido de funciones que hayan tenido los padres antes de su separación, se propendería a soluciones posibles de realizar, que ayuden a la continuidad de las relaciones paterno-filiales.

f) **Sexto criterio: La opinión expresada por el hijo (Art.225-2 f) Código Civil).**

Este criterio también ha sido tomado del Código Civil catalán, ubicado en el Art. 233-11/1 f); modificándose sólo una parte, al pasar el vocablo plural “hijos” de la norma catalana, al singular “hijo” en la chilena.

A nuestro parecer, se trata sólo de una reiteración de la regla general establecida en el **inciso 1º del Artículo 227** de nuestro **Código Civil**, que señala *“En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oír a los hijos...”*; asimismo, tenemos el **inciso 2º del Artículo 242**, el cual dispone que: *“En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez...”*; además de las menciones pertinentes en el **inciso 2º del Artículo 85** de la **Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil**, como en el **inciso 2º del Artículo 16** de la **Ley N° 19.968 sobre Procedimiento ante Tribunales de Familia**; por último, también hay que considerar el cuarto criterio general que nosotros proponemos, acerca de “oír al niño y tener debidamente en cuenta su opinión, en función de su edad y madurez”. Todas estas disposiciones, vienen a ser las herramientas legislativas para la satisfacción y cumplimiento del derecho consagrado en beneficio de los menores de edad, en el Artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño. De la disposición de carácter supranacional, se desprende que “...el niño ha de tener la oportunidad de ser oído en cualquier procedimiento judicial o administrativo que le afecte, bien directamente, bien por medio de un representante o de una institución adecuada de acuerdo con las normas de procedimiento de la legislación.”<sup>275</sup>

---

<sup>275</sup>VIÑAS MAESTRE, Dolors; op. cit. (222), p. 28.

De todas maneras, es necesario hacer presente la relevancia que la opinión o los deseos del niño debe tener para la determinación del régimen de cuidado personal más apropiado; pero en su justa medida, sin que ello signifique que este derecho a ser oído equivalga a un derecho a tomar la decisión final, puesto que los Tribunales de Familia, si bien deben valorar la declaración del menor dada en audiencia, lo hacen junto con todos los otros criterios y elementos que deben ser analizados dentro del proceso, para formar la convicción del juez y, en definitiva, resolver.

Sin perjuicio de lo indicado sobre el tema particular de la opinión del niño, la forma en que puede ser entregada o incorporada al proceso por los niños, niñas y/o adolescentes involucrados, y su valoración por el juez; debemos señalar que ya fue tratado exhaustivamente al momento de elaborar el cuarto criterio objetivo general que proponemos, por lo que nos remitiremos a todo lo expuesto en aquella parte de nuestro trabajo.

**g) Séptimo criterio: *El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar (Art.225-2 g) Código Civil.***

De acuerdo a las fuentes legislativas y doctrinales que hemos podido examinar, este séptimo criterio que ahora tratamos sería totalmente inédito, puesto que no existiría como tal, ni en los ordenamientos jurídicos anglosajones (Children Act de 1989 vigente en Inglaterra y Gales, Divorce Act de 1985 vigente en Canadá, Family Law Act de 1975 vigente en Australia), ni en los ordenamientos jurídicos continentales (Código Civil italiano, Código Civil español, Código Civil catalán). Ahora bien, esto no significa que en dichos ordenamientos, dentro de los procesos jurisdiccionales, no se soliciten informes de especialistas, ni que no se ponderen como un antecedente relevante al momento de decidir sobre las controversias que se generen entre los padres respecto de la custodia o cuidado personal de sus hijos.

Lo más parecido, en este sentido, son las menciones que podemos encontrar tanto en el Código Civil español, como en el Código Civil catalán. En el caso del Código Civil español<sup>276</sup>, su **Artículo 92/6** dispone que “...*En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal...*”; refiriéndose al órgano autónomo de relevancia constitucional, que está encargado de promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, y que, en materia de menores, tiene como función promover ante los tribunales la adopción de medidas de protección, impugnar las medidas adoptadas y ejercer acciones en tutela de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Según el **Artículo 92/8**, este informe del Ministerio Fiscal, será indispensable para acordar la guarda y custodia compartida, aún cuándo no se den los supuestos exigidos en la disposición 5ª del Artículo 92. Finalmente, el apartado 9º del **Artículo 92** establece expresamente que “*El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.*”

Por su parte, el Código Civil catalán<sup>277</sup>, en la **Disposición adicional sexta** de su **Libro II**, regula lo relacionado con los “Dictámenes periciales relativos al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental”; normando en cuatro apartados cuestiones tales como los objetivos que cumplen los informes dentro del proceso; el valor de los informes aportados por las partes; la facultad que tiene el juez para disponer que un perito elabore un informe, en caso que los antecedentes aportados por las partes sean insuficientes, entre otras.

En nuestro país, el tema de los informes periciales realizados dentro del contexto de un procedimiento en que se ventilan asuntos de familia, está expresamente regulado en la **Ley N° 19.968**. Parte en su **Artículo 28** consagrando el principio de libertad de prueba, en virtud del cual los hechos pueden ser “...*probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley.*” Luego, el **Artículo 29**, en su **inciso 1º**

<sup>276</sup> CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, disponible en versión digital en <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&p=20121114&tn=1#cix> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013)

<sup>277</sup> CÓDIGO CIVIL CATALÁN, disponible en versión online en <http://civil.udg.edu/normacivil/cat/CCC/ES/L25-2010.htm#DA> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013)

señala que las partes pueden ofrecer “...*todos los medios de prueba de que dispongan...*”; agregando a continuación que los litigantes pueden “...*solicitar al juez de familia que ordene, además, la generación de otros de que tengan conocimiento y que no dependan de ellas, sino de un órgano o servicio público o de terceras personas, tales como pericias...*”. A ello, agrega en su **inciso 3º** que “*El juez, de oficio, podrá asimismo ordenar que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención al conflicto familiar de que se trate...*”, medios dentro de los cuáles, los más relevantes serán, por regla general, los informes periciales de naturaleza diversa (socioeconómicos, psicológicos, psiquiátricos, toxicológicos). Por último, y coincidente con la regla anterior, el **Artículo 45**, al regular la prueba pericial en su **inciso 4º**, establece que “...*el juez, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar la elaboración de un informe de peritos a algún órgano público u organismo acreditado ante el Servicio Nacional de Menores [...], cuando lo estime indispensable para la adecuada resolución del conflicto.*”

En su momento, al proponerse la incorporación al Código Civil de un **Artículo 225-2**, que contuviera los criterios a ponderar para el establecimiento del régimen y el ejercicio del cuidado personal; dentro del segundo trámite legislativo, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado, las integrantes del grupo asesor, profesoras Carmen Domínguez y Carolina Salinas, manifestaron su opinión de eliminar este **literal g)**, al estimar que se trataba de una norma de carácter adjetivo, de tipo procesal (y que, como ya vimos, es una materia que se encuentra debidamente regulada en la **Ley N°19.968**), por lo que no habría existido riesgo de que el juez dejara de considerar y valorar los informes periciales al momento de tomar una decisión.<sup>278</sup>

A nuestro parecer, y según lo expuesto, esta disposición viene a ser un recordatorio, en materia de derecho sustantivo, de normas ya establecidas a nivel de nuestras leyes procesales, las que deben ser cumplidas por el juzgador al interior del proceso jurisdiccional y, especialmente, al momento de resolver el asunto sometido a su conocimiento. ¿Cuál es el fundamento de esta reiteración a la que aludimos?

<sup>278</sup>Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, Historia de la Ley N° 20.680, p. 526. Disponible en versión para descarga digital en [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl) (Última visita el 31/12/2013)

Creemos que se debe al hecho que el legislador prefirió asegurar el cumplimiento, por parte de los jueces, de la debida atención y la adecuada valoración de los informes periciales incorporados en juicio.

De esta manera, repitiendo de forma expresa una exigencia general ya establecida para los jueces; al incorporarla al **Artículo 225-2 del Código Civil** como un criterio insoslayable, los magistrados estarán con mucha mayor razón obligados a tomar los informes de peritos en cuenta, sin que exista justificación alguna para no hacerlo. De hecho, en caso que los jueces así no lo hicieren, con la regulación de este criterio en la **letra g)** del **Artículo 225-2** del Código Civil; estarían incurriendo en un vicio de recurso de casación en el fondo, puesto que se produciría un error *in iudicando*, que recaerá sobre una ley *decisoria litis*.

**h) Octavo criterio: Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio (Art.225-2 h) Código Civil).**

En este literal, también existe una inspiración indesmentible en la similar norma establecida en el **Artículo 233-11/1 f)** del **Código Civil catalán**, la que se refiere a *“Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.”*

Cómo podemos ver, en el caso de la norma catalana, sólo prestan atención a los acuerdos *“en previsión de la ruptura”* o a los acuerdos adoptados por las partes *“antes de iniciarse el procedimiento”*; a diferencia de la disposición chilena, que toma en consideración los acuerdos logrados por los padres tanto antes como durante el respectivo juicio. Con la incorporación de este criterio, se le está entregando la importancia que debe tener a la autonomía de la voluntad de los padres, puesto que los acuerdos que hayan adoptado o adopten en materia de cuidado personal, son manifestación de dicha voluntad y representan todo lo que los progenitores están dispuestos a hacer, a entregar y a ceder; en lo posible, en cumplimiento del interés superior de los hijos.

Además, como lo dejan en claro distintas acepciones del que es el término central de este criterio, el **acuerdo**, es una resolución premeditada de varias personas, un convenio entre dos partes, con reflexión y madurez en su determinación.<sup>279</sup> Por tanto, al tener dichas características, y provenir de la propia voluntad de los padres, la adopción de acuerdos presupone la existencia de una manejable o baja situación de conflictividad entre los progenitores, lo que implica un mayor involucramiento de los mismos en la resolución de los posibles conflictos que se deriven del quiebre del grupo familiar, y un mejor cumplimiento de los derechos y deberes voluntariamente adquiridos.

Junto con lo anterior, al incorporarse los acuerdos celebrados por las partes, como un criterio al que debe atender el juez al momento de fallar sobre el régimen de cuidado personal a establecer en un caso concreto, se introduce la ventaja de que se fundamentará su sentencia en antecedentes objetivos, ciertos y fáciles de acreditar (los acuerdos entre los padres, previos o coetáneos al proceso), disipándose el peligro de dejar al arbitrio de las preferencias personales de los juzgadores la decisión respectiva.

A todo lo anterior, debemos agregar que, en la actualidad, de los acuerdos alcanzados por los progenitores en las materias relacionadas y derivadas de la ruptura del grupo familiar – cómo lo es el caso del cuidado personal –, ya sea que se hayan logrado en sede jurisdiccional o extrajudicialmente, por ley debe dejarse constancia por escrito de ellos, manteniéndose de manera fiel sus términos. Así lo podemos encontrar señalado en el **inciso 1º del Artículo 225**, dónde se indica que el acuerdo entre los padres sobre el cuidado personal de los hijos, “...se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo...”. Asimismo, en el evento que dentro de un proceso seguido ante los Tribunales de Familia, el trámite de la conciliación tenga resultados, el **inciso 3º del Artículo 10 de la Ley N° 19.968** exige que “...deberá consignarse en extracto, manteniendo fielmente los términos del acuerdo que contengan.” A lo anterior, se agrega el hecho que, de acuerdo al **Artículo 106** de la misma Ley, “Las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban

---

<sup>279</sup> Parafraseando la segunda, tercera y cuarta acepción de la palabra “acuerdo”, provienen del Diccionario Real Academia Española de la Lengua, Vigésimo Segunda Edición (2001). Disponible en versión online en <http://www.rae.es/rae.html>.

tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda...”; y en caso que las partes lleguen a un acuerdo total o parcial, el **Artículo 111** indica que “...se dejará constancia de ello en un acta de mediación, la que, luego de ser leída por los participantes, será firmada por ellos y por el mediador, quedando una copia en poder de cada una de las partes.” Luego de ello, el acta debe ser remitida por el mediador al tribunal “...para su aprobación en todo aquello que no fuere contrario a derecho...”. Por último, en la **Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil**, su **Artículo 21**, a propósito de la separación de hecho, establece que si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, en el caso que hubiere hijos en común, “...regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado.” A su vez, el **Artículo 22** establece las formas en las cuáles puede constar dicho acuerdo, que son una escritura pública, o acta extendida y protocolizada ante notario público; un acta extendida ante un Oficial del Registro Civil; o una transacción aprobada judicialmente.

La condición favorable que tiene el criterio de los acuerdos de las partes, como ya lo señaláramos, está en el hecho de considerar antecedentes de facto que constarán por escrito, por lo que, de su celebración y contenido, se tendrá plena certeza. Esto facilitará al juzgador la tarea de tratar de desentrañar el querer e intención de los progenitores, claramente manifestada en el o los respectivos acuerdos. Estas ventajas del criterio se pueden constatar en lo que sucede en la realidad jurisdiccional española, ordenamiento en el que se inspiró el legislador chileno. Según lo expone la magistrada Viñas Maestre en su artículo, la tendencia de los tribunales en España, es “...mantener el modelo de guarda existente si funciona y no se evidencia perjudicial para los hijos menores, pues se vincula al mantenimiento de su estabilidad emocional. De esta manera los tribunales tienden a acordar la custodia compartida, cuando este es el sistema de guarda establecido post ruptura, y no consta que sea perjudicial...”.<sup>280</sup> A su vez, en la situación inversa, los tribunales españoles han denegado la custodia compartida cuando “...se parte de una guarda mono parental que no ha resultado perjudicial...”.<sup>281</sup>

<sup>280</sup> VIÑAS MAESTRE, Dolores; op. cit. (222), p. 37.

<sup>281</sup> *Ibidem*.

Por último, debemos indicar que esta disposición del literal **h)** del **Artículo 225-2**, guarda una estrecha relación con el criterio de la dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba a sus hijos antes de la separación (**Art. 225-2 e) C.C.**) y con el criterio de la continuidad, ambos extraídos de la legislación catalana. Esto es posible de constatar a través de ciertos fallos dictados por los Tribunales españoles que analiza Viñas Maestre en su trabajo. Así tenemos, por ejemplo, que la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 8 de Abril del 2011, en la parte final de su argumento jurídico primero, destaca “...*la importancia que da el legislador al denominado criterio de la continuidad...*”, lo que a su vez, “...*pone de manifiesto [...] la importancia que debe darse al cuidado y atención que cada uno de los progenitores haya otorgado a los menores después de la ruptura y la relevancia de la estabilidad del menor o de la menor en cada caso concreto para lo que se confiere una trascendencia importante al sistema de vida, a la organización familiar y en definitiva a la dinámica familiar llevada a cabo hasta el momento en que se plantea la petición, sea ésta la anterior a la ruptura o la posterior a dicha ruptura inmediata a la iniciación del procedimiento...*”<sup>282</sup>

**i) Noveno criterio: El domicilio de los padres (Art.225-2 i) Código Civil).**

La disposición chilena también se ha inspirado en el Código Civil catalán, pero la norma establecida en el **Artículo 233-11/1 f)** es mucho más amplia, puesto que se refiere a “*La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.*” En el caso de la chilena, al referirse sólo al domicilio de los padres, debemos entender que los otros parámetros que contempla la regla catalana (horarios y actividades de los hijos y progenitores), deben entenderse contenido en la norma de carácter residual regulada en el literal **j)** del **Artículo 225-2** de nuestro Código Civil.

En cuanto al término central de este criterio, tenemos que el Diccionario de la RAE define al **domicilio** como la “morada fija y permanente”, siendo “el lugar que legalmente se considera establecido alguien para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos”; en definitiva, la “casa en que

<sup>282</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 8 de Abril del 2008, ROJ SAP B 3851/2011, Primer fundamento de derecho, p. 4. Versión online disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=5997443&links=&optimiz e=20110609&publicinterface=true> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

alguien habita.”<sup>283</sup> Si bien, con lo señalado se nos aclara el concepto, creemos que se debe estar a la definición legal de domicilio, establecida en el **Artículo 59 del Código Civil**, esto es, aquella que “...consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella.” Además, el **Artículo 62** nos aclara que “El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad.” Por último, si existiere dificultad para establecer dónde tiene su domicilio alguno de los progenitores, deberá estarse a las normas establecidas en los **Artículos 63 a 70** del mismo Código.

La consideración de los domicilios de los progenitores, toma antecedentes “...objetivos que condicionan la organización familiar y que tienen incidencia directa en la realidad cotidiana de los hijos.”<sup>284</sup> Dichas circunstancias objetivas, en el caso del domicilio de los padres, tienen relación, por regla general, con la ubicación de éstos y la distancia existente entre ellos. En el caso específico de la custodia o cuidado personal compartido, dicho régimen será viable cuándo exista cierta proximidad entre los domicilios del padre y la madre, en particular si se encuentran dentro de la misma ciudad o en ciudades muy cercanas. Esto, debido a que dicha proximidad “...garantiza la estabilidad del entorno del menor...”, y posibilita “...el mantenimiento de puntos de referencia tales como el colegio, acoso de la ruta escolar, del círculo de amistades del menor, pediatra, canguro, actividades extra-escolares...”<sup>285</sup> De hecho, en la jurisprudencia española podemos encontrar sentencias que remarcan la importancia que tiene la ubicación de los domicilios de los padres – entre otros criterios –, tanto para determinar una custodia compartida, o bien, atribuir el cuidado personal a uno solo de los progenitores, estableciendo un régimen de visitas entre el otro padre y sus hijos. A modo ejemplar, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 8 de Junio del 2000, señala de manera clara que “...tanto la custodia a uno u otro progenitor como el establecimiento del régimen de visitas responden al fin primordial de atender al beneficio del menor. Una guarda y custodia compartida, salvo supuestos excepcionales de ausencia de conflictividad entre los cónyuges, cercanía de domicilios y entorno habitual, preferencia mostrada por los hijos, etc, no se traduce en beneficio para los menores. Al contrario, los continuos traslados a uno y otro

<sup>283</sup> Parafraseando las tres primeras acepciones de la palabra “domicilio”, presentes en el Diccionario Real Academia Española de la Lengua, Vigésimo Segunda Edición (2001). Disponible en versión online en <http://www.rae.es/rae.html>.

<sup>284</sup>VIÑAS MAESTRE, Dolors; op. cit. (222), p. 40.

<sup>285</sup>GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, op. cit. (243), p. 16.

*domicilio, la imposibilidad de marcar un horario y ritmos de trabajo escolar, y la inseguridad en suma que ello les comporta hacen desaconsejable esta medida...*<sup>286</sup> Otro ejemplo se presenta en la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de fecha 27 de Noviembre del 2007, dónde se indica que “...*aunque no existieran obstáculos formales a la guarda conjunta, no se dan los presupuestos necesarios de esta figura, que exige proximidad domiciliar, adecuada relación entre padres e hijos y entre los propios padres, estabilidad de las subunidades familiares implicadas, etc. En este caso, el padre vive en Las Palmas y la madre en la isla de Lanzarote...*”<sup>287</sup>

Por último, hacer presente que los domicilios de los padres, entendidos como la morada o lugar físico dónde habitan, deben poseer las condiciones mínimas de comodidad, que permitan satisfacer las distintas necesidades de los hijos. Así también lo indica Viñas Maestre quien, en su artículo, señala que “...*los domicilios deben ser adecuados y de características similares y suficientes para cubrir las necesidades de los hijos menores.*”<sup>288</sup> En dicho aspecto, el criterio del domicilio guarda relación con el nivel socioeconómico de los progenitores y, en el caso específico de España, se ha podido constatar en la práctica, a través de numerosos estudios, “...*que la modalidad de custodia compartida es más habitual o más viable cuando los progenitores tienen un nivel de formación y de renta elevada...*”<sup>289</sup>

**j) Décimo criterio: Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo (Art.225-2 j) Código Civil).**

Si bien este criterio no se encuentra establecido en el Código Civil catalán, que de acuerdo a nuestro examen de la norma ha sido la principal fuente inspiradora de nuestro **Artículo 225-2**, podemos, de igual manera, encontrar un cierto origen de la disposición regulada en el literal j), en los criterios

<sup>286</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 8 de Junio del 2000, ROJ SAP B 7493/2000, Primer fundamento de derecho, p. 2. Versión online disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=1859726&links=&optimize=20041125&publicinterface=true> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013)

<sup>287</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de fecha 27 de Noviembre del 2007, ROJ SAP GC 2873/2007, Primer fundamento de derecho, p. 2. Versión online disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=217515&links=&optimize=20080228&publicinterface=true> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

<sup>288</sup> VIÑAS MAESTRE, Dolors; op. cit. (222), p. 40.

<sup>289</sup> *Ibidem*.

establecidos por el Tribunal Supremo de España, ante la falta de regulación al respecto en el Código Civil español, que utiliza la técnica de la cláusula general para consagrar el principio del interés superior del niño. Al no existir criterios legales que deban ser valorados por el juez al momento de resolver acerca del cuidado personal de los hijos, el Tribunal Supremo debió realizar una tarea de integración, elaborando un catálogo de criterios, de carácter jurisprudencial, que son los que actualmente aplican los jueces en España. Una de las primeras sentencias que sistematiza dichos criterios, es la dictada por el Tribunal Supremo, con fecha 8 de Octubre del 2009, la que señala expresamente: *“...A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (Art.373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 marzo 2002 ) o en la Children Act 1989 inglesa, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, **cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven...**”*<sup>290</sup>

Estos criterios se han afianzado en la jurisprudencia española y son aplicados, en la actualidad, como lo demuestra la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, con fecha 29 de Abril del 2013, en dónde señala que se debe *“...sentar como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará*

<sup>290</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de fecha 8 de Octubre del 2009, ROJ STS 5969/2009, Quinto fundamento de derecho, p. 6. La parte destacada está hecha por el suscrito. Versión online disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=4751616&links=&optimize=20091029&publicinterface=true> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013)

*cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada...*<sup>291</sup>.

En definitiva, podemos ver una cierta similitud entre el último de los criterios elaborados por la jurisprudencia española (“*cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada*”) y el último criterio establecido en el **Artículo 225-2** de nuestro **Código Civil**, aunque el caso de la norma chilena, ésta hace explícita su relación con el interés superior del niño. Sin perjuicio de lo anterior, ambos criterios se asemejan en el hecho de constituir una “apertura” o ampliación de una enumeración que, en principio, parece tener naturaleza taxativa. Así, en el supuesto regulado por la disposición nacional, debemos incluir todas aquellas situaciones no contempladas en los criterios consagrados en los literales a) a h) del Artículo 225-2. Entre dichos antecedentes a tener en cuenta, relevantes para la satisfacción del interés superior del niño, podemos mencionar los casos de enfermedad física o psiquiátrica grave del hijo; la actividad y horarios laborales de los progenitores; la rutina diaria, los horarios escolares y las actividades que realicen los menores de edad; el sexo, la edad y madurez de los hijos; la evolución de las facultades de los menores; entre otros.

## **2) Existencia de criterios objetivos específicos para la determinación del principio del interés superior del niño en materia de relación directa y regular: El Artículo 229 inciso 3º del Código Civil.**

De la investigación que hemos realizado, en las distintas posibles fuentes inspiradoras de Derecho Comparado, hemos encontrado que sólo en la Children Act de 1989, vigente en Inglaterra y Gales, se hace una referencia explícita a criterios que deban tenerse en cuenta al momento de establecer un régimen de

<sup>291</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de fecha 29 de Abril del 2013, ROJ STS 2246/2013, Cuarto fundamento de derecho, p. 7. La parte destacada está hecha por el suscrito. Versión online disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6715184/Patria%20potestad%20compartida/20130523> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

relación directa y regular (“*a contact order*”, una de las *section 8 order* reguladas en dicho cuerpo legal). Esto es así, debido a que, en su **Parte I Preliminar, Sección 1, subsección (3) y (4) a**), dispone de forma expresa cuáles son los criterios que la Corte debe tener en consideración, al momento de determinar, modificar, o dejar sin efecto una *contact order*; la cual, según lo establecido en la **Parte II, Sección 8, subsección (1)** de la misma **Children Act**, es aquella que ordena a la persona con quien el niño vive, que permita que el niño pueda permanecer un tiempo, visitar o mantener algún tipo de contacto con la persona mencionada en la respectiva orden.<sup>292</sup>

En nuestro país, dentro del proyecto de ley que buscaba introducir modificaciones al Código Civil y otros cuerpos legales, para proteger la integridad del menor en caso que sus padres vivan separados, se pretendía, en un principio, modificar o sustituir el antiguo Artículo 229, que regulaba el derecho – deber de los progenitores que no tenían el cuidado personal de sus hijos, a mantener una relación directa y regular. Durante el trabajo legislativo, después de muchas discusiones acerca del nuevo contenido que debía tener este Artículo 229, se presentó a la Comisión de Constitución del Senado una propuesta de redacción por parte del grupo asesor de especialistas del Sernam y de profesores de Derecho Civil, que fijaba las características generales de la relación directa y regular, y luego establecía criterios especiales para su determinación, que protegen al interés superior del niño.<sup>293</sup>

---

<sup>292</sup> CHILDREN ACT 1989, disponible en versión online en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/203).

Part I, Introductory 1 Welfare of the child

*“(3)In the circumstances mentioned in subsection (4), a court shall have regard in particular...”*

*“(4)The circumstances are that— (a)the court is considering whether to make, vary or discharge a section 8 order, and the making, variation or discharge of the order is opposed by any party to the proceedings...”*

Part II, Orders with respect to children in Family Proceedings

*“8 Residence, contact and other orders with respect to children.*

*(1)In this Act — “a contact order” means an order requiring the person with whom a child lives, or is to live, to allow the child to visit or stay with the person named in the order, or for that person and the child otherwise to have contact with each other...”*

<sup>293</sup> La discusión y el origen de la norma como tal, es posible consultarlo en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado, Historia de la Ley N° 20.680, pp. 415-543. Disponible en versión para descarga digital en [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl) (Sitio web visitado por última vez el 31/12/203).

La propuesta del grupo asesor, fue aprobada definitivamente, sustituyéndose de manera completa el antiguo **Artículo 229**. Respecto del tema que nos interesa, se incorporó un **inciso 3º** que establece ciertos criterios que el juez debe considerar para la determinación del régimen comunicacional entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y sus hijos. La norma, en la parte pertinente, quedó redactada como sigue:

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

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

Comenzaremos el análisis de la norma, haciendo presente que las primeras frases del **inciso 3º** establecen un imperativo legal, en primer término, para los padres y, en subsidio, para el juez, de fomentar *“...una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo...”*. Sin perjuicio de destacar la consagración de este deber, creo que es necesario hacer la prevención, desde ya, que entregarle, de manera subsidiaria o supletoria, al juez esta labor de fomento de la comunicación o contacto entre el progenitor que no tiene el cuidado personal y su hijo, si bien implica llevar a efecto las directrices establecidas por la Convención sobre Derechos del Niño, como también velar por el cumplimiento de las derechos y obligaciones consagrados en ésta; también puede convertirse en facilitador de una injerencia desmedida de los Tribunales en los asuntos particulares de familia. Lo anterior, debido a que, en el afán bienintencionado y recto de promover una relación sana y cercana entre la madre o el padre que no vive con sus hijos; puede llevar al juez, por un lado, a establecer regímenes de comunicación que terminen siendo perjudiciales para los menores y, por otro, a forzar relaciones que ninguna de las partes verdaderamente quiera.

Luego, si bien la disposición enumera cuatro criterios, antes de ellos ya ha expresado otras tres cuestiones que también deben ser ponderadas por el juez al momento de resolver y dictar sentencia: primero, reitera, de manera específica para la relación directa y regular, la obligación de velar por el *interés superior del niño*; segundo, reitera el *derecho del niño a ser oído*; tercero, introduce de manera explícita un tema que no se incorporó de forma expresa dentro de los criterios para la determinación del cuidado personal, como lo es la *evolución de facultades del niño*.

En el caso del **interés superior del niño**, es presentado por medio de una mención genérica, sin que la norma defina qué debe entenderse por dicho principio; mas igualmente trata de delimitar su contenido con los criterios que se van indicando a continuación en el artículo. Respecto del **derecho del niño a ser oído**, como asimismo lo señaláramos a propósito del criterio consagrado en el literal f) del Artículo 225-2, este **inciso 3° del Artículo 229** viene a ser una reiteración de lo establecido de forma general en el **Artículo 227 del Código Civil**. Sólo se explica el reconocimiento expreso del derecho del niño a ser oído en este Artículo 229, en el hecho que el Artículo 227 circunscribe el deber del juez a oír al niño a las materias tratadas en los “...*artículos precedentes*...”. Sin embargo, aunque no hubiere existido la mención pertinente en el Artículo 229, de igual manera el juez deberá escuchar al niño y tener debidamente en cuenta su opinión, en razón de lo exigido por los artículos **242 del Código Civil**, **85 de la Ley N° 19.947** y **16 de la Ley N° 19.968**.

Por su importancia, trataremos específicamente el tema de la evolución de las facultades del niño; ya que, salvo la mención genérica que se hace de ello en la parte final del **inciso 1° del Artículo 222**, no existe alguna otra disposición en nuestra legislación que se refiera de forma expresa sobre esta materia. Lo que señalaremos sobre el particular, creemos que puede (y debe) entenderse aplicable para todas las otros asuntos jurídicos y judiciales en los que se ven involucrados los menores de edad.

## **2)a) La evolución de las facultades del niño, como criterio general.**

Esta noción de “evolución de facultades”, ha sido introducida como principio por la Convención sobre los Derechos del Niño, consagrándolo en su **Artículo 5**; dónde se establece que “la dirección y orientación impartidas por los padres u otras personas encargadas legalmente del niño deben tomar en consideración la capacidad del mismo de ejercer sus derechos por cuenta propia.”<sup>294</sup> En el fondo, el sentido de este principio está dado por el hecho que, “a medida que los niños adquieren competencias cada vez mayores, disminuye su necesidad de dirección y orientación y aumenta su capacidad de asumir responsabilidades, tomando decisiones que afectan su vida.”<sup>295</sup> Por tanto, la evolución de facultades está vinculada con el ejercicio efectivo de los derechos de los que el menor de edad es titular. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la evolución de las facultades dependerá del contexto en el que se desenvuelvan los niños, niñas y adolescentes, variando la adquisición de capacidades de los menores de edad en relación al ambiente, la cultura, las condiciones socioeconómicas, las experiencias de vida, las diversas circunstancias que les toque vivir.

Dentro del sistema propuesto por la Convención, el concepto de evolución de facultades tiene un lugar de vital importancia en el equilibrio que debe existir entre “el reconocimiento de los niños como protagonistas activos de su propia vida, con la prerrogativa de ser escuchados y respetados y de que se les conceda una autonomía cada vez mayor en el ejercicio de sus derechos, y la necesidad que tienen, al mismo tiempo, de recibir protección en función de su relativa inmadurez y corta edad.”<sup>296</sup> En consecuencia, debemos remarcar la estrecha relación que hay entre la idea de facultades en evolución, con el derecho del niño de ser oído y el concepto de participación recogidos en el **Artículo 12** de la Convención, y con el principio de autonomía progresiva del niño.

---

<sup>294</sup> LANSDOWN, Gerison, “*La Evolución de las Facultades del Niño*” (2005), Fondo de las Naciones Unidas Para la Infancia (UNICEF), p.19. Disponible en versión digital en <http://www.unicef.org/lac/evolving-spa.pdf> (Visitado el 30/11/2013).

<sup>295</sup> *Ibidem*.

<sup>296</sup> *Ibidem*.

De esta manera, y siguiendo lo expresado por la asesora de Unicef Gerison Lansdown en su libro, tenemos que el **Artículo 12**, al consagrar el derecho de los niños a ser oídos, “exige que se los reconozca como protagonistas activos, con el derecho de participar en las decisiones que afectan sus vidas. Todos los niños capaces de expresar su opinión tienen el derecho de hacerlo y de que se la tome en cuenta.”<sup>297</sup> Sin perjuicio de ello, mientras mayor sea la edad del niño y mayores sean sus facultades y capacidades, sus opiniones deben ser consideradas con mucha más atención, tanto por sus padres como por las distintas autoridades que toman decisiones en materias vinculadas con los niños, niñas y adolescentes.

En cuanto a la participación, según los investigadores Priscilla Alderson y Jonathan Montgomery,<sup>298</sup> es posible identificar cuatro niveles de participación en un proceso decisorio; a saber:

- i. Ser informado.
- ii. Expresar una opinión informada.
- iii. Lograr que dicha opinión sea tomada en cuenta.
- iv. Ser el principal responsable o corresponsable de la toma de decisiones.

El artículo 12 de la Convención, contiene la idea que “todos los niños capaces de expresar su opinión tienen derecho a participar en los primeros tres niveles. [...] Sin embargo, el artículo no extiende los derechos del niño al cuarto nivel. Dicho de otro modo, el artículo 12 afirma el derecho del niño a intervenir en el **proceso participativo** de la toma de decisiones en todos los asuntos que le conciernen, pero los adultos conservan la responsabilidad de las consecuencias. El resultado será una decisión tomada por los adultos, pero informada e influenciada por las opiniones del niño.”<sup>299</sup>

---

<sup>297</sup> LANSDOWN, Gerison, op. cit. (294), p.20.

<sup>298</sup> ALDERSON, P. y MONTGOMERY J., “*Health care choices: Sharing decisions with children*”, Instituto de Investigaciones sobre Políticas Públicas, Londres, 1996.

<sup>299</sup> LANSDOWN, Gerison, op. cit. (294), p.20.

Si bien a medida que los niños van creciendo en edad, aumentan sus capacidades y van incrementándose sus facultades, ni en el Artículo 5 ni en el Artículo 12 de la Convención, se tiene a la edad como un factor determinante para el establecimiento del nivel de desarrollo de las facultades de los niños, niñas y adolescentes, siendo indispensable la demostración del grado de comprensión, conocimientos y habilidades que posean los menores al momento de ejercer sus derechos. A medida que se demuestre la adquisición de mayores competencias para el ejercicio de sus derechos, los menores verán reconocida su autonomía, produciéndose una transferencia progresiva de facultades y responsabilidades para la toma de decisiones que les afecten. Sin perjuicio de ello, desde un principio “...se confiere a los padres el derecho de tomar decisiones en nombre del niño, ya sea hasta que se juzgue apropiado delegar la responsabilidad al niño mismo o hasta que alcance la edad mínima prescrita por la ley...”.<sup>300</sup> Con dicha premisa, el Artículo 5 de la Convención, permite que, en razón del principio de autonomía, la capacidad de los niños para participar en las decisiones que les afecten se extienda lo máximo posible, dependiendo de las circunstancias particulares presentes, pero sin dejar de proporcionar “el marco protector necesario para evitar que padezcan explotación, daños o abusos.”<sup>301</sup>

Ahora bien, es fundamental asumir desde ya, que “el cumplimiento de de los derechos del niño no puede depender de su capacidad de ejercer la autonomía o del hecho de que haya alcanzado una edad determinada. Todos los derechos enunciados en la Convención sobre los Derechos del Niño se aplican a todos los niños. Lo que está en discusión es en qué medida los niños ejercen dichos derechos por sí mismos, cuáles responsabilidades asumen en nombre de ellos sus padres u otras personas encargadas de su cuidado y cómo se produce el proceso de transición.”<sup>302</sup>

Todo lo señalado, se sustenta en una estructura basada en tres ejes principales; a saber: primero, **los niños son sujetos de derechos**. Y para tutelar y fomentar dichos derechos, es que tanto desde la Convención como de los distintos ordenamientos jurídicos, a los padres se les imponen obligaciones y

<sup>300</sup> LANSDOWN, Gerison, op. cit. (294), p. 20.

<sup>301</sup> *Ibidem*.

<sup>302</sup> *Ibidem*, p. 21.

se les atribuyen ciertos derechos, para responsabilizarse por sus hijos. En segundo lugar, con **la progresiva evolución de las facultades, de manera gradual los derechos conferidos a los padres irán pasando a los niños**, para que éstos puedan ejercerlos por su propia cuenta. Por último, **“...puesto que los derechos pertenecen al niño, existen independientemente de dónde éste se encuentre: se aplican igualmente en el hogar, en la escuela, en todas las instituciones y en la esfera pública.** Por consiguiente, el Estado debe desempeñar un papel clave mediante la creación de un marco jurídico y político que promueva la realización universal y consecuente de los derechos del niño. También tiene la obligación de intervenir toda vez que sea necesario para proteger al niño contra la desatención o la violación de sus derechos por parte de sus padres u otros adultos responsables del cuidado del niño. Aunque los padres, en su mayoría, se afanan por actuar en favor del interés superior del niño e intentan proteger sus derechos, no siempre sucede así. Por lo tanto, deben existir mecanismos idóneos, puestos en marcha a través de la legislación y el acceso a los tribunales, mediante los cuales los niños (o el Estado en su nombre) puedan hacer respetar tales derechos cuando los padres los infringen.”<sup>303</sup>

En el caso de la evolución de facultades como criterio particular para la determinación del régimen de relación directa y regular – y, en realidad, como criterio general para la toma de toda decisión que afecte a un menor de edad –; en nuestro país, son los Tribunales de Familia los llamados a tener en consideración esta circunstancia como antecedente cierto y valedero al momento de resolver sobre la conveniencia o no de establecer un sistema regulado de visitas entre el padre o la madre que no tiene el cuidado personal y sus hijos.

Es preciso dejar en claro, tal como en el concepto de interés superior del niño, que presenta características de relatividad, subjetividad e indeterminación, que en el caso de la evolución de las facultades de los niños, las maneras de comprender el desarrollo de dichas facultades, el reconocimiento de éstas y el objetivo que se busca lograr con ellas, también van cambiando y diferenciándose de una

---

<sup>303</sup> LANSDOWN, Gerison, op. cit. (294), p.21.

época a otra, de un lugar a otro, de una cultura a otra. En vista de ello, tenemos que si no es posible asentar siquiera una concepción universal indiscutida de infancia, mucho menos será posible determinar una edad en la que los niños sean considerados maduros y capaces de comenzar a ejercer personalmente sus derechos, puesto que esta condición va variando dependiendo de la sociedad en la que se encuentre inserto, y dependerá del contexto cultural, educacional y socioeconómico en el que vivan los menores de edad.

En consecuencia, ante la dificultad de poder entregar una visión genérica y absoluta en esta materia, que pueda ser aplicada e imitada en cualquier tipo de contexto; la tarea más importante de los ordenamientos jurídicos será resguardar el delicado equilibrio que existe entre, por una parte, la concepción de los niños como individuos dependientes que necesitan ser protegidos y, por otra, la concepción de los niños como individuos independientes que aspiran a la autonomía. Esta situación se debe a que, en la mayor parte de los casos, se hace extremadamente difícil distinguir cuándo y en qué ámbitos el menor de edad puede desenvolverse de forma autónoma, como cuándo y en qué ámbitos debe mantenerse la tutela parental.

De la manera como lo analizamos, someramente, al momento de construir nuestro criterio basado en la parte final del **inciso 1º del Artículo 222 del Código Civil**, referido a la necesaria guía parental, conferida a los hijos, respecto del ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de modo conforme a la evolución de las facultades de los menores; tanto como lo sistematiza Lansdown en su libro, podemos constatar que existen diversos modelos posibles para regular ese precario equilibrio al que hemos aludido, primero respetando el derecho del niño a participar en la toma de decisiones en función de la evolución de sus facultades, para, al mismo tiempo, ofrecerle una protección adecuada para las condiciones y circunstancias del menor de edad.

Los mencionados modelos van desde la estricta consagración legislativa de límites de edad fijos, hasta la eliminación absoluta de parámetros etarios, sustituyéndolo por un sistema de evaluación individual que

sirva para determinar el momento en que se consideren competentes los niños, niñas y adolescentes para el ejercicio de cada derecho; pasando por modelos intermedios “...que incluya[n] límites de edad pero que, al mismo tiempo, proporcione[n] al niño la posibilidad de demostrar su competencia y adquirir el derecho en cuestión antes de haber alcanzado la edad establecida, [como también] la estipulación de límites de edad solamente para aquellos derechos que corren el riesgo de ser violados o desatendidos por los adultos y la introducción de la presunción de competencia para los demás derechos.”<sup>304</sup>

Sin perjuicio del modelo que se adopte al interior de un ordenamiento jurídico determinado – tomando en consideración que, en el caso chileno, podemos señalar que existiría un sistema intermedio, que incluye límites de edad para algunas materias y otorga la posibilidad de actuación autónoma en otras –; es fundamental reconocer y entender que en cada caso particular, pueden hallarse “...una cantidad de factores que influyen en el nivel de competencia del niño: sus aptitudes intelectuales, el grado de apoyo, expectativas y estímulos que le proporcionan los adultos significativos, la calidad de la información que recibe, la historia individual del niño y sus experiencias personales, la voluntad del niño de asumir la responsabilidad de sus decisiones y el ambiente cultural que lo rodea.”<sup>305</sup>

Además de la multiplicidad de elementos concausales a los que se debe atender, también es indispensable tomar en consideración que “...los umbrales de competencia no son necesariamente los mismos para todas las decisiones, ni tampoco son relevantes todos los aspectos de la competencia para asumir cualquier tipo de responsabilidad o para tomar cualquier tipo de decisión.”<sup>306</sup> Para entregar una solución a las disyuntivas que naturalmente se susciten, Lansdown propone la aplicación del “principio de proporcionalidad”, en razón del cual se utilice gradación diferenciada de competencias según la gravedad de las decisiones a tomar. De esta manera, tendríamos que, “...cuando los riesgos relacionados con la decisión sean relativamente bajos, será posible que los niños asuman responsabilidades sin tener

---

<sup>304</sup>LANSDOWN, Gerison, op. cit. (294), p.71.

<sup>305</sup>Ibidem, p.78.

<sup>306</sup>Ibidem.

que demostrar niveles de competencia particularmente significativos.”<sup>307</sup> Por el contrario, para dejar de considerar o darle una valoración mínima a la voluntad manifestada explícitamente por el niño, “...habrá que demostrar que éste no posee la competencia necesaria para comprender las implicaciones de la elección en cuestión, *como asimismo* que los riesgos relacionados con dicha elección irían en contra del interés superior del niño.”<sup>308</sup>

Como sea, aun cuando exista una variabilidad entre la protección de los derechos del niño y su autonomía para ejercerlos, fundada en la madurez del niño y del ambiente social, económico, cultural y político en que vive, de igual manera deben existir principios básicos que estructuren un sistema que permita resguardar el interés superior de los niños. Así, como bien lo apunta Lansdown, “...[e]s particularmente importante que se tome como punto de partida el respeto del niño, de su dignidad y del derecho que tiene a recibir protección contra toda forma de violencia, abuso, explotación, abandono y maltrato, reconociendo simultáneamente el valor de la contribución que él mismo puede brindar para su propia protección.”<sup>309</sup>

Por consiguiente, basándonos en todo lo que hemos expresado, es posible concluir que “...la participación del niño no sólo refuerza su capacidad de protegerse a sí mismo, sino que además pone sus conocimientos, que son irremplazables, al servicio de los mecanismos de protección...”,<sup>310</sup> lo que pone de manifiesto la relevancia de permitir el ejercicio a los menores de edad de su derecho a ser oídos, y la correspondencia que hay entre el citado derecho con la edad y evolución de las facultades del niño, niña y/o adolescente.

---

<sup>307</sup> LANSDOWN, Gerison, op. cit. (294), p.78.

<sup>308</sup> *Ibidem*.

<sup>309</sup> *Ibidem*, p.81.

<sup>310</sup> *Ibidem*.

En razón de ello, en lo que concierne a la evolución de las facultades como criterio para determinar el régimen de relación directa y regular entre el padre o madre que no tiene el cuidado personal y sus hijos; nuestra conclusión es la siguiente: el juez (o la autoridad correspondiente), debe evaluar la situación particular del niño en lo que dice relación con la evolución de sus facultades, atendiendo a todos los posibles factores (personales, sociales, económicos, culturales, educacionales) que incidan en su desarrollo; haciendo uso de todas las herramientas procesales de las que disponga (audiencia confidencial del menor, informes de peritos, informe de consejeros técnicos, documentos), para luego contrastar los resultados de sus averiguaciones con las directrices de protección del interés superior del niño.

De esta manera, a propósito de la regulación de un régimen de visitas, es necesario que el juez tenga como antecedentes fundamentales, para tomar una decisión apropiada para el caso concreto, tres cuestiones centrales; a saber: primero, la opinión del niño, niña o adolescente respecto de mantener una relación con el progenitor con quien no vive; segundo, el nivel de madurez y el grado de evolución de las facultades del menor de edad, para ejercer y conservar de buena manera este derecho-deber de comunicación con el padre o madre que no vive junto a él y, tercero, la protección del superior interés del niño, evitando establecer y/u obligar a perseverar en relaciones forzadas, o que sean poco beneficiosas o derechamente perjudiciales para los menores.

## **2)b) Criterios específicos establecidos en el inciso 3° del Artículo 229 Código Civil.**

### **a) *La edad del niño* (Art. 229 inc. 3° a) Código Civil).**

Acerca de la edad como criterio para la determinación del régimen de relación directa y regular, llama la atención que, para esta materia, se establezca de forma expresa, no siendo así para el establecimiento del régimen de cuidado personal. En la Historia de la Ley N° 20.680, no existe nada que permita aclarar esta peculiaridad, y sólo tenemos evidencia de una ligera enmienda de la redacción de este literal a), que

originalmente se refería sólo a “*la edad*”, a secas; al cuál se agregó, en virtud de una propuesta de la profesora Carolina Salinas, “*del hijo*”, siendo ésta su redacción definitiva.<sup>311</sup>

Partiremos definiendo el término central del criterio, que está referido a la “**edad**”. Según el Diccionario de la RAE, el término edad, en su primera acepción, se refiere al “[t]iempo que ha vivido una persona...”. Luego, en su tercera acepción, le define como “[c]ada uno de los períodos en que se considera dividida la vida humana.” Adaptando este último concepto al criterio que analizamos, debe concluirse que, en el caso de la relación directa y regular, el término “edad” se circunscribe a dos períodos o etapas de la vida bien específicas: la infancia y la adolescencia.

Habiendo despejado este primer punto, para una más fácil y mejor aplicación del criterio por parte del juez, proponemos adoptar los rangos etarios establecidos por el legislador nacional en el **Artículo 26 del Código Civil**, clasificando a los menores en tres tramos; a saber: *infantes*, desde su nacimiento hasta los 7 años; *impúberes (o preadolescentes)*, mujeres desde los 7 y hasta los 12 años; varones desde los 7 y hasta los 14 años; y *menores adultos (adolescentes)*, mujeres desde los 12 y hasta los 18 años; varones desde los 14 y hasta los 18 años. Estos parámetros, también servirán de indicio o punto de partida para la aplicación del criterio de la evolución de facultades, como asimismo, para permitir a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio de su derecho a ser oídos y que se tome en cuenta su opinión.

Haciendo una utilización conjunta y coordinada de estos tres criterios, creemos que posibilitará al juez la determinación del régimen de relación directa y regular más apropiado para el caso concreto, y le permitirá, además, resguardar el superior interés del menor. Esto, debido a que, al atender a la edad y competencias del niño, niña o adolescente, el juez puede vislumbrar, desde un principio, qué situación, en lo relativo al régimen de visitas, es la más conveniente y beneficiosa para el interés del menor, y para lograr su máximo desarrollo espiritual y material.

---

<sup>311</sup> Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado, Historia de la Ley N° 20.680, p. 505. Disponible en versión para descarga digital en [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl) (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

Entrando en ciertos detalles, tendremos que la edad, como criterio para el establecimiento de un régimen de relación directa y regular, implica, para el juez, extender el campo de sus averiguaciones respecto del padre o madre que requiere las visitas, a aspectos tales como las habilidades parentales del progenitor, su salud física y psicológica, la ubicación y condiciones habitacionales de su domicilio, las personas con quién vive en dicho domicilio, su profesión u oficio, el lugar dónde desempeña su trabajo y su horario laboral, entre otros. Todos estos elementos que hemos mencionado, deben ser examinados a la luz de la edad del niño, niña o adolescente respectivo; puesto que de dicha mirada dependerá si se establece o no un régimen de comunicación entre los menores y el padre o madre que no tiene su cuidado personal, como también la naturaleza y modalidades del correspondiente régimen.

Así, por ejemplo, no será lo mismo determinar un sistema de visitas respecto de un infante, que de un impúber o un adolescente. Lo mismo se puede aplicar dentro de cada tramo etéreo: en el caso de los infantes, no será lo mismo establecer un régimen de relación directa y regular para un bebé, como para un niño de tres años o uno de siete. Si bien algunos elementos destacan por mantener inalterable su relevancia (como es el caso de las habilidades parentales y la salud física y psíquica del progenitor), y el juzgador tiene la obligación de tenerlos especialmente en cuenta; por regla general, los antecedentes, circunstancias y condiciones a tomar en consideración por el juez, y la importancia decisiva que tendrá cada uno de éstos, variarán de acuerdo al rango de edad del niño, niña o adolescente. A modo ejemplar, podemos referirnos al caso de las condiciones habitacionales del domicilio del padre o madre que solicite la regulación del régimen comunicacional: aunque deberá presentar un estado mínimo de comodidad para el cumplimiento del régimen de visitas, ciertas características del domicilio deben ir adecuándose según la edad que tenga el menor de edad, puesto que las necesidades de confort, espacio y privacidad de un infante, un impúber y un adolescente serán diferentes.

b) **La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos (Art.229 inc.3° b) Código Civil).**

Este criterio es muy similar al establecido en el **Artículo 225-2 a)**; aunque debemos señalar que al momento de ser propuesta la redacción del nuevo **Artículo 229**, se plantearon por parte del grupo

asesor legislativo, dos alternativas distintas, consistente la primera en sólo dejar la referencia a la vinculación padre-hijo y, la segunda, consistente en incluir la relación que el hijo tiene con parientes cercanos y personas con los que tenga una relación de confianza.<sup>312</sup> Luego de discutirse el tema al interior de la Comisión de Constitución del Senado, la norma quedó con la redacción actual, que regula una situación intermedia entre las dos opciones presentadas, siguiendo la tendencia actual en Derecho comparado de extender la titularidad del derecho de visitas, ampliándola, en este caso, a los parientes cercanos. Sin perjuicio de ello, en lo referido a la relación directa y regular del niño con sus ascendientes (abuelos), se incorporó, al Código Civil, un **Artículo 229-2**, a propuesta del profesor de Derecho Civil Mauricio Tapia, miembro del grupo asesor.

Esta situación nos hace preguntarnos por el ámbito de aplicación del criterio establecido en el literal **b)** del **inciso 3º** del **Artículo 229**; puesto que, junto con referirse al padre o madre que requiera las visitas con sus hijos, agrega a los **“parientes cercanos”**. Para entender a cuáles personas se extiende esta denominación de parientes cercanos, debemos comenzar definiendo ambos términos. Así, tenemos que, conforme a lo indicado por el Diccionario de la RAE en su primera acepción, **pariente** es lo que “[r]especto de una persona, se dice de cada uno de los ascendientes, descendientes y colaterales de su misma familia, ya sea por consanguinidad o afinidad.”<sup>313</sup> Por su parte, **cercano** es algo “próximo, inmediato”,<sup>314</sup> “contiguo [...] a algo o alguien”.<sup>315</sup> Ahora, si acudimos a las definiciones legales, tenemos que el **Artículo 28** del **Código Civil** indica lo siguiente: *“Parentesco por consanguinidad es aquel que existe entre dos personas que descienden una de la otra o de un mismo progenitor, en cualquiera de sus grados.”* A su vez, el **inciso 1º del Artículo 31** señala que *“Parentesco por afinidad es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer.”* Por último, estimamos que para dilucidar la interrogante planteada acerca de la extensión del criterio, es posible utilizar lo dispuesto en los **incisos 1º y 2º del Artículo 42**,

<sup>312</sup> Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado, Historia de la Ley N° 20.680, p. 503-504. Disponible en versión para descarga digital en [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl) (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

<sup>313</sup> Diccionario Real Academia Española de la Lengua, Vigésimo Segunda Edición (2001). Disponible en versión online en <http://www.rae.es/rae.html> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

<sup>314</sup> Definición de la palabra “cercano-na”, del Diccionario Real Academia Española de la Lengua, Vigésimo Segunda Edición (2001). Disponible en versión online en <http://www.rae.es/rae.html> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

<sup>315</sup> Primera acepción de la palabra “inmediato-ta” Diccionario Real Academia Española de la Lengua, Vigésimo Segunda Edición (2001). Disponible en versión online en <http://www.rae.es/rae.html> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

que postulan *“En los casos en que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderán comprendidos en esa denominación el cónyuge de ésta y sus consanguíneos de uno y otro sexo, mayores de edad. A falta de consanguíneos en suficiente número serán oídos los afines.*

*Serán preferidos los descendientes y ascendientes a los colaterales, y entre éstos los de más cercano parentesco.”*

Haciendo uso de esta última norma citada, en armonía con las demás disposiciones legales indicadas al respecto, se puede concluir que, por **“parientes cercanos”** de los menores de edad, debemos entender, primero que todo, a los **parientes por consanguinidad**, partiendo por los ascendientes, que en este caso vienen a ser los padres y los abuelos. Como a los padres debemos descartarlos, por estar expresamente comprendidos en el literal **b)** del **inciso 3º del Artículo 229**; sólo nos quedan en esa línea los abuelos, incluyéndose, a nuestro parecer, tanto a los progenitores de la madre como a los del padre. Luego, siguiendo con los consanguíneos, tendríamos como parientes cercanos a los hermanos mayores de edad del niño, niña o adolescente objeto del régimen de visitas. En segundo orden, debemos considerar si los **parientes por afinidad** se encuentran contemplados por la norma. En un principio, podríamos estimar que no, si aplicamos la definición dada por el **inciso 1º del Artículo 31**, puesto que, hasta los 16 años, los menores de edad están incapacitados para contraer matrimonio y el parentesco por afinidad se da con los consanguíneos del cónyuge. Sin embargo, creemos que para cumplir el objetivo que busca el criterio que estamos analizando, es preciso considerar, en este caso, como **“parientes cercanos”** por afinidad a los hermanos de los padres del niño (que serán sus tíos), especialmente aquéllos hermanos del progenitor que pide las visitas y que vivan en su mismo domicilio. Por último, creemos que en esta calidad de **“parientes cercanos”**, también deben ser incluidos los primos hermanos, como consanguíneos colaterales.

Una vez clarificado el ámbito de aplicación del criterio, nos corresponde explicar el sentido mismo de la norma recogida en el literal **b)**. Como tiene una redacción similar al criterio del literal **a)** del **Artículo 225-2**, establecido para el cuidado personal, nos remitiremos a nuestras conclusiones propuestas en dicho apartado. De esta manera, podemos indicar que por **“vinculación afectiva”** se puede entender la **“unión amorosa o cariñosa del niño, niña o adolescente con sus padres y/o con otras personas**

**de su entorno familiar, por el cual somete su suerte, estado o condición a ellos.”** En el marco de la determinación de un régimen de relación directa y regular, será fundamental constatar, por parte del juez, si existe con anterioridad y en un grado mínimo esta unión amorosa o cariñosa del hijo con el progenitor que requiere las visitas. Esta comprobación será indispensable para prevenir la instauración de un régimen comunicacional no querido, que termine siendo de cumplimiento forzado tanto para el niño, niña o adolescente como para el padre o madre obligado y que, en definitiva, constituya un perjuicio para el supremo bienestar del hijo, y no la relación sana y cercana que la norma pretende fomentar.

Sin perjuicio de lo que hemos indicado, el juzgador habrá de tener especial cuidado en aquellas situaciones en que los hijos son muy pequeños, y el padre o madre que está solicitando las visitas, al no haber convivido con ellos, o bien, haberlo hecho durante muy poco tiempo, no pudo generar un vínculo afectivo sólido. En dichos casos, creemos que el juez tiene la obligación de cumplir con la tarea impuesta al inicio del **inciso 3º del Artículo 229**, de fomentar una relación sana y cercana, estableciendo un régimen mínimo de visitas, que sirva de base para la construcción del vínculo afectivo entre los menores de edad y el progenitor que no vive actualmente con ellos.

En relación al vínculo afectivo con sus parientes cercanos, estimamos que en este caso debe estarse al tipo y a la calidad de la relación que el niño mantenga con estos parientes, se trate de sus abuelos, hermanos, tíos o primos. Creemos que la norma obliga al juez a tener en cuenta estos vínculos, debido a que pueden ser relevantes para la formación y desarrollo del menor y, eventualmente, pudiera establecerse un régimen de visitas con alguno de estos parientes, que se pudiera superponer al régimen determinado para el progenitor respectivo.

c) *El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado (Art.229 inc.3° c) Código Civil).*

Este criterio tiene una relevancia trascendental, porque de la especie de régimen de cuidado personal que se haya establecido para los hijos – haya sido acordado por los propios padres o haya sido determinado judicialmente –, dependerá, en primer lugar, si es necesario o no regular un régimen comunicacional y, en caso de serlo, qué tipo de sistema de visitas es conveniente instituir. Según eso, podemos concluir con claridad que, en el caso de establecerse un régimen de **cuidado personal unilateral o exclusivo** en favor de uno de los progenitores, es necesario determinar un régimen de relación directa y regular de los hijos para con el otro progenitor que no vivirá con ellos, como lo dispone expresamente nuestro Código Civil en el **inciso 1° del Artículo 225** (para el caso de la atribución convencional o de mutuo acuerdo) y en el **inciso 6° del Artículo 225** (para el caso de la atribución judicial). Por su parte, respecto del caso del **cuidado personal compartido**, la Ley N° 20.680 nada dice, a pesar que, durante la discusión del Proyecto, algunos miembros del grupo asesor legislativo hacen presente la conveniencia de esclarecer este asunto, que en Derecho comparado tampoco se ha resuelto.

Por consiguiente, la primera duda que surge a partir de esta norma, está referida al hecho que, en caso de existir un sistema de cuidado personal compartido, sea necesario o no establecer un régimen comunicacional del hijo con los padres. Haciendo un rápido análisis del asunto, en un primer momento pareciera que no es menester determinar un régimen de visitas, puesto que el cuidado personal compartido, según cómo lo define el **inciso 2° del Artículo 225** de nuestro Código Civil, “...es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.” Es decir, implica por naturaleza un período fijo de convivencia bajo un mismo techo, que los hijos mantienen alternadamente, tanto con su madre como con su padre. Por tanto, al existir un marco de conservación del vínculo afectivo existente entre los progenitores con sus hijos, podría concluirse que el régimen de visitas sería superfluo.

Sin embargo, al revisar las distintas modalidades en que la custodia compartida puede manifestarse en la práctica, es posible observar que en algunas situaciones, por el tipo de sistema de tuición establecido, será igualmente necesario fijar un régimen de visitas. Como lo señala el abogado español José Luis Sariego Morillo<sup>316</sup> en su artículo; partiendo de los tiempos disponibles que tienen los progenitores y, en razón de ello, examinar la distribución de los tiempos de convivencia con los hijos, es posible identificar en la realidad jurídica de España, cinco “modelos” básicos de custodia compartida:

- **Custodia compartida tradicional:** Consistente en la residencia habitual de los hijos en el domicilio de uno de los progenitores, y amplios tiempos de estancia en el domicilio del otro padre.
- **Custodia compartida por semanas alternas.**
- **Custodia compartida por meses alternos.**
- **Custodia compartida por semestres alternos.**
- **Custodia compartida por años escolares.**<sup>317</sup>

De los cinco modelos, es claro que en el **tradicional** no se encontraría justificada la utilidad que pueda tener la regulación de un sistema de visitas, puesto que la finalidad señalada por el **inciso 2º del Artículo 229**, de “...propende[r] 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...”, se cumpliría cabalmente. No obstante, sin perjuicio de pensar que dicho objetivo de preservación del vínculo afectivo se satisface con el modelo denominado “tradicional” de cuidado personal compartido; creemos que, de igual manera, debiera regularse un régimen de visitas para aquellas fechas que podemos llamar “especiales” o “relevantes” (cumpleaños del niño, cumpleaños de los progenitores, Navidad, Año Nuevo, etcétera).

---

<sup>316</sup> SARIEGO MORILLO, José Luis, *¿Cómo articular una custodia compartida?* (Sevilla, 2011), p. 4. Versión online disponible en [http://www.lexfamily.es/img/0\\_pn1\\_1297625232.pdf](http://www.lexfamily.es/img/0_pn1_1297625232.pdf) (Visitado el 31/12/2013)

<sup>317</sup> Para un análisis completo de cada uno de los “modelos” de custodia compartida, Ver SARIEGO MORILLO, José Luis, op. cit. (316), pp. 4-11.

En cuanto a los otros modelos, es mucho más evidente que, por la mayor extensión de los períodos de convivencia exclusiva que tendrán los hijos con cada uno de sus progenitores, es indispensable regular un sistema de visitas de los menores con el padre o la madre con quién no estén residiendo en un determinado momento. Así, por ejemplo, en el caso del cuidado compartido semanal, quizás pueda fijarse una tarde o noche de visita dentro de la semana; en los casos del cuidado compartido por meses, semestres y años escolares alternos, se pueden fijar visitas los fines de semana. A ello, se debe agregar la regulación de visitas para las denominadas fechas “especiales” (cumpleaños del niño, cumpleaños de los padres, Navidad, Año Nuevo, etcétera), como también durante las vacaciones.

**d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo (Art.229 inc.3° d) Código Civil).**

Este criterio abre la enumeración consignada en el **inciso 3° del Artículo 229**, para que puedan ser considerados otros elementos significativos, tanto para determinar la conveniencia de establecer o no un régimen de relación directa y regular, además del tipo de régimen; como para la protección del interés superior del niño, niña o adolescente respecto del cual se fijará el sistema de visitas.

Dentro de dichos elementos, podemos entender incorporado como tales (sin tratarse de una enumeración taxativa): la salud física y psíquica del niño (especialmente si existe presencia de alguna enfermedad física o psíquica que requiera cuidados especiales); la salud física y psíquica del progenitor que requiere las visitas; la ubicación y condiciones habitacionales del domicilio de los padres; la profesión u oficio de los progenitores, el tipo de funciones que realiza y sus horarios laborales; los horarios y las actividades escolares y recreativas que realiza el niño, niña o adolescente; la existencia, respecto del progenitor que pide las visitas, de procesos penales pendientes o de condenas por la comisión de crímenes o delitos de diversa índole (sobre todo, si en alguno de dichos delitos, la víctima fue el niño); el cumplimiento actual y efectivo de condenas penales en centros de reclusión por parte del padre o madre; la existencia de otros hijos del padre o madre que solicita el régimen de relación directa y regular; las personas con quiénes viva actualmente el padre o madre; etcétera.

### 3) Existencia de criterios objetivos específicos para la determinación del principio del interés superior del niño en materia de alimentos.

A diferencia de lo sucedido con el cuidado personal y la relación directa y regular, la **Ley N° 20.680** no introdujo ninguna modificación ni agregó ninguna norma nueva en materia de derecho de alimentos; por lo que, en este ámbito, no encontraremos una disposición expresa que señale criterios o elementos a tener en cuenta por el juez, ya sea para el establecimiento de una pensión alimenticia o para la determinación de su cuantía, y que permitan proteger el interés superior del niño.

Por tanto, como asimismo hemos hecho con los criterios o elementos objetivos generales que hemos propuesto, en el caso del derecho de alimentos también buscaremos encontrar ciertos criterios que se encuentren presentes en las diversas normas que regulan esta materia, tanto en el propio Código Civil como en leyes especiales.

En primer lugar, tenemos que el **Artículo 230 del Código Civil**, señala que “...*Los gastos de educación, crianza y establecimiento de los hijos son de cargo de la sociedad conyugal...*”, y en caso de no haber sociedad conyugal – por haber los cónyuges acordado otro régimen patrimonial del matrimonio, o bien, porque los progenitores nunca contrajeron matrimonio, o por divorcio de éstos –, “...*los padres contribuirán en proporción a sus respectivas facultades económicas.*” Esta norma se encuentra ligada fuertemente a lo dispuesto en la primera parte del **inciso 1° del Artículo 222** del mismo Código, regla que consagra el principio del interés superior del niño en nuestro ordenamiento jurídico, estipulando que “...*[l]a preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible...*”. Además, este último artículo, corresponde al primero de los criterios objetivos generales planteados en nuestra investigación, quedando comprendido el tema del derecho de alimentos dentro del ámbito de la **mayor realización material posible**.

De esta manera, podemos delimitar los aspectos que deben satisfacerse de manera indispensable por la pensión de alimentos fijada a favor de un menor de edad, para que pueda entenderse que se ha cumplido

de buena forma con el principio del interés superior del niño. Estos serían, siguiendo lo señalado por el **Artículo 230**, los gastos derivados de la **educación**, de la **crianza** y del **establecimiento** de los hijos. Reiterando lo que indicamos cuándo construíamos nuestro primer criterio objetivo, en primer lugar, tenemos que dentro del concepto de **crianza**, se contienen tres necesidades básicas: **alimentación**, **cuidado (que comprende vestimenta, salud y educación)**. En el caso del **establecimiento**, nos referimos a la **vivienda**. Por tanto, como concluimos en su momento, creemos que existiendo una adecuada preocupación y satisfacción de estos cuatro ámbitos – a saber: alimentación, cuidado, educación y vivienda –, es del todo asequible la mayor realización material del niño y, por ende, la debida protección y el cumplimiento de su supremo interés.

Por su parte, el **Artículo 323**, nos entrega un criterio o parámetro que debe ser tenido en cuenta por el juez al momento de resolver acerca del establecimiento y monto de una pensión de alimentos. En su **inciso 1º**, establece que *“Los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social.”* Esto significa que, dentro de lo posible, en aquellos casos de ruptura del grupo familiar, es preciso tratar de mantener lo más inalterado que se pueda el nivel socioeconómico dentro del cual se desarrollaba el menor de edad, sin perjuicio de tomar en consideración las distintas condiciones que la nueva situación impone. Es por ello que la norma hace énfasis en que la pensión de alimentos que se establezca para subsanar el problema, debe **“habilitar”**, es decir, proveer o dar el capital necesario;<sup>318</sup> para que el alimentado pueda **“subsistir modestamente”**, o sea, mantener la vida con modestia o compostura, conteniendo al menor en los límites de su estado,<sup>319</sup> **“de un modo correspondiente a su posición social”**, esto es, en proporción y satisfaciendo las necesidades derivadas de su categoría o condición dentro de la sociedad.<sup>320</sup> En otras palabras, este criterio faculta al juez para, en principio, **conceder/imponer como pensión alimenticia, nada más ni nada menos de lo que el**

---

<sup>318</sup> Siguiendo las acepciones segunda y cuarta de la palabra “habilitar”, en el Diccionario Real Academia Española de la Lengua, Vigésimo Segunda Edición (2001). Disponible en versión online en <http://www.rae.es/rae.html> (Última visita el 31/12/2013).

<sup>319</sup> Siguiendo respectivamente la segunda acepción de la palabra “subsistir”, la única acepción de la palabra “modestamente” y la primera acepción de la palabra “modestia” contenidas en el Diccionario Real Academia Española de la Lengua, Vigésimo Segunda Edición (2001). Disponible en versión online en <http://www.rae.es/rae.html> (Última visita el 31/12/2013).

<sup>320</sup> Siguiendo respectivamente la primera y tercera acepciones de la palabra “correspondiente”, la tercera acepción de la palabra “posición” y la primera acepción de la palabra “social” contenidas en el Diccionario Real Academia Española de la Lengua, Vigésimo Segunda Edición (2001). Disponible en versión online en <http://www.rae.es/rae.html> (Última visita el 31/12/2013).

menor de edad requería para su manutención, durante la vida en común y antes del quiebre familiar.

Como ya lo mencionáramos en su oportunidad, para el profesor Ramos Pazos, el concepto jurídico de alimentos al que alude el **Artículo 323 del Código Civil**, “*comprende no sólo el sustento (comida), sino también los vestidos, la habitación, la enseñanza básica y media y los costos de aprendizaje de una profesión u oficio...*”<sup>321</sup> Esta norma, también podemos relacionarla con la consagración del principio del interés superior del niño contenida en el **Artículo 222**; como asimismo, con el primer criterio general que hemos planteado, basándonos en la primera parte del **inciso 1º** del citado **Artículo 222**, que trata acerca de “**Procurar la mayor realización espiritual y material posible del niño**”. En lo relativo a nuestro criterio, la relación más evidente se da con el segundo ámbito de éste, ya que los alimentos sostienen y posibilitan la **mayor realización material del niño**, al costear los gastos provenientes de la adquisición de comida (alimentación) y de vestuario; de la utilización de una vivienda (arriendo, gastos comunes, servicios básicos de electricidad, agua potable, alcantarillado, gas); de la educación básica y media de los menores; de las prestaciones de salud y protección social; entre otras. Sin embargo, si los padres satisfacen y promueven la satisfacción de la necesaria educación de sus hijos, de una manera adecuada e integral, también estarán procurando una **mayor realización espiritual** a los menores, especialmente en el área intelectual de ésta.

Cabe hacer presente que, tanto en el **inciso 2º** del **Artículo 323** (a propósito de la obligación de entregar al menor la enseñanza básica y media), como en el **inciso 2º** del **Artículo 332 del Código Civil** (referido al momento hasta el cuál se devengarán los alimentos), se indica como límite de edad los 21 años, disposición que no coincide con toda la otra legislación actual aplicable a los niños, niñas y adolescentes, que establece la minoría de edad hasta los 18 años. Tenemos que la **Ley N° 19.221**, promulgada el 18 de Mayo de 1993, que estableció la mayoría de edad a los 18 años y modificó diversos cuerpos legales, entre los que se encontraba el propio Código Civil, no entrega una explicación sobre la mantención de la edad de 21 años, en el caso del derecho de alimentos. Sin perjuicio de esto, es posible encontrar una justificación a

---

<sup>321</sup> RAMOS PAZOS, René, op. cit. (142), p. 525.

la permanencia del límite de los 21 años, en la misma situación que justifica la extensión de la edad para ser beneficiario de alimentos a los 28 años: el hecho de que el alimentario, se encuentre estudiando una profesión u oficio, y requiera de recursos económicos para ello.

Un tercer elemento, y que complementa al establecido en el **Artículo 323**, lo encontramos en el **Artículo 330 del Código Civil**, que indica *“Los alimentos no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social.”* Esto significa que será indispensable, además de ética y legalmente justificado, establecer (por mutuo acuerdo entre las partes o por vía judicial) una pensión de alimentos, sólo en aquellas situaciones en las que los recursos de los que pueda disponer quien tiene bajo su cuidado personal al menor de edad, sean insuficientes para cubrir la satisfacción de sus necesidades básicas, en relación con las condiciones socioeconómicas dentro de las cuáles el niño, niña o adolescente ha crecido.

Por su parte, en la **Ley N° 14.908 sobre Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias**, es posible hallar algunas normas que pueden ser consideradas como criterios o elementos a los que debe atender el juez al momento de resolver, que tienen por finalidad última proteger el interés superior del niño, niña o adolescente en cuyo beneficio se busque fijar una pensión alimenticia. Un primer elemento está consignado en el **inciso 1° del Artículo 3** de la citada Ley, que señala *“Para los efectos de decretar los alimentos cuando un menor los solicitare de su padre o madre, se presumirá que el alimentante tiene los medios para otorgarlos.”* Esto implica que, desde un principio, el juez estará facultado para establecer una pensión de alimentos, partiendo de la base que el obligado-alimentante posee o debe poseer los recursos y/o los bienes para cumplirla; habida cuenta de ser dichos recursos, parte importante de los medios para lograr la mayor realización espiritual y material posible del niño. Este elemento se ve refrendado por lo dispuesto en el **inciso 2°** del mismo artículo, que establece un mecanismo para asegurar la entrega de un mínimo de recursos al menor beneficiario de la pensión alimenticia y, de esta manera, proteger el supremo interés y lograr el mayor bienestar del niño: *“...el monto mínimo de la pensión alimenticia que se decrete a favor de un menor alimentario no podrá ser inferior al cuarenta por ciento del ingreso mínimo remuneracional que corresponda según la edad del alimentante. Tratándose de dos o más menores, dicho monto no podrá ser inferior al 30% por cada uno de ellos.”* Un tercer

componente dentro de este sistema, está constituido por el **inciso 1º** del **Artículo 7** de la Ley, que busca garantizar el pago de la pensión alimenticia por parte del obligado, estableciendo que “...[e]l tribunal no podrá fijar como monto de la pensión una suma o porcentaje que exceda del cincuenta por ciento de las rentas del alimentante.”

Por último, el **inciso 3º** del mismo **Artículo 7º** de la **Ley N° 14.908**, como una forma de conservar la **real utilidad de la pensión alimenticia** para la subsistencia de los hijos, dispone que, en aquellos casos en que ésta “...no se fije en un porcentaje de los ingresos del alimentante, ni en ingresos mínimos, ni en otros valores reajustables, sino en una suma determinada, ésta se reajustará semestralmente de acuerdo al alza que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor...”. Junto con ello, reafirmando el concepto de utilidad, tenemos que el **inciso 1º** del **Artículo 9** de la Ley, de una manera indirecta, deja en claro algunos de los aspectos que deben ser satisfechos preferentemente con los recursos otorgados mediante la pensión de alimentos, al indicar que “...El juez podrá decretar o aprobar que se imputen al pago de la pensión, parcial o totalmente, los gastos útiles o extraordinarios que efectúe el alimentante **para satisfacer necesidades permanentes de educación, salud o vivienda del alimentario.**”<sup>322</sup>

Para finalizar, podemos entender la relevancia que tiene la pensión de alimentos y su cumplimiento en tiempo y forma, en la satisfacción de aquellas necesidades que permitan a los niños, niñas y adolescentes, lograr su mayor realización espiritual y material; al constatar los mecanismos que dispone la **Ley N° 14.908** para dar seguridad respecto del pago de la obligación alimenticia, los que vienen a ser manifestaciones legales del resguardo del principio del interés superior del menor. Así tenemos, por ejemplo, lo dispuesto en el **inciso final** del **Artículo 3º**, que faculta al alimentario a demandar a los abuelos, cuándo los “...alimentos decretados no fueren pagados o no fueren suficientes para solventar [sus] necesidades...”. La misma idea subyace en la regulación que hace el **Artículo 4º** del establecimiento por vía judicial, de “**alimentos provisorios**”, con el sólo merito de los antecedentes y documentos acompañados en la demanda que los solicita. Otro mecanismo de protección, que busca evitar la distorsión fraudulenta de los antecedentes económicos del obligado, lo encontramos en el **inciso final** del **Artículo 5º**, que consagra la acción

<sup>322</sup> La parte destacada, hecha por el suscrito.

revocatoria en contra de los “...actos celebrados por el alimentante con terceros de mala fe, con la finalidad de reducir su patrimonio en perjuicio del alimentario, así como los actos simulados o aparentes ejecutados con el propósito de perjudicar al alimentario...”. También opera como mecanismo de protección, cuando el alimentante tiene la calidad de trabajador dependiente, el pago de la pensión alimenticia mediante retención de la parte respectiva de sus remuneraciones por parte del empleador, según lo regula el **Artículo 8º**. Por último, tenemos todas las medidas para caucionar el pago (**Art. 10**), como también de apremio en caso de incumplimiento del pago de los alimentos por parte del obligado, establecidas en los **Artículos 8 inc. final, 14, 15 y 16** de la Ley.

## **Conclusiones.**

Se ha dedicado esta investigación a un estudio integral de la noción del interés superior del niño, con el propósito de lograr una perspectiva lo más completa posible, para dar una respuesta valedera a nuestra interrogante, y comprobar de buena manera la hipótesis planteada. En pos de este fin, el trabajo ha comenzado en su Capítulo Primero con una visión histórico-sociológica de la situación de los niños, niñas y adolescentes, y la evolución de su posición en la sociedad, que nos permitió develar, de alguna manera, el surgimiento de dicho interés como principio general del Derecho. Luego de ello, en el Capítulo Segundo, se ha analizado al interés superior del niño como principio jurídico, mostrando sus funciones y características esenciales; destacando el carácter de concepto jurídico indeterminado que lo identifica, y por el cual aparece la problemática de su indefinición, con las consecuencias que esta falta de claridad acarrea. Enseguida, se examinan las distintas técnicas legislativas y los métodos doctrinarios existentes en el Derecho, para la determinación del interés superior del niño. Finalizamos esta parte, dando a conocer algunas definiciones del interés superior del menor que existen en el ámbito de la doctrina foránea como nacional.

Con todo ese conjunto de conocimientos, se aborda, en el Tercer Capítulo las tareas de, por un lado, comprobar la existencia dentro del Derecho chileno, en los diversos cuerpos legales que contienen normas aplicables o relacionadas con el Derecho de la Familia, de ciertos criterios o elementos objetivos que permitieran arrojar luces acerca del contenido del principio del interés superior del niño y, una vez encontrados estos criterios, conferirles a cada uno de éstos un contenido jurídico, ético y científico sustancioso y organizarlos sistemáticamente, para que puedan ser utilizados por las personas encargadas de aplicar las normas relativas a la protección del supremo interés de los menores de edad (padres, jueces, funcionarios públicos), al momento de tomar una decisión que afecte a algún niño, niña o adolescente, como instrumentos para determinar el significado que debe poseer el principio, circunscribiendo la extensión del estudio a aquellas materias derivadas del quiebre familiar (cuidado personal, relación directa y regular, derecho de alimentos).

Tengo el convencimiento, primero, de la total comprobación de la hipótesis central planteada; como asimismo, de haber dado respuesta a todas las interrogantes anexas a ésta. Incluso, por la dinámica que la misma realidad impuso a la investigación, se ha terminado logrando un objetivo mucho más amplio que el propuesto al momento de iniciar este desafío, de acuerdo a lo que esbozaremos en esta parte final. A continuación, las conclusiones definitivas que han resultado, tras el período de estudio, apropiación, reflexión y trabajo con los materiales investigativos.

**I. ¿Existen criterios o elementos en nuestra legislación, que permitan determinar o delimitar el contenido del principio del interés superior del niño?**

Esta inquietud surge por el carácter de concepto jurídico indeterminado que posee el interés superior del niño; noción “standard” o “válvula” que, al no tener un contenido cierto, propicia que su interpretación y su compleción queden entregadas al arbitrio o libre albedrío del juzgador, y – como lo indicáramos en el Capítulo Segundo –, sujetas “... a sus consideraciones valorativas y opinión personal...”,<sup>323</sup> pesando sobremanera las propias ideas y creencias del juez de turno, lo que provoca inseguridad jurídica y confiere a la decisión última que se adopte un cariz de imprevisibilidad.

Terminada nuestra investigación, sistematizado el material y redactada la memoria, **la respuesta a la pregunta que hemos hecho y, por tanto, a la hipótesis central de trabajo, es totalmente afirmativa.**

Ahora bien, la manera en cómo se responde a este problema, puede ser presentada según los dos distintos momentos que marcaron el estudio del asunto, escindidos por las importantes modificaciones y novedades que implica para nuestro Derecho la promulgación de la **Ley N° 20.680**. De este modo, hasta antes de la dictación de la **Ley N° 20.680**, debido a que la regulación del principio del interés superior del niño estaba fundada en la técnica legislativa de la cláusula genérica, haciendo una mera mención del principio pero sin fijar sus límites; el fin de la investigación era comprobar la existencia, en el ordenamiento jurídico chileno, de ciertos criterios o elementos de carácter general y objetivo que

<sup>323</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit. (41), p. 103.

sirvieran al juzgador, para dar sentido y determinar el contenido del principio. Dichos criterios los encontramos, en primer lugar, consagrados en la Convención de Derechos del Niño, como también en distintas normas de nuestro Código Civil, complementados y reafirmados por algunos artículos pertenecientes a leyes especiales. La propuesta definitiva que se formula contempla cuatro criterios, debidamente tratados y con un contenido fundamentado en su dimensión jurídica, psicológica y social, revestidos de las características de generalidad y objetividad, que los harían aplicables a todo tipo de materias en las cuales se vea involucrado y/o afectado el interés superior de los menores de edad.

El segundo momento se presenta después de la entrada en vigencia de la **Ley N° 20.680**, puesto que, con su promulgación, se incorporan al Código Civil Chileno dos nuevos artículos que contienen, cada uno, un catálogo de criterios objetivos específicos, para la determinación y ejercicio de los regímenes de cuidado personal y de relación directa y regular. En este caso, la existencia de los criterios es clara, dada la explícita lista de éstos que ambas normas establecen, tanto el **Artículo 225-2** para el cuidado personal, como el **Artículo 229 inciso 3°** para la relación directa y regular. En razón de esta situación, tomando en cuenta que verificar la presencia de dichos criterios se hizo innecesario, sumado al hecho que la novedad de estas disposiciones legales implicará que el sentido y extensión de los criterios fijados por ellas no estarán del todo claros; se ha intentado definir el contenido de cada criterio, basándonos en la realidad jurídica, jurisprudencial, doctrinal y práctica que muchos de ellos presentan, en aquellos países cuyos cuerpos legales han servido de directa inspiración a nuestra nueva Ley.

## II. ¿Cuáles son los criterios objetivos generales, encontrados en el ordenamiento jurídico chileno?

Como se adelantara en el primer punto de estas conclusiones, producto de la investigación, se han descubierto y se proponen cuatro criterios objetivos generales, cada uno con un sentido propio, y con su contenido respectivo bien definido. Estos criterios son los siguientes; a saber:

- 1) **Primer criterio objetivo general: Procurar la mayor realización espiritual y material posible del niño.** Este criterio se encuentra expresado en la norma central que tiene nuestro Código Civil en relación con el interés superior del niño, como lo es el **Artículo 222 inciso 1°**. La citada norma, junto con consagrar el principio, en su primera parte, establece tanto un marco de acción, al señalar los

ámbitos (dimensión espiritual y dimensión material) de los hay que preocuparse respecto de los menores de edad; además del fin que debe intentar conseguirse en dichos ámbitos (mayor realización posible). En el caso de la *mayor realización espiritual*, estaría conformada por tres facetas que deben ser satisfechas: el aspecto psíquico, el aspecto emocional o afectivo, y el aspecto intelectual. Por su lado, la *mayor realización material*, comprende la satisfacción de las necesidades de alimentación, vestuario, cuidado (salud, beneficios sociales), educación y vivienda.

- 2) **Segundo criterio objetivo general: Guiar el ejercicio de los derechos esenciales o fundamentales del niño, de acuerdo a sus facultades.** Este segundo criterio, también se halla en el inciso 1º del **Artículo 222** de nuestro **Código Civil**, en su segunda parte. Se refiere este precepto al deber que tienen los progenitores en la *dirección, orientación y gobierno* de los niños, niñas y adolescentes, en el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos para ellos, tanto a nivel supralegal e internacional (Convención sobre Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros), como en el ordenamiento jurídico chileno, ya sea a nivel constitucional o de las diversas leyes que regulan materias relacionadas con la infancia y adolescencia. Este criterio permite definir el contenido del interés superior del niño, al entregar una pauta clara acerca de las acciones concretas que deben llevar a cabo los padres, miembros de la familia o personas que tengan legalmente el cuidado de los niños, para entender que se está velando adecuadamente por su interés superior.
- 3) **Tercer criterio objetivo general: Exclusión de toda forma de abuso, de maltrato físico o psicológico y de cualquier otro tipo de menoscabo en la salud o en el desarrollo personal de los niños.** Si bien los buenos tratos a los niños, niñas y adolescentes son indispensables para que éstos puedan lograr su mayor realización espiritual y material, por lo cual, podríamos entenderlo comprendido en el primer criterio objetivo general elaborado; se ha decidido proponer un criterio especial referido a la exclusión de todo tipo de abuso y/o maltrato ejercido en contra de los menores de edad, habida cuenta de la existencia de normas especiales que regulan esta materia, tanto en la **Convención de Derechos del Niño (Art. 19 N° 1)**, en nuestro **Código Civil (Art. 234)**, como en leyes especiales (**Art. 5 Ley N°**

**20.066, Art. 62 Ley N° 16.618).** Este criterio presenta dos facetas que deben ser tomadas en consideración por el juez; a saber: primero, verificar que los padres, familiares o personas encargadas del cuidado de los niños, niñas y adolescentes no hayan transgredido la prohibición absoluta de ejercer cualquier forma de maltrato en contra de los menores de edad; en segundo término, deberán examinar si ante la ocurrencia del maltrato infantil, los padres han cumplido con las obligaciones de prevención, solución, reparación y denuncia.

4) **Cuarto criterio objetivo general: Oír al niño y tener debidamente en cuenta su opinión, en función de su edad y madurez.** Este cuarto criterio, también otorga la posibilidad de dar un contenido cierto al interés superior del niño, puesto que, según lo señala Rivero Hernández, se recurre “...al propio menor, a su opinión, voluntad, sensibilidad y demás, en la búsqueda y determinación de su mejor interés, para lo que puede aportar datos de especial relevancia subjetiva y objetiva.”<sup>324</sup> El derecho del niño a ser oído y a que se tenga en cuenta su opinión, es uno de los pilares fundamentales del nuevo régimen impuesto por la Convención de Derechos del Niño, que considera a los menores de edad como sujetos de derechos. Este criterio, lo encontramos en consagrado expresamente en la misma Convención (**Art. 12 N° 1 y 2**), en nuestro **Código Civil (Art. 227 inc. 1°, Art. 242 inc. 2°)**, y en leyes especiales (**Art. 85 inc. 2° Ley N° 19.947, Art. 16 inc. 2° Ley N° 19.968**). En cuanto al sentido mismo del criterio, se debe indicar que no basta con la mera consulta de la opinión del niño en aquellos asuntos que le afecten, sino que exige ofrecer al niño la posibilidad de participar, desde un principio, en la construcción del caso, siendo el menor de edad protagonista de la decisión que se tome, ya se trate de una participación directa de éste, o bien, participe por intermedio de un representante que defienda sus intereses.

Estos cuatro criterios señalados cumplen con las características de objetividad y generalidad necesarias, para constituir los pilares fundamentales y las vigas maestras, en las que se sustente un preciso sistema para la determinación del sentido y la fijación de un contenido cierto al principio del interés superior del

<sup>324</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, op. cit. (41), p.175.

niño, en todas aquellas materias o asuntos que impliquen la protección de dicho interés. Además, servirán de base para la aplicación de los nuevos criterios objetivos específicos, consagrados especialmente en nuestro Código Civil, para la determinación y ejercicio de los regímenes de cuidado personal y relación directa y regular, como también para la correcta implementación de los elementos a ponderar para la determinación y cumplimiento del derecho a pensión alimenticia.

### **III. ¿Cuáles son los criterios objetivos específicos, existentes en el ordenamiento jurídico chileno?**

En las tres materias a las que circunscribimos la investigación (cuidado personal, relación directa y regular, derecho de alimentos), todas derivadas de las situaciones de quiebre del grupo familiar; podemos encontrar, en la actualidad, criterios o elementos de carácter objetivo, que tienen por finalidad permitir una definición del contenido del interés superior del niño. Cada uno de los criterios ha sido tratado de forma minuciosa en su momento, por lo que nos limitaremos a enumerarlos, según la materia que regulan. De esta manera, tenemos; a saber:

#### **1) Criterios objetivos específicos para la determinación del principio del interés superior del**

**niño en materia de cuidado personal:** Establecidos de forma expresa en el **Artículo 225-2 del Código Civil**. La mayoría de estos criterios han sido tomados del Derecho comparado, siendo la fuente de inspiración más evidente el Artículo 233-11 del Código Civil catalán. Deben considerarse y ponderarse conjuntamente, siendo los siguientes:

- a) *La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.*
- b) *La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.*
- c) *La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.*
- d) *La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.*

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

f) *La opinión expresada por el hijo.*

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

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

i) *El domicilio de los padres.*

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

## 2) **Criterios objetivos específicos para la determinación del principio del interés superior del**

**niño en materia de relación directa y regular:** Establecidos de forma expresa, en el **Artículo 229 inciso 3° del Código Civil**. Esta disposición legal vendría a ser una innovación, puesto que en el Derecho comparado, salvo la Children Act inglesa, no existen normas que establezcan criterios para la implementación del régimen comunicacional entre los hijos con el progenitor que no viva con ellos. Si bien el artículo enumera cuatro criterios, en el cuerpo de la norma se pueden hallar mencionados otros tres; completando un total de siete criterios, que son; a saber:

- **Criterios mencionados:**

i. *El interés superior del niño,*

ii. *Su derecho a ser oído, y*

iii. *La evolución de sus facultades.*

- **Criterios enumerados (que deben ser considerados especialmente):**

a) *La edad del hijo.*

b) *La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos.*

c) *El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado.*

d) *Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.*

### 3) **Criterios objetivos específicos para la determinación del principio del interés superior del**

**niño en materia de alimentos.** Hay que indicar que, en esta materia, más que criterios sistematizados, como sucede en el caso del cuidado personal y la relación directa y regular, lo que podemos encontrar son ciertos elementos que sirven de ayuda para la mejor aplicación y protección del principio del interés superior del niño en materia de derecho de alimentos.

Lo más cercano a un criterio de carácter objetivo, se puede hallar en el **Artículo 230 del Código Civil**, donde se establece que “...*Los gastos de educación, crianza y establecimiento de los hijos son de cargo de la sociedad conyugal...*”, y en caso de no haber sociedad conyugal, “...*los padres contribuirán en proporción a sus respectivas facultades económicas.*” Por tanto, tenemos que esta norma delimita los aspectos que deben satisfacerse con la pensión alimenticia, para entender cumplido el interés superior del niño.

Un segundo elemento está presente en el **Artículo 323 inciso 1º** del mismo Código, que establece un parámetro para considerar al momento de determinar la procedencia y monto de una pensión de alimento, al señalar que “*Los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social.*” Esto significa que el juez está facultado para **conceder/imponer, como pensión alimenticia, nada más ni nada menos de lo que el menor de edad requería para su manutención, durante la vida en común y antes del quiebre familiar.**

Un tercer elemento, que complementa el anterior, lo encontramos en el **Artículo 330 del Código Civil**, el cual indica que “*Los alimentos no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social.*” Esto implica que sólo deberá determinarse una pensión de alimentos, en aquellos casos en que los recursos de que dispone el cuidador del menor de edad sean insuficientes para satisfacer sus necesidades básicas.

Finalmente, en la **Ley N° 14.908**, sobre Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, es posible hallar diversas normas que tienen por finalidad proteger el interés superior del niño. De esta manera, tenemos elementos que tratan de asegurar un mínimo de recursos en beneficio del niño (**Art. 3 inc. 1º y 2º, Art. 7 inc. 1º**); otros que establecen mecanismos para conservar la real utilidad

de la pensión de alimentos (**Art. 7 inc. 3º, Art. 9 inc. 1º**); como también, mecanismos para garantizar su pago y que éste se haga en tiempo y forma (**Art. 3 inc. final, Art. 4, Art. 5 inc. final, Art. 8, Art. 10**); además de las sanciones y apremios en caso de incumplimiento (**Art. 8 inc. final, Arts. 14, 15 y 16**).

**IV. ¿Es posible elaborar un modelo o sistema para la determinación del sentido y contenido del principio del interés superior del niño, basado en los criterios objetivos generales y particulares encontrados en el ordenamiento jurídico chileno?**

Sin ninguna duda, de la investigación y análisis realizado, es posible concluir que es totalmente viable la proposición de un sistema que, por sobre todo, pueda ser utilizado por los jueces como instrumento para la determinación del interés superior del niño.

El sistema que se propone toma como base de sustentación del mismo, los cuatro criterios objetivos generales propuestos, los que por su amplitud e importancia, siempre y sin excepción, deben ser considerados al momento de tomar alguna decisión que afecte a los menores de edad. Estos cuatro criterios abarcan aspectos esenciales para el adecuado desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, como lo son su mayor realización espiritual y material; la dirección de los padres en el ejercicio de los derechos fundamentales de sus hijos; la prohibición de todo tipo de abuso o maltrato ejercido contra los menores; y el respeto al derecho del niño a ser oído y a tener debidamente en cuenta su opinión, según su edad y madurez. Por lo tanto, los cuatro criterios, por sí solos, delimitan el contenido del interés superior del niño y permiten entregarle un sentido cierto al principio.

Sin perjuicio de lo indicado, por una cuestión de especialidad, en cada caso concreto que requiera de la indispensable definición del sentido del supremo interés del niño, se debe partir, primero, con el empleo de los criterios objetivos específicos aplicables a la materia o asunto sometido a la decisión del tribunal, sea que se trate de fijar el régimen de cuidado personal, el régimen de relación directa y regular o la pensión de alimentos.

Luego de un examen acabado de cada uno de los elementos exigidos por las normas pertinentes, debe comprobarse si los resultados del análisis hecho en base a los criterios objetivos específicos, concuerdan con los parámetros entregados por los cuatro criterios objetivos generales. Esta correspondencia podrá verificarse de manera fácil, debido a que muchos criterios objetivos específicos vienen a ser manifestaciones de los criterios objetivos generales, guardando una estrecha vinculación entre ellos. Ejemplo de esta situación, lo encontramos en la conexión existente entre el criterio de la mayor realización material con los elementos que regulan la determinación de la pensión alimenticia. Lo mismo ocurre entre el criterio objetivo general de oír al niño y tener debidamente en cuenta su opinión, y su regulación expresa como criterio objetivo específico, tanto para el cuidado personal, en el **Artículo 225-2 del Código Civil**; como para la relación directa y regular, en el **Artículo 229 inciso 3º** del mismo Código.

Procediéndose de este modo, aplicando un método inductivo, se partirá desde lo más particular (criterios objetivos específicos, según la materia); pasando por lo más general (criterios objetivos generales); hasta llegar, en definitiva, a lo más universal (noción de interés superior del niño).

De esta manera, se podrá tener certeza de, por una parte, haber analizado y ponderado todos los antecedentes fácticos, los fundamentos jurídicos, además de los componentes éticos, necesarios para tomar una decisión debidamente fundada, que tenga al interés superior del niño como centro de gravedad. Por otro lado, se logra evitar la incertidumbre que genera el hecho de quedar entregada la determinación del interés superior del niño al arbitrio del juzgador de turno, dependiente de las creencias y jerarquización de valores que tenga éste; al existir criterios fijos a los cuáles debe ajustar su labor interpretativa y jurisdiccional. Finalmente, la utilización acertada de dichos criterios permitirá definir – ojalá con muy poco margen de error – el sentido que debe guardar el principio del interés del niño, y los elementos que lo componen, para cada caso concreto.

En definitiva, el desafío asumido al abordar esta investigación se puede entender cumplido de forma completa e, inclusive, excediendo los fines propuestos en un comienzo. En primer lugar, se ha podido comprobar la existencia de cuatro criterios objetivos generales, dándole a cada uno un contenido propio, basándose tanto en nuestro propio ordenamiento jurídico como en el Derecho comparado, además de integrar conocimientos tomados de la psicología, de la sociología, de la educación. En segundo término, ante la incorporación expresa, en nuestro Código Civil, de criterios objetivos específicos para las materias de cuidado personal y relación directa y regular, el trabajo se tradujo en clarificar el sentido y contenido de cada uno de estos criterios; además de proponer algunos elementos específicos para el derecho de alimentos. Por último, aunando ambas categorías de criterios, se ha intentado proponer un sistema organizado de criterios, que sirva para una mejor aplicación y determinación del principio del interés superior del niño.

El desafío de tomar este trabajo y materializar, en la práctica, las conclusiones a las que se pudo llegar, para verificar su verdadera utilidad, ahora queda en manos de los receptores de esta Memoria.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **I. DOCTRINA.**

#### **1) LIBROS:**

**ALÁEZ CORRAL, Benito**, *“Minoría de edad y Derechos Fundamentales”* (Madrid, 2003), Editorial Tecnos, Colección Temas Claves de la Constitución Española. Versión online en <http://www.unioviado.es/constitucional/miemb/alaez/menor.pdf> (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013).

**BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu**, *“Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”* (Santiago, 2006), Editorial Lexis Nexis.

**BAVESTRELLO B., Irma**, *“Derecho de Menores”*, Santiago de Chile, Editorial Lexis Nexis, 2ª Edición (2003).

**DURKHEIM, Émile**, *“La Educación Moral”* (Madrid, 2002), Ediciones Morata.

**DWORKIN, Ronald**, *“Los derechos en serio”*, (1977, trad. cast. Barcelona, 1984, 7ª reimp. 2009), Editorial Ariel.

**GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás R.**, *“Curso de Derecho Administrativo”* (11ª Ed., 2002).

**GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa**, en *“Derecho Constitucional de Familia”* (Buenos Aires), Ed. Ediar S.A., Primera ed. 2006.

**GÓMEZ DE LA TORRE V., Maricruz**, *“El sistema filiativo chileno”* (Santiago de Chile, 2007), Editorial Jurídica de Chile.

**HART, Herbert**, en *“El concepto de Derecho”* (1961, trad. cast. Buenos Aires, 1963), Abeledo-Perrot S.A. E.e I.

**Instituto Interamericano del Niño, Organismo Especializado de la O.E.A. en su “Vocabulario Multilingüe, Polivalente y Razonado de la Terminología Usual en la Protección a la Infancia”** (IIN-OEA), Montevideo, Uruguay 1972.

**LANSDOWN, Gerison**, *“La Evolución de las Facultades del Niño”* (2005), Fondo de las Naciones Unidas Para la Infancia (UNICEF). Disponible en versión digital en <http://www.unicef.org/lac/evolving-spa.pdf> (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

**LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel**, *“Los menores en el Derecho Español”*, Edit. Tecnos, Madrid, 2002.

**PLATT, Anthony M.**, *“Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia”* (1969, trad. cast. 1982) Quinta Edición, Año 2006, Siglo XXI Editores.

POUSSON, Jacqueline, *“L’affection et le droit”* (París, 1990), Ed. Du CNRS.

RAMOS PAZOS, René, *“Derecho de Familia”* (Santiago, 7ª Edición, 2010), Editorial Jurídica de Chile, Tomo II.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *“El interés del menor”* (Madrid, 2007), Editorial Dykinson.

SCHULTZ, Duane P., en *“Teorías de la personalidad”* (9ª Edición, 2009), Cengage Learning Editores.

SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *“Introducción al Derecho”* (Santiago de Chile, 2000), Editorial Jurídica de Chile.

Varios Autores, *“Derecho a la Alimentación y Soberanía Alimentaria”* (Córdoba, España, 2008), CEHAP: Cátedra de Estudios sobre Hambre y Pobreza (Editor), Servicio Publicaciones de la Universidad de Córdoba.

## 2) ARTÍCULOS DE REVISTAS.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo; *“El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*; Revista Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 6, N° 1, 2008, pp. 223-247.

AMERICAN LAW INSTITUTE, *“Principles of Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations”* (2001), Duke Journal of Gender Law & Policy, Vol. 8:1, Año 2001, pp. 1-84. Se trata de una versión anterior a la publicación definitiva hecha por el ALI, que se encuentra disponible en versión digital en la siguiente dirección: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=djglp> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013)

BAEZA CONCHA, Gloria, *“El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”* (2001), en Revista Chilena de Derecho, Vol. 28 N° 2, Sección Estudios, pp. 355-363.

BARÓN, María José – APOCADA URQUIJO, Pedro – ETXEBARRÍA BILBAO, Itziar – FUENTES REBOLLO, María Jesús – LÓPEZ SÁNCHEZ, Félix, *“Predictores familiares de la internalización moral de la infancia”* (Oviedo, 2008), Revista Psicothema, Vol. 20, N° 4, pp. 712-717. Versión online en <http://www.psicothema.com/pdf/3545.pdf> (Sitio web visitado por última vez el 28/12/2013)

BELOFF, Mary, *“Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”*, en Revista Justicia y Derechos del Niño, Santiago de Chile, Número 1, Noviembre 1999, pp. 9-21. Disponible en su versión online en

[http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf](http://www.unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

**BERKOWITZ, Marvin W.**, *“Educar la persona moral en su totalidad”* (Madrid, 1995), en Revista Iberoamericana de Educación, N° 8, Mayo – Agosto 1995, pp. 71 – 84. Versión online en <http://www.rieoei.org/oeivirt/rie08a03.pdf> (Sitio web visitado por última vez el 28/12/2013)

**CANTÓN DUARTE, José – CORTÉS ARBOLEDA, María del Rosario – JUSTICIA DÍAZ, María Dolores**, *“Las consecuencias del divorcio en los hijos”* (Madrid, 2002), Revista de Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Vol. 2, N°3, 2002, pp. 47-66. Versión digital para descarga en <http://www.masterforense.com/pdf/2002/2002art18.pdf> (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

**CILLERO BRUÑOL, Miguel**, *“El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”*; Revista Justicia y Derechos del Niño, UNICEF, Número 9, Año 2007, Santiago de Chile, pp. 125-142. Disponible en su versión online en [http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/236/justicia%20y\\_derechos\\_9.pdf](http://www.unicef.cl/archivos_documento/236/justicia%20y_derechos_9.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 28/12/2013)

**CORTÉS MORALES, Julio** *“A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: el desafío pendiente”*, en Revista Justicia y Derechos del Niño, UNICEF, Número 9, Año 2007, Santiago de Chile, pp. 143-158. Disponible en su versión online en [http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/236/justicia%20y\\_derechos\\_9.pdf](http://www.unicef.cl/archivos_documento/236/justicia%20y_derechos_9.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 28/12/2013).

**COUSO, Jaime**, *“El niño como sujeto de derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído”* (Santiago de Chile, 2006), Revista de Derechos del Niño, N° 3 y 4, Universidad Diego Portales - UNICEF, p. 145-166. Versión online disponible en [http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/192/revista%20derechos%203\\_4.pdf](http://www.unicef.cl/archivos_documento/192/revista%20derechos%203_4.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

**DAVIS, M. H.**, *“Measuring individual differences in empathy: Evidence for a multidimensional approach”* (1983), en Journal of Personality and Social Psychology, N° 44, pp.113-126

**EEKELAAR, John**, *“The interest of the Child and the Child’s wishes: the role of the dynamic self-determinism”*, International Journal of Law and the Family (Abril, 1994(8)).

**FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo**, *“El pacto de convivencia: una alternativa al pacto del matrimonio”* (Santiago, 2005), en Jornadas de Derecho Civil 2005, Editorial Lexis Nexis, pp. 433-434.

**GARCÍA MÉNDEZ, Emilio**, *“Infancia, Ley y Democracia: Una cuestión de justicia”*, Revista Justicia y Derechos del Niño, Número 1 (1999), pp. 23-44. Disponible en su versión online en [http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf](http://www.unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013)

**GARRIGA GORINA, Margarita**, *“El Criterio de la Continuidad frente a la Guarda Conjunta”* (Barcelona, 2008), Revista InDret N°3, Año 2008. Versión online disponible en <http://www.indret.com/es/index.php> (Sitio web visitado por última vez el 28/12/2013; debe buscarse por el nombre de su autora)

**GATICA, Nora y CHAIMOVIC, Claudia**, *“La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño”* (2002), La Semana Jurídica, 13 al 19 de mayo.

**GROSMAN, Cecilia P.**, *“El interés superior del niño”* en Varios Autores, *Los derechos del niño en la familia. Discurso y Realidad* (Buenos Aires, 1998), Editorial Universidad.

**GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina**, *“Criterios de Atribución de la Custodia Compartida”* (Barcelona, 2010), Revista InDret N°3, Año 2010. Versión online disponible en <http://www.indret.com/es/index.php> (Sitio web visitado por última vez el 28/12/2013; debe buscarse por el nombre de su autora)

**ISLER SOTO, Erika**, *“Los principios en la Ley 19.947: Análisis y desarrollo”* (Santiago, 2009), Revista “Ars Boni et Aequi”, Universidad Bernardo O’Higgins, pp. 83-116.

**LATHROP GÓMEZ; Fabiola**, *“Conflictos de intereses entre progenitores e hijos”* (Santiago de Chile, 2007), en Gaceta Jurídica, N° 330, Diciembre 2007, pp. 7-25.

**LOVERA PARMO, Domingo A.**, *“Libertad de expresión e interés superior del niño, a propósito de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 6 de Marzo de 2009 y Corte Suprema de 23 de Abril de 2009”* (Santiago de Chile, 2009), en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 12, Julio 2009, pp. 215-225. Versión online disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n12/art07.pdf> (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

**MASON, Mary Ann**, *“¿Una voz para el niño?”* (New York, 1999, trad. castellano Santiago de Chile, 2003), en Revista de Derechos del Niño N°2, Universidad Diego Portales y UNICEF, Enero 2003, pp. 115-137. Versión online disponible en [http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/92/Derechos2.pdf](http://www.unicef.cl/archivos_documento/92/Derechos2.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

**MILLÁN, Patricio y VILLAVICENCIO, Jaime**, *“La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección”* (Santiago de Chile, 2002), en Revista de Derechos del Niño, Universidad Diego Portales - UNICEF, N° 1, Octubre 2002, pp. 41-91. Versión online disponible en [http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/10/RevistaDerechos1.pdf](http://www.unicef.cl/archivos_documento/10/RevistaDerechos1.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

**OPAZO GONZÁLEZ, Mario**, *“El principio del interés superior del menor en el derecho chileno”*, en Revista Entheos, Universidad de Las Américas, Volumen Único, Año 3 (2005), pp. 22.

**ORTEGA GUERRERO, Irene**, *“El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea”*, en Revista de Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Volumen 2, N° 3, pp. 87-108. Versión digital para descarga en <http://www.masterforense.com/pdf/2002/2002art18.pdf> (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

**PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C.**, *“Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”* (Santiago de Chile, 2007), en Revista Justicia y Derechos del Niño, UNICEF, Número 9, Agosto 2007, pp. 251-277. Versión online disponible en [http://www.unicef.cl/archivos\\_documento/236/justicia%20y\\_derechos\\_9.pdf](http://www.unicef.cl/archivos_documento/236/justicia%20y_derechos_9.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

**PUIG ROVIRA, Josep María**, *“Construcción dialógica de la personalidad moral”* (Madrid, 1995), en Revista Iberoamericana de Educación, N° 8 – Educación y Democracia (y 2), Mayo – Agosto 1995, pp. 103-120. Versión online en <http://www.rieoci.org/oeivirt/rie08a04.pdf> (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

**RETUERTO PASTOR, Ángel**, *“Diferencias en empatía en función de las variables de género y edad”* (2004), en Apuntes de Psicología, Vol. 22, N° 3, p. 323-339. Versión online disponible en [http://www.cop.es/delegaci/andocci/files/contenidos/VOL22\\_3\\_3.pdf](http://www.cop.es/delegaci/andocci/files/contenidos/VOL22_3_3.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013).

**SERANI MERLO, Alejandro**, *“Luces y sombras del psiquismo humano: La naturaleza de lo psíquico y el objeto de la psicología”*, en “Persona y Bioética”, Volumen 5, N° 11-12, Año 2000, p. 101-109. Versión online disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/832/83251211.pdf> (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013).

**UNDURRAGA VALDÉS, Verónica**, *“Interés superior del niño/a y Tuición de la madre o padre homosexual”* (2006), en Revista de Derechos del Niño, Universidad Diego Portales y Unicef, Números 3 y 4, Octubre 2006, pp. 317-342. Versión online disponible en [http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos\\_documento/192/revista%20derechos%203\\_4.pdf](http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos_documento/192/revista%20derechos%203_4.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

**VALDIVIA SÁNCHEZ, Carmen**, *“La familia: concepto, cambios y nuevos modelos”*, La Revue du REDIF, 2008, Vol. 1, pp.15-22. Versión disponible en <http://www.upcomillas.es/redif/revista/Deusto.pdf> (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

**VARGAS PAVEZ, Macarena y CORREA CAMUS, Paula**, *“La voz de los niños en la justicia de familia de Chile”* (Talca, 2011), en Revista Ius et Praxis, Año 17, N° 1, 2011, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, pp. 177-204. Versión online disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v17n1/art08.pdf> (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013).

VIÑAS MAESTRE, Dolores; *“Medidas relativas a los menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”* (Barcelona, 2012), en Revista InDret, N°3, Año 2012, . Versión online disponible en <http://www.indret.com/es/index.php> (Sitio web visitado por última vez el 28/12/2013; debe buscarse por el nombre de su autora)

VIVERO POL, José Luis – MONTERROSO, Luis Enrique, *“La Política y el Derecho como instrumentos de lucha contra el hambre. Avances en el derecho a la alimentación en América Latina y el Caribe”* (2008), en Varios Autores, *“Derecho a la Alimentación y Soberanía Alimentaria”* (Córdoba, España, 2008), CEHAP: Cátedra de Estudios sobre Hambre y Pobreza (Editor), Servicio Publicaciones de la Universidad de Córdoba.

VIZCARRA María Beatriz, CORTÉS Julia, BUSTOS Luis, ALARCÓN Marina, MUÑOZ Sergio, *“Maltrato infantil en la ciudad de Temuco. Estudio de prevalencia y factores asociados”* (Santiago de Chile, 2001), en Revista Médica de Chile (online), Volumen 129, Número 12, pp. 1425-1432. Disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872001001200008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872001001200008&script=sci_arttext) (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013).

VYGOTSKI, Lev S., *“Aprendizaje y desarrollo intelectual en la edad escolar”* (1984), en Infancia y Aprendizaje, N° 27/28, pp. 105 – 116.

### 3) DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, *“El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar”* (2006), versión online en <http://www.monografias.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar.shtml> (Sitio web visitado por última vez el 28/12/2013).

CLAVIJO SUNTURA, Harry, *“El interés del menor como concepto jurídico indeterminado y las técnicas de su determinación en situaciones de crisis familiares”* (2001). Versión online en [http://www.porticolegal.com/pa\\_articulo.php?ref=306](http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=306) (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013)

CLAVIJO SUNTURA, Harry, *“El interés del menor en la legislación internacional”*. Versión online en <http://www.monografias.com/trabajos71/interes-menor-legislacion-internacional/interes-menor-legislacion-internacional.shtml> (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013).

FREEDMAN, Diego; *“Funciones normativas del interés superior del niño”* (2005), en Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global “Jura Gentium”, Universidad de Florencia, Italia. Disponible en versión digital en <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm> (Sitio web visitado por última vez el 28/12/2013)

**GÜELL, Pedro E.**, *“Subjetividad social y Desarrollo Humano: desafíos para el nuevo siglo”* (Barcelona, 1998), documento digital en <http://www.desarrollohumano.cl/extencion/barcelona1.pdf> (Sitio web visitado por última vez el 28/12/2013)

**PAPA LEÓN XIII**, *Carta Encíclica “Rerum Novarum”* (1981). Versión online en <http://es.catholic.net/biblioteca/libro.phtml?consecutivo=171&capitulo=1566> (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013).

**PLÁCIDO V., Álex F.**, *“El interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional”*, en Cuadernos Jurisprudenciales, N°62 (Agosto 2006, Lima).

**SARIEGO MORILLO, José Luis**, *¿Cómo articular una custodia compartida?* (Sevilla, 2011). Versión online disponible en [http://www.lexfamily.es/img/0\\_pn1\\_1297625232.pdf](http://www.lexfamily.es/img/0_pn1_1297625232.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013).

**ZERMATTEN, Jean**, *“El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico”*, Año 2003, Institut International des Droits de L'enfant; con su versión en español en [http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3\\_es.pdf](http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013).

## **II. LEGISLACIÓN.**

### **1) Legislación Nacional.**

**Constitución Política de la República de Chile.**

**Código Civil Chileno.**

**Ley N° 19.585, Nueva Ley de Filiación.**

**Ley N° 19.620, Nueva Ley de Adopción.**

**Ley N° 19.711.**

**Ley N° 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil.**

**Ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia y Procedimiento ante dichos Tribunales.**

**Ley N° 20.680, ley que establece Cuidado Personal Compartido.**

**Historia de la Ley N° 20.680.**

## 2) Legislación Internacional (citada).

### a) Inglaterra:

**Children Act 1989**, disponible en versión online en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41>

(Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

### b) Australia:

**Family Law Act 1975**. Versión online y para descargar disponible en <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2013C00053>

### c) Estados Unidos:

**National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Uniform Marriage and Divorce Act**. Disponible en versión digital en <http://www.uniformdivorce.com/UMDA.pdf> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

**U.S. Department of Health and Human Services, Federal Child Abuse Prevention and Treatment Act (CAPTA)**, Año 2010. Versión online disponible en <http://www.acf.hhs.gov/sites/default/files/cb/capta2010.pdf> En español, las definiciones se pueden ver en <http://www.childwelfare.gov/pubs/factsheets/ques.cfm> (Ambos sitios web, visitados por última vez el 29/12/2013)

### d) España:

**Código Civil Español**, disponible en versión digital en <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

**Código Civil de Cataluña**. Versión online disponible en <http://civil.udg.edu/normacivil/cat/CCC/ES/Index.htm> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

### e) ONU:

**Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).**

**Declaración de los Derechos del Niño (1956).**

**Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).**

**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).**

**Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer (1979).**

**Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989).**

**COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO**, Observación General N°12 (2009), “*El derecho del niño a ser escuchado*”, 51º Período de Sesiones, Ginebra 25 de mayo a 12 de junio 2009.

### 3) Legislación Internacional (consultada).

#### a) Canadá.

**Divorce Act**, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.). Versión del 26 de Noviembre del 2013. Disponible online en <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/D-3.4.pdf> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

#### b) Francia.

**Code civil** (Versión al 1 de Septiembre del 2013). Disponible online en <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20131230> (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013).

#### c) Italia.

**Codice Civile Italiano** (1942, ultimo aggiornamento, Marzo 2000). Disponible online en [http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Obiter\\_Dictum/codciv/Codciv.htm](http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm) (Sitio web visitado por última vez el 29/12/2013).

## III. JURISPRUDENCIA.

### 1) Nacional:

CORTE SUPREMA, Recurso de Queja N° 1.193-03 (31/05/2004). Versión disponible en línea en <http://derechofamilia.blogspot.com/2008/03/corte-suprema-31052004.html> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

### 2) Internacional:

CORTE INTERAMERICANA DERECHOS HUMANOS, “*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*” Opinión Consultiva OC-17/02 (28 de agosto de 2002), Serie A N° 17, par. 59, p. 62. Versión online en [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf) (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013)

Audiencia Provincial de Bilbao, de fecha 20 de marzo del 2007 <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&referencie=500046&links=&optimize=20070607&publicinterface=true> (Visitado por última vez el 31/12/2013).

Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de España, Roj: STS 4924/2011. Cuarto fundamento de derecho, p. 5. Versión online disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6073331&links=&optimize=20110805&publicinterface=true> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 8 de Abril del 2008, ROJ SAP B 3851/2011, Primer fundamento de derecho, p. 4. Versión online disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=5997443&links=&optimize=20110609&publicinterface=true> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 8 de Junio del 2000, ROJ SAP B 7493/2000, Primer fundamento de derecho, p. 2. Versión online disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=1859726&links=&optimize=20041125&publicinterface=true> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de fecha 27 de Noviembre del 2007, ROJ SAP GC 2873/2007, Primer fundamento de derecho, p. 2. Versión online disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=217515&links=&optimize=20080228&publicinterface=true> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de fecha 8 de Octubre del 2009, ROJ STS 5969/2009, Quinto fundamento de derecho, p. 6. La parte destacada está hecha por el suscrito. Versión online disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4751616&links=&optimize=20091029&publicinterface=true> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de fecha 29 de Abril del 2013, ROJ STS 2246/2013, Cuarto fundamento de derecho, p. 7. La parte destacada está hecha por el suscrito. Versión online disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6715184/Patria%20potestad%20compartida/20130523> (Sitio web visitado por última vez el 31/12/2013).