



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



DESAPLICACIÓN DE LA LEY EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS.

MEMORISTA:

VANESSA DUTRA VIDAL

PROFESOR GUÍA:

ALEJANDRA ILLANES VALDÉS

VALPARAÍSO-CHILE

2017

*A María Elsa, por su luz y
a Margarita y João, por su amor.*

Índice

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO PRIMERO	7
ESTADO DE LA CUESTIÓN: CONTEXTO, FENÓMENO Y CONCEPTOS CLAVES.	7
I. Desaplicación, fenómeno jurisdiccional.	7
II. El rol de los principios jurídicos.	10
1. El rol de los principios jurídicos en el sistema normativo jurídico.	10
a) Ronald Dworkin.	10
b) Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero.	11
c) Enrique Barros.	12
2. EL rol de los principios en el Derecho de Familia.	13
a) Función de orientación.	13
b) Función interpretativa.	14
c) Función normativa.	15
CAPÍTULO SEGUNDO:	19
PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.	19
I. Consideraciones previas sobre la evolución de los principios en el Derecho de Familia.	19
II. Principio del interés superior del niño.	20
1. Consagración.	20
2. Contenido del principio.	24
3. Funciones del principio.	30
a) Función interpretativa.	30
b) Función de norma de resolución de conflictos.	32
c) Función de orientación.	33
d) Función de norma procedimental.	34
e) Función normativa o derecho sustantivo.	35

CAPÍTULO TERCERO:	37
DESAPLICACIÓN DE LA LEY EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.	37
I. Principio del interés superior del niño desde la perspectiva del juez.	37
II. Desaplicación de normas jurídicas en virtud del principio del interés superior del niño.	39
i. Derecho de identidad.	39
a) Reclamación de paternidad. Sentencia causa rol n° 3784-2013, Corte Suprema.	41
b) Impugnación de paternidad. Sentencia causa rol n°6936- 2014, Corte Suprema.	44
ii. Derechos del hijo en relación con la sanción del artículo 203 del Código Civil.	47
Sanción artículo 203 Código Civil, filiación determinada en oposición. Sentencia causa rol n°1526-2008 Corte Apelaciones de Concepción.	52
iii. Derecho de coparentalidad.	54
a) causa rol n° 22881-2014 de la Corte Suprema, caratulada “Gröpper con Richards”.	56
b) causa rol n°8-2015 de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, caratulada “Zúñiga con Sáez”.	59
CONCLUSIONES	63
BIBLIOGRAFÍA	66

INTRODUCCIÓN

El cambio, la evolución, la transformación, son ideas intrínsecas a la naturaleza humana, representa una necesidad para el ser humano romper con el *estatus quo*. El Derecho, como creación cultural del hombre no está ajeno a ello.

En el Derecho de Familia, este cambio se ha hecho patente, al haber cambiado los principios orientadores. En lo que respecta a los niños, niñas y adolescentes, la transformación se ha hecho más profunda al haber mutado la concepción de éstos, desde simples objetos de protección a sujetos de derechos, merecedores de que la satisfacción de su interés superior sea el eje central de las decisiones que los afecten.

Los primeros cambios se han dado a nivel internacional, plano en el cual se han consagrado un catálogo de derechos y principios orientados al íntegro desarrollo del niño; los cuales han sido incorporados a nuestro derecho nacional, mediante la ratificación de diversos instrumentos internacionales y, también, por medio de reformas legales que pretenden adecuar nuestro sistema jurídico a esta nueva visión del Derecho de Familia e Infancia, considerando esto como una incorporación formal.

Sin embargo, existe una incorporación práctica de estos nuevos principios orientadores, que permiten a los operadores jurídicos interpretar, integrar e incluso utilizarlos como criterio para resolver conflictos, otorgando el dinamismo necesario para que las normas jurídicas armonicen con la realidad, una tan particular como son las relaciones de familia.

Es en este contexto que surge un fenómeno jurisdiccional, dando sus primeras luces en el año 2008, pero consolidándose entre los años 2013 y 2015. Éste se caracteriza porque el juez toma estos principios y los utiliza en desmedro de la norma jurídica que regula la situación de hecho que a su conocimiento se presenta. En particular, y dada su preeminencia, el interés superior del niño es el principio que mayoritariamente se ha utilizado para fundar decisiones al margen del ordenamiento vigente.

En el contexto antes fijado, el objeto de este trabajo será el análisis crítico del fenómeno de desaplicación, suscitado en el Derecho de Familia, desde la perspectiva del principio del interés superior del niño.

Para el objeto antes indicado, en primer término, intentaremos identificar el fenómeno de la desaplicación, además de referirnos al rol de los principios; ambos aspectos serán abordados en el capítulo primero. En segundo lugar, dado el prisma que se utilizará

para observar el fenómeno, cual es el interés superior del niño, estudiaremos su consagración, contenido y funciones; cuestión que será tratada en el capítulo segundo. Finalmente, destinaremos el capítulo tercero a analizar el fenómeno de la desaplicación en supuestos específicos, en medio de un cuestionamiento detallado de los fallos en que aquella se ha materializado.

La metodología de investigación utilizada será mixta. Iniciando con la exposición dogmática del tema para posteriormente decantar en un análisis empírico, desde la perspectiva de la jurisprudencia. En este punto, es necesario asentar que las sentencias en estudio son únicamente de Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema. Esto no quiere decir que en los tribunales de base no existan casos de desaplicación, por el contrario, varias de las sentencias en estudio han confirmado decisiones de los jueces de fondo, sin embargo, se han escogido aquellas de tribunales superiores precisamente por la jerarquía de los mismos y por la condición de revisores o contralores de la corrección en la aplicación del derecho.

La importancia de este estudio es lograr vincular aspectos tan teóricos y abstractos, como lo son los principios jurídicos y, en específico, el interés superior del niño, con la práctica, es decir su aplicación y la forma en cómo el juez lo entiende. Además, reviste importancia en este trabajo el análisis crítico que, al confrontar el deber ser y el ser, nos entregará, posiblemente, algunos esbozos de la causa de este fenómeno.

CAPÍTULO PRIMERO

ESTADO DE LA CUESTIÓN: CONTEXTO, FENÓMENO Y CONCEPTOS CLAVES.

En el contexto del Derecho de Familia, en el último tiempo, indudablemente que han tomado protagonismo los principios inspiradores o rectores de esta rama; llegando en algunos casos a posicionarse por sobre las normas jurídicas pertinentes al caso concreto, desplazándolas en un aparente afán del juez por dar una solución –que a su criterio– sea más concordante con los valores que busca proteger el principio.

El fenómeno descrito resulta particularmente complejo cuando es el tribunal revisor, aquel encargado de corregir los errores y de velar por el correcto empleo de la norma, el que omite la aplicación de la disposición que resultaba decisoria en la situación particular.

No obstante, para llegar al análisis concreto de la desaplicación en esta área del derecho civil, se debe realizar un estudio de ciertos aspectos previos. Esto, porque el objeto de análisis del presente trabajo es complejo, ya que se conforma de conceptos jurídicos cuyo examen, a su vez, no tienen un trato uniforme en la doctrina. Los conceptos claves que se deben dilucidar –al menos someramente– antes de tratar la cuestión de fondo son: en primer lugar, la desaplicación de normas jurídicas y; en segundo lugar, qué rol juegan los principios jurídicos, en general, y en específico en el Derecho de Familia.

I. Desaplicación, fenómeno jurisdiccional.

El juez y la jurisdicción, el sujeto y la función. Dualismo básico y premisa del fenómeno en estudio. Para Marinoni, Pérez y Núñez¹, la jurisdicción es una forma discursiva centrada en la adecuación de las normas a las circunstancias relevantes del caso. En otras palabras, la función del juez es la de subsumir los hechos en la norma correspondiente, para obtener la solución al conflicto jurídico que se le presenta. Sin poder excusarse de resolver, ya que se encuentra vinculado por la norma.

Pero, en esta labor el juez no actúa como una mera máquina; sino que cuenta con todas las herramientas hermenéuticas para adecuar el contenido jurídico a la realidad. Así, ya lo señalaba Javoleno en el libro segundo del Digesto, “a quien se le dio jurisdicción, se

¹MARINONI LÓPEZ, LUÍZ; PÉREZ RAGONE, Álvaro; NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot-Legalpublishing, 2010), p. 41.

considera que se le dieron también aquellas cosas, sin las cuales no pudo ejercer la jurisdicción”².

Como es lógico, la labor del juez depende del legislador que, es quien debe crear la norma jurídica, que posteriormente será aplicada por el juez. Sin embargo, como todo en la naturaleza humana, el legislador tiene limitaciones. No es posible que regule todas las situaciones particulares, aún más, que prevea todos los posibles conflictos.

En los casos en que no existe norma que regule la situación, es el mismo legislador –que reconociendo sus capacidades limitadas– permite al juez resolver conforme al principio de equidad; la que se construye sobre la base de los principios orientadores de cada rama del derecho.

Otra situación, que afecta la labor del juez, es en aquellos casos que la norma jurídica aplicable sea contraria a los derechos fundamentales o a valores constitucionales. En esta situación, el ordenamiento jurídico nacional entrega al juez un mecanismo formal para solucionar el problema, consistente en una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que puede ejercer de oficio. De esta forma, mediante sentencia del Tribunal Constitucional favorable a su pretensión, queda desvinculado de la norma para poder resolver el asunto.

En el Derecho de Familia, se ha producido un cambio en sus principios rectores – como veremos en detalle posteriormente–, lo que ha provocado la necesidad de realizar reformas legislativas para adecuar las instituciones que regulan la familia a estos nuevos principios. Sin embargo, en determinadas situaciones la normativa de esta área del derecho parece discrepar, incluso oponerse, a los principios que deben orientarla.

Es en estos casos que el juez no ha seguido las vías formales para desvincularse de la norma jurídica, que es causa de la discordancia, sino que, ha dejado de aplicar la norma, dando solución al conflicto que se le presenta de acuerdo a los principios orientadores. Esta situación descrita es el fenómeno de desaplicación. Corresponde averiguar entonces qué es, desde el punto de vista técnico, este fenómeno.

En su esencia, la desaplicación consiste en la omisión la norma jurídica que resulta naturalmente aplicable al caso particular, del que conoce el juez. Pero, como hemos señalado, nuestro objeto de estudio tiene la particularidad que esta omisión es realizada en

² DIGESTO libro 2, título 1 parágrafo 2.

razón de un principio jurídico, el interés superior del niño. El fenómeno, sobre la base de las condiciones descritas, no ha sido tratado anteriormente por la doctrina.

Sin embargo, dogmáticamente, la desaplicación ha sido analizada por Núñez Poblete en los siguientes términos “la omisión fundada y legítima del juez de resolver conforme a los criterios indicados en una norma dada”³. Si bien, no describe íntegramente nuestro objeto de estudio, si contempla dos elementos que son útiles para el análisis de detallado del mismo.

Estos elementos son la fundamentación y la legitimidad de la omisión normativa. El autor explica en qué consiste cada uno de estos elementos. En primer lugar, el carácter fundado de la omisión, esto porque no es fruto del arbitrio o ignorancia del juez y, en segundo lugar, el carácter legítimo, esto implica que aun al omitir la norma, el juez se mantiene dentro de la juridicidad⁴.

Como ya hemos señalado, la especial característica de nuestro fenómeno, es sustentar la omisión normativa en razón de un principio jurídico, en específico el interés superior del niño. Característica que lleva a diversas formas de conjugación de los elementos que hemos identificado, es decir la fundamentación y la legitimidad.

En consecuencia, es posible plantear distintas configuraciones de desaplicación, comprendiendo aquellas omisiones legítimas y fundadas de una norma, como también aquellas que no presenten uno o ambos elementos. Precizando en este punto la conjugación o falta de estos elementos. La omisión normativa que es infundada necesariamente será ilegítima, el juez no esgrime argumentos para mantener su razonamiento dentro de los márgenes del ordenamiento jurídico, infringiendo el artículo 170 n° 5 del Código de Procedimiento Civil, disposición que prescribe como requisito de la sentencia definitiva la expresión de los fundamentos en que se sustenta la decisión del juez.

En resumen, las posibles hipótesis de desaplicación serían: a) omisión normativa fundada y legítima, b) omisión normativa fundada e ilegítima, y c) omisión normativa infundada e ilegítima. Todos estos supuestos tienen como consecuencia la afectación de la eficacia de la norma en el caso particular, sin alterar su vigencia en el sistema jurídico en general.

³ NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *Desaplicación e inaplicación jurisdiccional de las leyes en Chile: Ejercicio de la jurisdicción y control concreto de constitucionalidad*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. 2 (2012), p. 194.

⁴ *Ibíd.*

Sobre la base de estas hipótesis, es posible plantear una distinción en cuanto a los efectos del fenómeno. De tal forma que las omisiones legítimas y fundadas, tendrían un efecto lícito en la omisión normativa, por consiguiente, se las puede denominar como desaplicación lícita. En cambio, aquellas en que se ausenta algunos de los dos elementos, teniendo un efecto ilícito, que constituye una infracción al ordenamiento jurídico y, por consiguiente, sería una desaplicación ilícita.

A modo de síntesis, el fenómeno dentro del área del Derecho de Familia que será objeto de observación en el marco de este estudio, consiste en la omisión normativa en razón del principio del interés superior del niño cuya configuración depende de su fundamentación y legitimidad, a partir de lo cual su tipología puede ser lícita o ilícita. En consecuencia, es la determinación de la clase de desaplicación, la que será objeto de nuestro análisis, al particularizar cada caso y contrastar con el principio invocado por el juez con el marco jurídico correspondiente.

II. El rol de los principios jurídicos.

En lo relativo a los principios jurídicos, es de común conocimiento que han tenido gran desarrollo en la teoría y filosofía del Derecho, presentándose, sin embargo, una multiplicidad de posturas, muchas de ellas contrapuestas sobre la conceptualización, el rol y las funciones que cumple esta categoría jurídica, ya sea en el derecho en general, como en el derecho de familia en particular.

1. El rol de los principios jurídicos en el sistema normativo jurídico.

En este punto se tratarán someramente las ideas de los siguientes autores: Ronald Dworkin, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero; Robert Alexy y, finalmente, el profesor Enrique Barros, por estimarse que son demostrativas de las divergencias antes descritas.

a) Ronald Dworkin.

Uno de los autores más influyentes del último tiempo es Ronald Dworkin, quien no solo ofrece una fuerte crítica contra la concepción positivista del derecho, sino que plantea una forma distinta de comprenderlo. En este sentido, expone que el sistema jurídico, estructuralmente hablando, no sólo se compone de reglas, sino también se conforma de principios jurídicos que juegan un rol esencial dentro del mismo.

Dworkin parte de la base de que en los casos difíciles se recurre a determinados estándares, que se diferencian de las reglas en cuanto a su funcionamiento. Éstos serían los

principios, pero a su vez el autor distingue entre principios en sentido genérico, directrices y principios en sentido estricto.

Los principios, en su sentido genérico, comprenden a los otros dos conceptos – directrices y principios sentido estricto–, ya que son toda pauta que no es norma.

En cuanto a la distinción, los principios en sentido de directrices, para Dworkin, son estándares que buscan la realización de un objetivo, que se identifican con objetos políticos o económicos⁵.

Por su parte, los principios en sentido estricto, para el autor, consisten en estándares que han de ser observados porque aparecen como exigencias de justicia, equidad o alguna otra exigencia de moralidad. Cabe destacar que para Dworkin y, a diferencia de la concepción positivista, la moral debe ser incluida en el derecho, ya que obliga al juez a argumentar su interpretación y su decisión.

b) Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero.

Los profesores Manuel Atienza y Ruiz Manero hacen una sistematización importante respecto del difícil problema de los principios jurídicos⁶.

Los autores citados, ofrecen un amplio catálogo de acepciones que se le ha dado al concepto de “principio”, tales como: a) norma de carácter muy general, b) norma redactada en términos particularmente vagos, c) norma programática o directriz, d) norma que expresa valores superiores de un ordenamiento jurídico, sector del mismo o institución, e) norma de elevada jerarquía.

En su obra se tratan múltiples distinciones entre reglas y principios, de las cuales se pueden extraer los siguientes puntos importantes:

En primer lugar, aquellos principios que son pautas para el comportamiento de las personas, guían también la conducta normativa, es decir, la conducta de los órganos que los deben aplicar, o sea los jueces.

En segundo lugar, en cuanto a su formulación, los principios son enunciados que correlacionan casos con soluciones, pero están indeterminados en las propiedades del caso, es decir que, sí configuran el caso, pero de forma abierta.

⁵ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, (Barcelona, Editorial Ariel, SA., 1989), p. 72.

⁶ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel; Ruiz Manero, Juan, *Sobre principios y reglas*, (1991), pp. 103-105.

Para estos autores las funciones de los principios son de explicación y de justificación. Por función de explicación se refieren al menos a dos aspectos, el primero de ellos es la capacidad de los principios para sintetizar una gran cantidad de información. Mientras que el segundo de ellos, se refiere a que los principios permiten entender el derecho. En otras palabras, por medio de ellos se puede comprender el derecho como un conjunto ordenado y, como tal, con significado. En voz de los profesores, “conocer los principios de una institución o de un determinado Derecho permite incluso, hasta un cierto punto, predecir cuáles son las soluciones a los problemas jurídicos fijadas en disposiciones específicas”⁷.

Por otra parte, la función de justificación se vincula con el rol que juegan dentro del razonamiento jurídico. En este sentido, los principios deben servir a los operadores jurídicos –no sólo abogados, sino a los órganos jurisdiccionales principalmente–, como pautas para dar solución al problema, pero también como forma de argumentar en razón de lo que se ha hecho, es decir, de la toma de una decisión⁸.

c) Enrique Barros.

El profesor Barros Bourie trata el tema de los principios, pero desde una perspectiva ligada a su aplicación, así se refiere a ellos como “el punto de partida de una argumentación. Es el sustento de un razonamiento que orienta el entendimiento hacia una conclusión más particular”⁹.

En este sentido, para Barros Bourie, el sistema jurídico está constituido fundamentalmente de reglas, las cuales adquieren su validez –es decir, forman parte del ordenamiento jurídico correspondiente–, en virtud del procedimiento de su creación; pese a ello, acepta que existen situaciones en que, dada su complejidad, es necesario para buscar una solución y romper con el *status quo*, recurrir a ciertas razones o criterios que son trascendentes a la regla, es decir a principios jurídicos. De esto deviene que, para este autor, la función de los principios sea “dar una estructura material consistente a los diversos ámbitos normativos”¹⁰, es decir, que tendrían una función integradora en estas situaciones que presentan dificultad al no poder resolverse por la sola aplicación de reglas.

⁷ *Ibid*, p.114.

⁸ *Ibid*, p.117.

⁹ BARROS BOURIE, Enrique, *Reglas y principios en el Derecho*, en *Anuario de Filosofía Jurídica*. 2 (1984), p. 271.

¹⁰ *Ibid*, p. 278.

2. El rol de los principios en el Derecho de Familia.

El rol de los principios tampoco es pacífico en el Derecho de Familia, ya que existen diversas opiniones que, tomando o no como base alguna de las concepciones de carácter general sobre ellos, les atribuyen funciones nuevas y específicas dentro de esta rama del derecho.

En términos generales, se suelen resaltar las siguientes funciones: a) función de orientación; b) función interpretativa; y c) función normativa.

a) Función de orientación.

Este rol de los principios es el más evidente que se les puede atribuir, a éste se alude cuando utilizamos la expresión: principios inspiradores y orientadores.

Esta función está compuesta por dos aspectos: en primer orden, permite diferenciar diversos regímenes jurídicos; un segundo lugar, es su rol como inspiración de reformas legislativas. En ambos aspectos, los principios son ideas que están a la base de una determinada área del derecho o que serán el punto de partida de nuevas regulaciones.

Así, en primer lugar, la faz de esta función que permite diferenciar diversos regímenes jurídicos, implica que el conjunto disperso e inconexos de leyes adquiera unidad cuando se examina a la luz de los principios. De allí su carácter orientador, al dar coherencia al conjunto de normas que forman el marco jurídico del Derecho de Familia.

Con relación a este aspecto, el profesor López Díaz, propone como definición de principios la siguiente: “aquellas finalidades superiores, fuertemente valóricas, y que se originen en el faro que debe guiar su interpretación, aplicación y modificación”¹¹.

En otras palabras, según el mismo autor, este rol que cumplen los principios busca dar dinamismo y conexidad a los diversos mecanismos e instituciones propias de cada rama, permitiendo diferenciar, por ejemplo, el derecho civil del derecho penal¹².

En segundo lugar, la vertiente inspiradora de modificaciones legislativas consiste en, cómo ha propuesto López Díaz, que los nuevos preceptos legales deben atener a la

¹¹ LÓPEZ DÍAZ, Carlos, *Tratado de derecho de familia* (Santiago, Editorial Digesto, 2016), p. 24.

¹² *Ibíd*

realidad valórica que regulan, es decir, aquellos sustratos valóricos que están la base de los principios¹³.

En este orden de ideas y, como se detallará más adelante, al producirse un cambio en los principios orientadores de un área determinada del derecho es que la legislación que regula dicha área debe adecuarse a esta modificación. A modo de ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Chile en el año 1990, da cuenta de una serie de nuevos principios inspiradores del Derecho de Familia, como el principio de corresponsabilidad parental; principio orientador de la Ley 20.680 que incorpora la figura del cuidado compartido de los hijos como una de sus manifestaciones, quedando claramente demostrada esta función inspiradora de modificaciones legislativas que tienen los principios.

b) Función interpretativa.

Este rol es uno de los de mayor importancia, pues los principios –su contenido– permiten determinar el verdadero sentido y alcance de una norma jurídica. En este orden, López Díaz señala que de conformidad al artículo 24 del Código Civil, es posible interpretar pasajes oscuros y contradictorios de una norma, de acuerdo al espíritu general de la legislación, el que correspondería plenamente, según el autor, con los principios fundamentales de la rama¹⁴.

Del Picó Rubio, sostiene sobre el particular que, en su función interpretativa los principios permiten “resolver las posibles contradicciones suscitadas entre disposiciones positivas concretas, brindando una clave de apreciación y solución para los casos dudosos”¹⁵.

Es cierto que los principios juegan una función transcendental como elemento interpretativo y, en especial, en aquellos casos de mayor complejidad. Sin embargo, y de acuerdo con la mayoría de la doctrina de la interpretación jurídica, toda norma requiere de interpretación para su aplicación, aun cuando tenga un sentido *a priori* claro o evidente.

En otras palabras, toda norma jurídica debe ser interpretada a la luz de los principios rectores del área del derecho respectiva, para determinar su verdadero contenido prescriptivo; no únicamente aquellas que sean oscuras o de compleja aplicación, aunque,

¹³ *Ibid*, p. 25.

¹⁴ *Ibid*, pp. 24-25.

¹⁵ DEL PICÓ RUBIO, Jorge; ACUÑA, Marcela; AEDO, Cristian; JARUFE, Daniela; MONDACA, Alexis; RIVEROS, Carolina, *Derecho de Familia* (Santiago, Thomson Reuters, 2016), p. 33.

sin duda, en estos últimos casos es lógico que los principios cobren una mayor relevancia como instrumento de dilucidación de la norma.

c) Función normativa.

Este rol también recibe la denominación de función de fuente del derecho o función de resolución de conflictos, pero, respecto del contenido de esta función, la doctrina se encuentra dividida. Identificándose dos tendencias: para algunos autores los principios tienen un rol supletorio de otras fuentes, mientras que para otros este rol es de fuente principal del Derecho de Familia.

Entre los que le atribuyen la función de fuente supletoria, Del Picó Rubio señala que “como *fuentes*, se recurre a ellos en la resolución de cuestiones que no tienen solución en los fuentes formales prioritarias, como la ley”¹⁶.

En apoyo a esta misma postura doctrinal, López Díaz argumenta que los principios sirven para resolver los conflictos jurídicos planteados ante los tribunales, pero de forma supletoria. Esto, porque la regulación de los requisitos de las sentencias definitivas – establecida en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil– exige la expresión de la legislación en que se funda la decisión. Solo en su defecto, el juez puede recurrir a los principios de equidad para sustentar su fallo. Para conocer la equidad, según el autor, se debe analizar en ponderación de los principios que rigen la disciplina en particular¹⁷.

Por su parte, quienes atribuyen a los principios el carácter de fuente principal, entre ellos el profesor Lepin Molina, les otorgan mayor protagonismo, señalando que van más allá de un mero complemento interpretativo, sino que actúan como fuente propiamente tal, en el derecho sustantivo. Este autor afirma a estos respectos, que los principios son “verdaderos mandatos dirigidos al juez de familia para resolver un caso particular”¹⁸.

Cabe consignar que, Lepin Molina, se caracteriza por tener una visión más moderna del Derecho de Familia, concibiéndolo como un derecho más de principios que de normas. A su juicio, “ya no se trata de un conjunto de reglas que determinan el comportamiento de cada integrante del grupo familiar, sino de normas que tienen un contenido más abierto, que permiten un rango de acción a los jueces para decidir los conflictos familiares. Se ha pasado de una etapa en que el legislador pretendía preverlo todo, a un sistema en que él ha depositado la confianza en el juez de familia para que, sobre la base de determinados

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ LÓPEZ DÍAZ, Carlos, cit. (n. 11), p. 32.

¹⁸ LEPIN MOLINA, Cristián, *Derecho familiar chileno*. (Santiago, Legal publishing, 2017), p. 49.

principios (v.gr. interés superior del niño, protección del cónyuge más débil), pueda resolver los conflictos familiares de una manera adecuada para cada caso en particular”¹⁹.

De acuerdo con esta concepción, la función de fuente del derecho de los principios implica que el legislador comprende que su capacidad de prever las soluciones jurídicas es limitada, es decir, que no podrá abarcar todas y cada una de las particularidades de cada caso que se le presente. Es por ello que entrega, por medio de los principios, la confianza y las facultades para que el juez sea quien logre encontrar la solución conveniente y más adecuada en cada caso. Lepin Molina utiliza la siguiente expresión, que es bastante ilustrativa, “legislando para el caso concreto”²⁰, refiriéndose al juez.

Sin embargo, el autor advierte que, para que estos mandatos no lleven a la arbitrariedad del juez, éste debe fundar su decisión, es decir, debe reproducir en la sentencia su razonamiento y argumentar por qué ha llegado a dicha solución y no a otra. Deberá expresar su pensamiento de tal forma que cumpla con los requisitos de la sentencia y de la adecuada valoración de la prueba de conformidad a la sana crítica²¹, como lo prescribe la Ley de tribunales de familia, en sus artículos 66 n° 4 y 5, y 32 respectivamente²².

La función normativa de los principios, como ya hemos dicho, implica considerarlos como fuente del Derecho de Familia y, por tanto, como norma jurídica. En este sentido, los principios han sido consagrados –como norma jurídica– principalmente en tratados internacionales. En consecuencia, dada la consideración de los principios como

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Ibid.*, p. 50.

²¹ *Ibíd.*

²² Artículo 66.- Contenido de la sentencia. La sentencia definitiva deberá contener:

- 1) El lugar y fecha en que se dicta;
- 2) La individualización completa de las partes litigantes;
- 3) Una síntesis de los hechos y de las alegaciones de las partes;
- 4) El análisis de la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esa conclusión;
- 5) Las razones legales y doctrinarias que sirvieren para fundar el fallo;
- 6) La resolución de las cuestiones sometidas a la decisión del juzgado, y
- 7) El pronunciamiento sobre pago de costas y, en su caso, los motivos que tuviere el juzgado para absolver de su pago a la parte vencida.

Artículo 32.- Valoración de la prueba. Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo.

fuerza normativa, resulta importante analizar la jerarquía de los instrumentos que los consagran, en el sistema de fuentes.

Como hemos dicho, los principios que orientan este ámbito del Derecho Civil ingresan a nuestro sistema jurídico, principalmente, por medio de la ratificación de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como: la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer o la Convención sobre los Derechos del Niño.

Al referirnos a tratados internacionales de derechos humanos, es inevitable hacer mención al artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República²³, dicha norma limita la soberanía del Estado. Los límites que establece son: los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, aquellos derechos consagrados por la constitución y las leyes, además de los derechos consagrados por los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile.

Si bien son un límite a la soberanía el Estado, el rango o jerarquía de estos instrumentos internacionales, dentro de la pirámide normativa de nuestro país, no es un punto pacífico en la doctrina, existiendo opiniones diversas.

De esta discusión ha conocido el Tribunal Constitucional, por vía recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, a propósito de los cuales ha quedado asentada la doctrina de que los principios no tienen rango constitucional, pero sin dejar en claro cuál su posición dentro de sistema de fuentes.

En este contexto, encontramos el pronunciamiento contenido en el fallo rol n° 2669-14, en que, en su considerando decimotercero, el Tribunal Constitucional, señala “*que la sola lectura de las normas contenidas en los artículos 5°, inciso segundo, 32, N° 17, y 54, N° 1, de la Constitución Chilena, que se refieren a los tratados internacionales, es suficiente para concluir que nuestro texto fundamental no contiene una mención explícita*

²³ Artículo 5 inciso 2°: El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de todos 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.

al rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando esos versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”²⁴.

El argumento utilizado por el Tribunal para sostener esta postura es que, al estar los tratados internacionales sometidos al control de constitucionalidad de carácter preventivo y obligatorio, en caso de regular materias de ley orgánica, por lógica no tienen un rango igual o superior a la Constitución.

En síntesis, la función normativa de los principios orientadores del Derecho de Familia, nos han llevado a observar la consagración principal de ellos, los tratados internacionales de derechos humanos, con la finalidad de determinar la jerarquía de estos instrumentos y, en consecuencia, conocer el rango que ostentarían estos principios en la pirámide normativa, en su calidad de fuente del derecho.

²⁴Sentencia Tribunal Constitucional, causa caratulada “Gröpper con Richard”. Rol n° 2669-14. Causa de materia de cuidado personal compartido.

CAPÍTULO SEGUNDO: PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

I. Consideraciones previas sobre la evolución de los principios en el Derecho de Familia.

Establecida la trascendencia de los principios en el contexto del Derecho de Familia, nos interesa ahora abordar su evolución en esta rama del derecho, pues los principios que guían actualmente el Derecho de Familia, no son los que originalmente regían esta área.

Lepin Molina reconoce la evolución de los principios en esta rama del derecho al clasificarlos atendiendo a un criterio evolutivo-histórico²⁵.

El autor antes citado, distingue entonces, entre los principios existentes al momento de la dictación del Código Civil, de aquellos vigentes actualmente.

Dentro del primer grupo, y fiel reflejo de la realidad social de esa época, considera como principios orientadores: a) matrimonio religioso e indisoluble, b) incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal, c) administración unitaria y concentrada en el marido de la sociedad conyugal, d) patria potestad fuertemente favorecida y e) filiación matrimonial. Estos principios dan cuenta de una visión clásica y paternalista del Derecho de Familia.

En la actualidad, en cambio, los principios señalados han perdido vigencia, siendo reemplazados por otros nuevos: a) protección de la familia, el matrimonio y la convivencia civil, b) protección del cónyuge más débil, c) interés superior del hijo, d) autonomía de la voluntad en materia de familia, e) igualdad de las relaciones de familia y f) intervención mínima del Estado. Estos nuevos principios consagrados en tratados internacionales y en múltiples leyes que han modificado el marco normativo del Derecho de Familia.

Conviene subrayar, que el cambio de los principios rectores en esta materia no es resultado de la nueva legislación. Al contrario, son los principios mismos los que han evolucionado, recogiendo el desarrollo y la transformación de la realidad social-familiar,

²⁵ Lepin Molina, Cristián, cit. (n. 18), p. 51.

los cuales, como mandatos al legislador, implican que éste ha debido considerar e introducir las modificaciones pertinentes a la legislación para adecuarla a ellos; de ahí que el contenido del Derecho de Familia cambie para ser armónico con los principios que los inspiran.

II. Principio del interés superior del niño.

Dentro de los nuevos principios informadores del Derecho de Familia, particular relevancia posee el principio del interés superior del niño. Sin duda, es uno de los principios que ha tomado una increíble fuerza, de tal manera que ha inspirado reformas legislativas, como en el ámbito de aplicación judicial.

1. Consagración.

Como ya se ha señalado, el principio del interés superior del niño es producto del cambio que han experimentado los imperativos fundantes del Derecho de Familia. Esta transformación ha quedado de manifiesto en la consagración positiva de dichos principios, entre ellos el que es objeto de nuestro estudio.

Dicha consagración ha sido recogida, primeramente, a nivel internacional. Esto porque la regulación internacional sobre protección del niño, niña y adolescente es consecuencia del desarrollo en el campo de los derechos humanos. Como afirma Cillero Bruñol, “el análisis histórico-jurídico revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general”²⁶.

Es aún más evidente, que la consagración de este principio –en general los principios orientadores del Derecho de Familia– es una manifestación de la evolución histórico-jurídica, al revisar los antecedentes de su positivización en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Estos antecedentes históricos de la introducción del concepto del interés superior del niño²⁷ son: en primer lugar, la Declaración de Ginebra de 1924, emanada de la Sociedad de las Naciones. En segundo lugar, la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959

²⁶ CILLERO BRUÑOL, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*. 1 (1999), p. 45.

²⁷ Aunque actualmente no es correcta esta denominación, ya que se considera peyorativa. Es mejor hablar de interés superior del niño, niña y adolescente.

aprobada por la asamblea general de la Organización de las Naciones Unidas. En tercer lugar, el hito de mayor relevancia es la consagración de este principio en 1989, concretamente, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta el texto final de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁸, ratificada por nuestro país en 1990.

El citado texto consagra el principio en comento, en el artículo 3, en los siguientes términos: *“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”*.

Este principio, dentro de la Convención, para Cillero Bruñol, permite, por una parte, resolver conflictos de derechos, en que se encuentren involucrados niños y, por otra, servir como marco de orientación y límite a las políticas públicas y a la actuación de las diversas autoridades, por ser un objetivo socialmente valioso. En el contexto anotado, la Convención funciona como ordenador de las relaciones entre el Estado, la familia y el niño.

Continuando con el estudio en la consagración de este principio, ahora a nivel nacional, es procedente manifestar que, para parte de la doctrina²⁹, el principio del interés superior del niño viene a dotar de contenido, en este ámbito específico, a la cláusula general que consagra el principio de dignidad humana en la Carta Fundamental, a saber, el artículo 1° en su inciso 1° que versa del siguiente modo: *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*.

Bajo la óptica antes indicada, aunque el principio no tenga una consagración constitucional expresa, resulta como manifestación o expresión de la cláusula general de dignidad.

El principio del interés superior del niño, también entrega contenido a la cláusula que limita la soberanía nacional, en cuanto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y aquellos que se encuentren consagrados en tratados internacionales ratificados y vigentes en nuestro país; regla que permite transformar este principio del

²⁸ Antecedentes históricos de la Convención son los proyectos presentados por Polonia a la Comisión de las Naciones Unidas. El primero de ellos fue presentado en 1979, su contenido era muy similar a la Declaración de Derechos del Niño, que tenía como visión primordial la protección de los niños, por ese motivo fue rechazado.

El segundo proyecto presentado por Polonia evoluciona de esta concepción garantista a una visión basada en la autonomía del niño, este si es tomado como base para la redacción final del texto.

²⁹ BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Fundamentos el derecho de familia y de la infancia* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2011) p. 33.

interés superior del niño en un límite a la soberanía nacional, dada su incorporación al ordenamiento jurídico, como un derecho de aquellos contemplados en el artículo 5° inciso segundo de la Constitución.

A nivel legal, cabe consignar, que existen múltiples normas que se inspiran precisamente en la protección que se busca otorgar con este principio; normas que se encuentran contempladas en el Código Civil, en la Ley de Matrimonio Civil, en la Ley de Adopción de Menores³⁰, en la Ley que crea Tribunales de Familia y en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente³¹, entre otros cuerpos legales.

En el contexto del Código Civil diversas disposiciones consagran el principio en comento, entre otras, los artículos 222; 225; 225-2; 226; 229 y 242.

Una de las primeras disposiciones que consagran el principio del interés superior del niño es el artículo 222 inciso primero que reza: *“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 artículo inicia el título de los derechos y obligaciones de los padres y los hijos, por lo cual es de gran importancia que en él se encuentre consagrado el principio en comento, ya que permite afirmar que las disposiciones siguientes deben interpretarse en su conformidad.

Dentro del mismo título antes citado, nos encontramos con una serie de disposiciones que también consagran el referido principio, como los artículos 225-2, 226 ambos sobre cuidado personal, mientras que en relación con la relación directa y regular también se reconoce en el artículo 229 inciso 3° del mismo cuerpo legal.

Finalmente, nos interesa destacar el artículo 242 puesto que es una exigencia dirigida al juez, que sus resoluciones deben siempre tener en especial consideración este principio, estableciendo en su inciso 2° *“en todo caso, para adoptar sus resoluciones el*

³⁰ Ley 19.620 de adopción de menores consagra el principio en su artículo 1° con la salvedad que en este contexto hablaremos del Interés superior del adoptado.

³¹ La Ley 20.084 dentro del título de disposiciones generales de esta ley el artículo 2° consagra este principio, *“en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos”*.

juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”.

La Ley de Matrimonio Civil, también incorpora el principio. En este sentido, encontramos el artículo 3° de esta ley, el cual establece que, *“las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil”*, es decir, que cada una de las materias reguladas en esta ley deben entenderse siempre en conformidad al principio en estudio, cobrando particular relevancia en las situaciones de crisis matrimonial y sus consecuencias respecto de los hijos. Así lo demuestran los artículos 27 inciso 2° y 55 de la misma³². Por su parte, el artículo 85 de esta ley, en materia de normas generales aplicables a los juicios de separación, nulidad del matrimonio y divorcio, reitera el mandato al juez de resolver estos asuntos sometidos a su conocimiento, conforme al citado principio.

Dentro del conjunto de cuerpos legales que conforman la regulación de la familia, la Ley 19.968 que crea Tribunales de Familia, otorga reconocimiento al principio en su artículo 16 inciso 2° como un criterio esencial que inspira todo el desarrollo del proceso judicial en esta área. Pero dicho principio no se agota únicamente en el proceso judicial, también se encuentra consagrado en el artículo 105 de esta misma ley respecto de la mediación, que es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos que es obligatorio en ciertas materias del derecho de familia.

³² En contexto de la crisis matrimonial, una de las posibles soluciones o remedios es la separación judicial de los cónyuges, en que la demanda conjunta de los cónyuges debe ir acompañada de un acuerdo que regule las relaciones mutuas y con los hijos. Este acuerdo debe ser calificado por el juez como completo y suficiente; calificación que se hará de conformidad al artículo 27 el cual, en su inciso 2° parte segunda, establece que *“el acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita”*.

En el mismo contexto de los remedios a la crisis matrimonial se presenta el divorcio, que de conformidad al artículo 55, de ser solicitado de común acuerdo por los cónyuges éstos deberán también incluir el acuerdo de carácter completo y suficiente a que se refiere el artículo 27. Es decir, en materia de divorcio es necesario el respeto el principio del interés superior del niño.

2. Contenido del principio.

Se ha analizado extensamente la consagración del principio del interés superior del niño, sin embargo, en ninguna de sus expresiones positivas se dice qué es o en qué consiste el interés superior del niño. Se trata de aquello que a nivel doctrinal se califica como concepto jurídico indeterminado³³.

Nos encontramos en presencia de una cláusula general, con un grado mayor de abstracción que permitiría al juez una mayor amplitud en su actuar, pero en modo alguno valida una discrecionalidad; y que precisamente para evitarla, según veremos, se debe

³³ En este orden de ideas es preciso realizar una distinción, concepto jurídico indeterminado y discrecionalidad. En estricto rigor ambos son conceptos distintos. Sin embargo, la doctrina suele tratar esto, con un vínculo de causa-efecto. En primer lugar, concepto jurídico indeterminado es producto de la clasificación de los conceptos utilizados por las leyes en cuanto a su capacidad para hacer referencia a la realidad.

Tomando prestada la doctrina administrativa, concepto jurídico indeterminado se caracteriza por “la indeterminación del enunciado o se traduce en la indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales solo permiten una <<unidad de solución justa>> en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable, por tanto, y no de volición.”

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomas, *Curso de Derecho Administrativo*¹⁰. (Madrid, Civitas ediciones, 2000), I, p. 457.

Mientras que, para el mismo autor, la discrecionalidad “es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.)”.

Finalmente, es el propio García De Enterría quien señala que estos conceptos son aplicables en cualquier ámbito del derecho. En su propia voz “si lo propio de todo concepto jurídico indeterminado, en cualquier sector del ordenamiento, es que su aplicación solo permite una única solución justa, el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho”.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*¹⁰. (Madrid, Civitas ediciones, 2000), I, p. 458.

Una vez realizada la determinación sobre qué es un concepto jurídico indeterminado, otros autores del área del Derecho de Familia, ofrecen una exposición sobre la estructura de este tipo de conceptos.

Ravetllat Ballesté y Pinochet Olave, en su obra sobre el interés superior del niño, exponen la siguiente configuración en tres niveles:

- a) núcleo fijo o "zona de certeza positiva": corresponderían a los datos previos o presupuesto mínimo.
- b) zona intermedia o de incertidumbre o "halo del concepto": consta de márgenes imprecisos en los que son abarcables varias situaciones.
- c) "zona de certeza negativa": aquello que con seguridad se sabe no pertenece al concepto.

RAVETLLAR BALLESTÉ, Isaac; PINOCHET OLAVE, Ruperto, *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno*, p. 13.

Visto en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300007

recurrir a la Convención sobre los Derechos del Niño, con el objeto de dotar de contenido el concepto del interés superior del niño³⁴.

³⁴ A continuación, se expresará una precisión en cuanto el sujeto de protección de este principio. Interés superior del niño, niña y adolescente; su denominación parece revelar quiénes son los sujetos a los que se busca entregar protección por medio de este principio. Sin embargo, aquello que resulta ser evidente, es causa discusión. En otras palabras, la pregunta es ¿quiénes son considerados niños, niñas y adolescentes?

El primer criterio, que parece lógicamente aplicable, para esta calificación es la edad. En este sentido serán objeto de protección todos quienes sean menores de dieciocho años de edad. Éste, es sin duda el parámetro utilizado por la mayoría de la doctrina y también por la Convención y la legislación interna, como es el caso de nuestro país.

En la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 1 de la misma define niño de la siguiente manera: *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*.

Mientras que en nuestro ordenamiento jurídico interno encontramos una definición de niño y adolescente en la Ley que crea tribunales de familia, en su artículo 16 inciso 3° que señala *“para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad”*. En concordancia con el artículo 26 del Código Civil, ubicado dentro de las definiciones de uso frecuente, adulto o simplemente mayor es aquella persona humana que ha alcanzado los dieciocho años de edad. *A contrario sensu*, no lo serían los menores de dicha edad, comprendiendo las categorías de infante, impúber y púber; utilizando la terminología de este artículo. En conclusión, para la legislación chilena niño, niña y adolescente es cualquier individuo de la especie humana que no ha alcanzado los dieciocho años de edad.

Sin embargo, parte de la doctrina considera que el concepto es más amplio, esto en base a la redacción del artículo 3° de la Ley de matrimonio civil, ya que consagra este principio como interés superior de los hijos. Terminológicamente la expresión hijo es de mayor extensión que la de niño, niña y adolescente en que sólo se comprenden los menores de edad. Dentro del concepto de hijos la protección se extiende a aquellos que, aun siendo mayores de 18 años, deben permanecer en la residencia de sus padres por alguna especial circunstancia de discapacidad o enfermedad invalidante, expresado así por Del Picó Rubio.

DEL PICÓ RUBIO, Jorge, cit. (n. 15), p. 42.

La argumentación anterior a primera vista parece razonable, ya que el objetivo del principio es la plena protección de los derechos del sujeto por encontrarse en una especial condición que le impide ejercer por sí mismo estos derechos. Pero, pese a cumplir con la finalidad del principio así pensada, al formular este en términos tan extensos, se deja de lado el ámbito propio en que se ha concebido el mismo. Es decir, se aparta del derecho de infancia y adolescencia, etapa en que por sus especiales características, ha dado origen a esta forma de protección perdiendo la delimitación de su configuración, en consecuencia, es a lo menos cuestionable dicha postura.

Si observamos el tema a nivel doctrinal es posible constatar diversas opiniones a la hora de querer dotar de contenido al principio en comento; destacando en este ámbito la opinión de Cillero Bruñol, que entrega un concepto de interés superior del niño; el cual es posible considerar como noción base, ya que posteriormente otros autores incorporan a este concepto elementos de carácter fáctico y otros ideológicos.

El referido autor, concibe que el interés superior del niño como “la plena satisfacción de sus derechos [en referencia al niño]”³⁵.

Tomando como punto de partida el referido concepto, el autor delimita su contenido a los propios derechos e intereses del niño, haciendo presente que no todo interés es parte del concepto, sino solo aquellos que estén consagrados como derechos, de esta forma se cumple con la exigencia, al menos lingüística, ser un interés superior.

En opinión de Cillero Bruñol, el principio sería una fórmula de garantía de los demás derechos consagrados en ella, es decir, que el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares³⁶ (sujetos de derecho) de los mismos; de ahí entonces, postula, que debe realizarse una distinción acerca de la noción del interés superior del niño, antes y después de la convención.

Antes de la Convención, este principio consagrado como garantía implicaba que “la falta de un catálogo de derechos del niño hacía que la noción de ‘interés superior’ pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de ‘derecho’”³⁷. Es decir, su función de garantía y límite al poder público perdía toda eficacia al no tener un contenido real.

³⁵ CILLERO BRUÑOL, Miguel, cit. (n. 26), p. 55.

³⁶ Al respecto Cillero plantea que existen dos posibles lecturas del principio. Una clásica o propia del paternalismo estatal y otra planteada por la Convención o garantista. En el esquema paternalista-autoritario el interés superior del niño es realizado o constituido por medio de un acto potestativo de una autoridad administrativa, del juez o del legislador. Esta concepción tiene sentido en cuanto existen personas que por su incapacidad no se les reconoce derechos, en su lugar mediante potestades (poderes/deberes) conferidas a ciertos sujetos, adultos, que deben dirigir su actuar a la protección de los niños, en este caso considerados como objetos socialmente valiosos.

Mientras que, en el esquema diseñado en la Convención, el principio en estudio tiene una función de garantía de la vigencia y efectividad de los demás derechos contemplados en ella. Ese planteamiento armoniza con la influyente visión de los derechos humanos, tanto a nivel internacional como nacional.

CILLERO BRUÑOL, Miguel, cit. (n. 26), p. 56.

³⁷ *Ibíd.*

Con posterioridad a la Convención, una vez que ya se tiene un catálogo de derechos del niño, no se puede decir que es una noción vaga. Así lo expresa el autor: “el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable –realizado por una autoridad progresista o benevolente– y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad”³⁸.

Esta conceptualización, realizada por Cillero Bruñol, es compartida por Greeven Bobadilla³⁹, aunque agrega ciertas especificaciones considerando una triple dimensión relativa a las funciones del principio –que serán estudiadas más adelante en el presente trabajo–, conceptualizando finalmente el interés superior del niño: “Es un derecho, un principio y una norma de procedimiento cuyo objetivo es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Constitución y el desarrollo holístico del niño”⁴⁰.

Sin embargo, otra parte de la doctrina agrega más elementos a la definición del interés superior del niño. En este sentido, Isler Soto incorpora elementos fácticos a la misma, siguiendo para estos efectos el trabajo de Pettigiani⁴¹.

La ampliación, realizada por Isler Soto, del contenido del interés superior del niño, lleva a concebirlo como “el conjunto de bienes para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más combine en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto”⁴².

Caracterizado el interés superior del niño en la forma que indica la autora citada, corresponde hacer ciertos comentarios.

En primer lugar, al concebirlos como un conjunto de bienes, lo aleja del contenido que la mayoría de los autores le asigna, es decir, derechos del niño. Asimismo, al hablar de

³⁸ *Ibid* p. 56.

³⁹ GREEVEN BOBADILLA, Nel, *Filiación: Derechos fundamentales y problemas de su actual normativa*, (Santiago, Editorial Librotecnia, 2017), p. 67.

⁴⁰ *Ibid*, p. 68.

⁴¹ PETTIGIANI, Eduardo, *El interés superior del menor ¿es superior a todo interés?*, Ponencia realizada para el X Congreso Internacional de Derecho de Familia” p. 18.

⁴² ISLER SOTO, Erika, *Los principios en la ley 19.947: análisis y desarrollo*, pp. 106-107.

Visto en

<https://www.google.cl/search?q=Los+principios+en+la+ley+19.947%3A+an%C3%A1lisis+y+desarrollo&oq=Los+principios+en+la+ley+19.947%3A+an%C3%A1lisis+y+desarrollo&aqs=chrome..69i57.1011j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8#>

bienes para la protección y desarrollo integral de la persona, se diluye en la vasta comprensión de dichos términos el contenido del principio.

En segundo lugar, reitera el concepto de bienes, pero esta vez parece hacer alusión a bienes de carácter material, más que derechos, lo que resulta confuso en su redacción.

Sin embargo, es valorable –y por ello se ha incorporado esta definición en el presente trabajo– la consideración de aspectos fácticos; la inclusión de circunstancias históricas y el análisis del caso concreto en su contenido. Esto, porque al momento de la aplicación de este principio, el juez no puede atender únicamente a elementos teóricos. Por el contrario, debe necesariamente tomar en cuenta las particularidades de cada situación de hecho, contrastarlas con el contenido abstracto del principio para obtener de tal ejercicio lógico el sentido específico del interés superior del niño en el caso concreto.

Otro autor que contribuye a la delimitación del contenido de este principio es Del Picó Rubio, quien busca superar la falencia que tiene el principal instrumento que consagra este principio, la Convención sobre los Derechos del Niño. En igual opinión que Cillero Bruñol, reafirma que el vacío, producto de la falta de una definición precisa del interés superior del niño⁴³, ha causado que su contenido quede entregado al juez de familia, siendo ensayado caso a caso.

La conceptualización del principio en estudio que ofrece este autor, es resultado de la evolución ideológica y social sobre los derechos de la personalidad que se dan en el análisis de las relaciones familiares y, en general, en toda relación interpersonal que provoque conflictos e involucren a menores. En consecuencia, la razón de este imperativo es la condición de vulnerabilidad del niño como personas que se encuentran en desarrollo y que requieren atención familiar, social y estatal de manera especial⁴⁴.

En otras palabras, Del Picó Rubio introduce un elemento ideológico-cultural a la definición de interés superior del niño; este elemento lleva a que la definición no discurre sobre la figura del niño en particular, sino desde la perspectiva de quiénes están encargados de su protección, sean sus padres y, refiriéndose con mayor intensidad, a las autoridades estatales.

Así, sin prescindir del fundamento del principio, Del Picó Rubio lo conceptualiza como “una declaración de principios del ordenamiento jurídico, que determina que los

⁴³ *Ibid*, p. 40.

⁴⁴ DEL PICÓ RUBIO, Jorge, cit. (n. 15), pp. 39-40.

agentes de los poderes públicos deben cautelar de un modo imperativo el respeto de los derechos fundamentales del niño y la niña, considerados como una persona que no ha alcanzado la adultez, debiendo entenderse que tales derechos están basados y determinados por el desarrollo equilibrado de la personalidad”⁴⁵.

Finalmente, Lepin Molina es quien lleva la definición del interés superior del niño a centrarse en el mismo niño. Es decir, para referirse al contenido del interés superior del niño, el autor, toma las delimitaciones realizadas por dos autores. En primer lugar, señala la conceptualización entregada por Cillero Bruñol y, en segundo lugar, presenta la opinión de Roca Tría, afirmando, “el interés del menor se identifica con la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico atribuye, con la categoría de fundamentales a las personas. Por ello, la regulación que implemente este principio, las resoluciones judiciales que deban decidir en relación con problemas planteados por menores, no se encuentra con un concepto vacío, puesto que su contenido consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que por sus condiciones de madurez, no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para reclamar su efectividad”⁴⁶.

Pero a ambas conceptualizaciones el autor considera que es necesario agregar otro aspecto, cual es que al momento del juez tomar una decisión también debe considerar otras circunstancias, tales como la opinión del niño –mediante el ejercicio del derecho del niño a ser oído– y consideraciones de carácter extrajurídico, como los afectos⁴⁷. En otras palabras, el autor extiende la definición del interés superior del niño, ya que no solo contempla la mera satisfacción de sus derechos, sino que incorpora al niño mismo, en cuanto su opinión y sus afectos.

En síntesis, como se puede observar la doctrina está conteste en que el principio del interés superior del niño implica la plena satisfacción de sus derechos, contenido abstracto que debe llevarse al plano de la realidad, por medio de las consideraciones particulares del caso concreto. El punto de quiebre entre los autores viene dado en el énfasis que se le da al interés superior del niño. Este puede estar en la protección, y de esta forma dirigido imperativamente a quienes tienen a su cuidado el desarrollo del niño y a las autoridades públicas o; por otro lado, quienes enfatizan en la figura del niño, como sujeto en vías de alcanzar su plena capacidad, pero no por ello sin opinión sentimientos que afecten el ejercicio y resguardo de sus derechos.

⁴⁵ *Ibid*, p. 39.

⁴⁶ ROCA TRÍA, María, *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, (Madrid, editorial Civitas, 1999), p. 220.

⁴⁷ LEPIN MOLINA, Cristian, cit. (n. 18), p. 57.

Esta última perspectiva parece adecuada, toda vez que es más concordante con la concepción del niño como persona con autonomía progresiva y en desarrollo de su personalidad, consideración propia del desarrollo de los derechos humanos. En palabras de Greeven Bobadilla, “además, se debe considerar que las facultades del niño evolucionan con la edad, por lo que este debe gozar de autonomía progresiva y, a la vez, que lo que hoy es bueno puede tener consecuencias negativas en el futuro, por lo que se debe ponderar el efecto actual y futuro de la decisión”⁴⁸.

3. Funciones del principio.

Una vez que se hemos logrado delimitar –al menos teóricamente– el contenido del interés superior del niño, es necesario indagar en la forma de aplicar este principio. Es decir, para determinar cómo ese contenido ejerce influencia en diversos ámbitos jurídicos, que digan relación con el niño. *A priori*, debería contar con los mismos roles que se ha identificado de los principios orientadores del Derecho de Familia. Sin embargo, este principio parece tener características distintas, por lo cual los autores le atribuyen ciertas funciones específicas.

En este sentido, los roles que la doctrina asigna a este principio, bajo distintas denominaciones, es posible agruparlos en las siguientes funciones: a) función interpretativa, b) función de orientación de políticas y del actuar público, c) función como norma de procedimiento y d) función normativa o de derecho sustantivo. En este mismo orden serán analizadas.

a) Función interpretativa.

Cillero Bruñol considera que el carácter interpretativo o hermenéutico del principio se extiende a tres ámbitos de aplicación: en primer orden, dentro de la esfera propia del derecho de infancia-adolescencia, en segundo orden, la resolución de conflictos entre los derechos de la misma Convención y, en tercer orden, en la evaluación de la ley o prácticas no reguladas expresamente por la ley⁴⁹.

i. Ámbito del derecho de infancia-adolescencia: en este contexto permite la interpretación sistemática de las disposiciones que conforman el derecho

⁴⁸ GREEVEN BOBADILLA, Nel, cit. (n. 39), pp. 70-71.

⁴⁹ CILLERO BRUÑOL, Miguel, cit. (n. 26), pp. 58-60.

de infancia-adolescencia, reforzando el carácter integral de los derechos del niño. El fundamento de interpretación sistemática de que los derechos del niño es, la forma se asegura la debida protección de los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño⁵⁰.

ii. **Ámbito de resolución de conflictos entre derechos de la misma Convención:** se pueden generar ciertas situaciones en que dos o más derechos del mismo niño resulte incompatible en su ejercicio conjunto. Ya la misma Convención, en algunas situaciones, establece un orden de prelación de un derecho sobre otro, pero luego lo relativiza al someterlo al interés superior del niño⁵¹. Estas soluciones establecidas en ciertos casos en la Convención tienen una *ratio* general, por lo tanto, puede ser aplicada a aquellas situaciones no reguladas, mediante la ponderación de derechos en conflicto. Sin embargo, para evitar el abuso de este sistema de ponderación, a juicio del autor, debe establecerse ciertos requisitos –como la reserva judicial de la resolución de estos conflictos y la prueba de la incompatibilidad de satisfacción conjunta– en las legislaciones nacionales, de esta manera no se desvirtúa el contenido del interés superior del niño.

iii. **Ámbito de evaluación de la ley o prácticas no reguladas expresamente por la ley:** en este caso su función es de criterio evaluador o de corrección de nuevas leyes o prácticas no reguladas en ellas. Dicho de otra manera, el interés superior del niño toma una labor integradora, permite llenar vacíos en nuevas legislaciones o tomar decisiones cuando no existe norma expresa⁵².

Cabe señalar que, en este último ámbito de interpretación recogido por el autor, el principio estaría cumpliendo una función que excede la mera interpretación, y lleva a su aplicación con mayor intensidad, como lo es la integración. Esto, al superar aquellas situaciones no previstas legalmente mediante la aplicación de su contenido.

⁵⁰ *Ibid* p. 58.

⁵¹ Así el artículo 37 letra c) en lo relativo a la privación de libertad establece que “los Estados Partes velarán por qué: c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad.

En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales”.

⁵² CILLERO BRUÑOL, Miguel, cit. (n. 26), p. 59.

Esta misma función es atribuida por Del Picó Rubio al interés superior del niño, aunque no de manera expresa. Ya que lo señala como la característica de ser una obligación que se comprende en el concepto de efecto útil de los derechos del niño. Es decir, el Estado debe garantizar plenamente la protección y el ejercicio de los derechos de los niños y de quienes interactúan con ellos, por medio del actuar público⁵³. Para dicha protección debe interpretar los derechos del niño de tal forma que tengan efecto y no se transformen en declaraciones de papel.

Mientras que, para Greeven Bobadilla esta función del principio el interés superior del niño se manifiesta en su carácter de principio jurídico fundante, como consecuencia de ello tiene una función interpretativa. En efecto, de existir dos o más posibles interpretaciones de una norma se ha de preferir aquella que satisface de mejor manera este principio⁵⁴.

En definitiva, sin atender a la distinta denominación que le dan los autores de esta función, todos concuerdan en que el interés superior del niño es un elemento hermenéutico de las normas jurídicas, pero también del actuar de los entes públicos y, sobre todo, de los mismos derechos del niño. Debe propender al ejercicio y protección de ellos en razón de su mayor satisfacción –como ya se ha señalado– considerando al niño en sí mismo (su opinión y afectos).

b) Función de norma de resolución de conflictos.

Cillero Bruñol ha esbozado esta función dentro de los ámbitos en que el interés superior del niño se utiliza como criterio hermenéutico. En específico, la resolución de conflictos entre los derechos mismos del niño.

Sin embargo, esta función no se limita únicamente a este tipo de problemas; su rol como norma de resolución de conflictos es de carácter general. Dicho de otra manera, el principio del interés superior del niño funciona como criterio resolutivo en todo conflicto que se vean involucrados menores.

Esta función, toma gran relevancia, en aquellos conflictos entre los derechos o intereses del niño y los de sus progenitores. Así lo señala la profesora Illanes Valdés, quien afirma: “En efecto, el interés superior del niño, entendido como la plena satisfacción de los

⁵³ DEL PICÓ RUBIO, Jorge, cit. (n. 15), p. 41.

⁵⁴ GREEVEN BOBADILLA, Nel, cit. (n. 39), p. 68.

derechos del mismo, constituye una regla de resolución de conflictos conforme a la cual, ante el conflicto de intereses, el interés de los padres cede y el de los hijos prepondera”⁵⁵.

c) Función de orientación.

Esta función es atribuida por distintos autores; pero con un énfasis diferente en el objeto de influencia. Así, encontramos dos vertientes de orientación: la orientación de políticas públicas, por un lado, y la orientación del actuar de los agentes públicos, por otro.

Cillero Bruñol también expone esta como una de las funciones del principio en comento; así, su rol es el de ser prioridad en las políticas públicas para la infancia. Resulta evidente esta labor del principio en los términos que se encuentra consagrado en el artículo 3 de la Convención⁵⁶, no solo vinculado a la administración, órganos judiciales y legislativos, como sector público; sino que extendiéndose al sector privado. Dicho de otro modo, el interés colectivo no puede perjudicar la satisfacción de los derechos del niño, estos últimos no se pueden ver limitados en favor del primero⁵⁷.

En este contexto, se pueden dar dos situaciones en que la prioridad de este principio al momento de crear políticas públicas o nueva legislación logre dilucidar ciertos conflictos en relación con derechos o interés de terceros⁵⁸: a) en caso que se encuentren en juego intereses de otras personas, pero que no tienen rango de derecho. En este caso, la correcta interpretación, de acuerdo al interés superior del niño, es la primacía de sus derechos; b) en la situación en que el conflicto involucre derechos del niño y derechos de otras personas, la interpretación adecuada dará primacía los derechos del niño, pero no son excluyente de los derechos de terceros. En esta última situación depende de la prioridad que el sistema jurídico le entregue a la infancia y adolescencia; muestra de ello en nuestro ordenamiento interno es el artículo 35 de la Ley 20.084 de responsabilidad penal adolescente⁵⁹.

Esta misma función es considerada por Del Picó Rubio, pero desde la perspectiva del actuar estatal. En otras palabras, el interés superior del niño debe ser ejercido como

⁵⁵ ILLANES VALDÉS, Alejandra, *Incoherencias del régimen de custodia compartida introducido por la ley 20.680*, en Barria (*a cura di*), *Estudios de Derecho Civil XI: Jornadas nacionales de Derecho Civil* (Santiago de Chile, Legal Publishing, 2016), p. 141.

⁵⁶ Artículo 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

⁵⁷ CILLERO BRUÑOL, Miguel, cit. (n. 26), p. 59.

⁵⁸ *Ibid*, pp. 59-60.

⁵⁹ Artículo 35, Ley 20.084.- Principio de oportunidad. Para el ejercicio del principio de oportunidad establecido en el artículo 170 del Código Procesal Penal, los fiscales tendrán en especial consideración la incidencia que su decisión podría tener en la vida futura del adolescente imputado.

criterio orientador del actuar de la actividad pública y como instrumento interpretativo de la misma⁶⁰. A consecuencia de esta obligación estatal –interés superior del niño– es que los funcionarios o agentes públicos tienen especiales obligaciones: actuación de oficio, exhaustividad y aplicar el principio pro-niño en temáticas que afecten a niños⁶¹.

d) Función de norma procedimental.

Esta función es atribuida por Greeven Bobadilla. Como ya hemos señalado, la autora atribuye tres dimensiones al principio en estudio, a saber, como derecho, como principio y como norma de procedimiento. Es, esta última dimensión, la que se ha de identificar con el rol procedimental del principio del interés superior del niño.

En este orden de ideas, la autora, quiere decir que el principio como norma procedimental debe ser respetada y debe orientar los procesos en que se ven involucrados niños. En consecuencia, deben aplicarse una serie de garantías procesales, cuyo fundamento es precisamente el interés superior del niño⁶².

Al revisar el aspecto procesal del interés superior del niño, es decir, como norma procedimental, la autora identifica una serie de garantías que son parte de él⁶³:

- i. El derecho del niño a expresar su propia opinión
- ii. La determinación de los hechos, que debe ser realizada por profesionales que reúnan todos los elementos de acuerdo al interés superior del niño.
- iii. La percepción del tiempo, los niños tienen una percepción del tiempo distinta a la de los adultos por esto exige un proceso con mayor celeridad.
- iv. Los profesionales calificados, dado las especiales características de los niños requieren un equipo evaluador multidisciplinario.
- v. La representación letrada.
- vi. La argumentación judicial debe estar orientada por el interés superior del niño.
- vii. Los mecanismos para revisar las decisiones, es decir, el sistema recursivo.

⁶⁰ DEL PICÓ RUBIO, Jorge, cit. (n. 15) p. 41.

⁶¹ *Ibid*, p. 44

⁶² GREEVEN BOBADILLA, Nel, cit. (n. 39), p. 68

⁶³ *Ibid*, pp.71-72.

viii. La evaluación del impacto de los derechos del niño, en este sentido se debe evaluar su afectación presente y futura, además de la autonomía progresiva de los niños en el ejercicio de sus derechos.

Es conveniente subrayar que la formulación de esta función no queda en lo meramente abstracto, ya que nuestra legislación recoge varios de los aspectos que Greeven Bobadilla enuncia. A modo de ejemplo, la Ley 19.968 en su artículo 16 contiene la primera de las garantías identificada por la autora –el derecho del niño a expresar su propia opinión– estableciéndose como un mandato para el juez, elemento que debe ser considerado al tomar una decisión.

e) Función normativa o derecho sustantivo.

Esta función, revisada en el contexto de los roles que cumplen los principios orientadores del Derecho de Familia, suponía dos posturas doctrinales. La primera que consideraba un rol de fuente supletoria; mientras que, la segunda planteaba un rol de fuente directa.

Para referirse a esta función normativa, Cillero Bruñol lo hace desde la perspectiva de su aplicación. Es decir, el rol del interés superior del niño como norma, se verifica en la aplicación del principio en la situación particular. La interrogante que surge inmediatamente es ¿cómo se logra aplicar este principio? Para el autor consiste en que, a la hora de tomar una decisión, “siempre ha de tomarse aquella medida que asegura la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no solo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa”⁶⁴.

Igualmente, Greeven Bobadilla, al denominar a una de las tres dimensiones que asigna al interés superior del niño, como derecho sustantivo está haciendo referencia, precisamente, a esta función normativa. En tal sentido, el interés superior del niño debe ser considerado al momento de la toma de decisiones que afecten o en que se involucre el niño; al ser un derecho se puede invocar de forma directa en juicio⁶⁵.

En el mismo orden de ideas, la autora, desarrolla como debe ser la aplicación del principio en comento. Para ello plantea que se debe realizar por medio de dos presupuestos en orden consecutivo. En primer orden, se deben determinar los elementos de hecho que revistan relevancia en el caso. Posteriormente, en un segundo orden, se debe seguir un proceso en que se respeten garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho.

⁶⁴ CILLERO BRUÑOL, Miguel, cit. (n. 26), p. 60.

⁶⁵ *Ibid*, p. 68.

En atención al último punto, Greeven Bobadilla expone cómo el Comité de Derechos de Niño en la observación general n° 14 de 2013 ha elaborado un listado de criterios⁶⁶; que a juicio de la autora, no son jerárquicos ni excluyentes, sino más bien flexibles, por lo que pueden utilizarse parámetros distintos y no contemplados en ella, con la limitación que no pueden ser contrarios a los derechos consagrados en la convención⁶⁷.

Por último, en lo relativo a la función normativa del interés superior del niño, se observa que los autores que aquí asignan esta función al principio, lo hacen en el sentido de fuente directa; dado que lo caracterizan como un derecho, el cual puede ser ejercido directamente en un proceso, sin esperar la falta de una regulación en las fuentes formales – como la ley– para detonar su aplicación.

⁶⁶ Los criterios propuestos son:

- a) La opinión del niño
- b) La identidad del niño
- c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones.
- d) Cuidado, protección y seguridad del niño.
- e) Situación de vulnerabilidad
- f) El derecho del niño a la salud
- g) El derecho del niño a la educación.

⁶⁷ GREEVEN BOBADILLA, Nel, cit. (n. 39), p. 69.

CAPÍTULO TERCERO:
DESAPLICACIÓN DE LA LEY EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DEL
INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

I. Principio del interés superior del niño desde la perspectiva del juez.

En el capítulo anterior se ha delimitado el contenido del principio del interés superior del niño y sus funciones o roles. Todo ello desde una perspectiva dogmática. Ahora bien, para abocarnos al estudio del fenómeno de desaplicación, es necesario, primero, analizar cómo este principio vincula al juez, es decir, nuestro objetivo en este acápite, es determinar como el contenido y las funciones del principio del interés superior del niño deben ser utilizados por el juez en el ejercicio de su función.

En este orden de ideas, el principio en estudio, vincula al juez como criterio de evaluación de su decisión y, en consecuencia, como fundamento de la misma. De acuerdo ello, proponemos que este imperativo para el juez es un meta-principio. Esta naturaleza por que presenta dos características que lo hacen diferenciar de otros principios jurídicos.

Estas características son: en primer orden, la doble dimensión de este imperativo; y en segundo orden, el carácter de principio garantía.

La primera característica que hemos enunciado, para sostener el carácter de meta-principio, es su doble dimensión. Esto se explica porque tiene una faz de formulación exclusivamente teórica y otra faz constituida por elementos fácticos. Así, para la plena comprensión de su contenido son necesarias ambas; se debe tomar el contenido abstracto del principio y llevarlo al plano de la realidad. Esta doble dimensión es lo que la doctrina suele identificar con la categoría de concepto jurídico indeterminado.

Desarrollando esta idea, Lathrop Gómez sostiene que este principio es un concepto jurídico indeterminado⁶⁸. En virtud de ello, afirma que “diversas disposiciones se refieren al

⁶⁸ “Es un principio cuya definición se encuentra en desarrollo, dicho de otro modo, forma parte de los denominados conceptos indeterminados (por medio del cual, la ley se refiere una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir un supuesto concreto que permite que sea precisado luego, en el momento de su aplicación) relativo o abstracto, que adquiere verdadera dimensión cuando son aplicados al caso concreto. No obstante, podemos afirmar que su cumplimiento equivale al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente.”

interés superior del niño, pero sin entrar a describir su contenido; es la técnica denominada cláusula general, por la cual los conceptos no se definen en la ley, sino que se refiere a realidades indeterminadas que solo llevadas a situaciones concretas conducen a una solución determinada”⁶⁹.

Esta doble dimensión lleva a diferenciarlo de los otros principios. De aquellos, es posible su comprensión cabal en su formulación abstracta o teórica. Mientras que el principio del interés superior del niño requiere del complemento necesario del plano fáctico –los hechos de la situación particular–, para lograr determinar su configuración íntegramente. Es decir, debemos determinar las circunstancias del caso, los derechos que se encuentran en juego, para poder conocer cuál es el interés superior de ese niño específico. No nos basta con decir que es la plena satisfacción de sus derechos, sin dotar de contenido real a esta frase.

La segunda característica, para considerar al interés superior del niño como un meta-principio, es su rol de principio garantía como ya lo hemos esbozado en la revisión de las funciones de este imperativo. Es decir, es un principio que permite satisfacer otros principios o derechos. En tal sentido, existe una relación de dependencia con los otros derechos del niño pues, si se afecta un derecho del niño, consecuentemente se está vulnerando su interés superior y, a la inversa, si se satisface un derecho del niño se está resguardando su interés superior⁷⁰.

En definitiva, el interés superior del niño vincula al juez como meta-principio, es decir, el juez, para utilizarlo como criterio de evaluación de su decisión y como fundamento de la misma, debe realizar un proceso racional que implica analizar las dos características que le dan tal naturaleza al principio. Entonces, el juez debe tomar el contenido abstracto del principio y contrastarlo con los hechos, atendiendo así a la doble dimensión. Además, debe determinar los derechos del niño involucrado en las circunstancias de hecho. Tras este proceso, el juez obtendrá el criterio –el interés superior del niño en particular– que debe aplicar en el caso que conoce.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Cuidado personal de los hijos*. En análisis de la ley de matrimonio civil y tribunales de familia, (Santiago, Punto Lex S.A., 2005), pp.33-34.

⁶⁹ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Cuidado personal de los hijos*. En análisis de la ley de matrimonio civil y tribunales de familia, (Santiago, Punto Lex S.A., 2005), pp. 33-34.

⁷⁰En este sentido, Cillero Bruñol explica esta idea al clasificar al interés superior del niño como un principio garantista, entendiendo por tal “aquellos que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos de igual reconocimiento.”⁷⁰ Por lo tanto, es una garantía que constituye un límite, obligación o una prescripción de carácter imperativo para las autoridades.

CILLERO BRUÑOL, Miguel, cit. (n. 26). p.55

II. Desaplicación de normas jurídicas en virtud del principio del interés superior del niño.

Determinado ya el contenido, las funciones y cómo vincula al juez el principio del interés superior del niño, estamos en condiciones realizar el análisis del conjunto de sentencias en que se visualiza el fenómeno de desaplicación, estudio que se llevará a cabo siempre desde la perspectiva de este principio.

Para efectos de mantener un orden lógico en el análisis, se han agrupado las sentencias por tema, pero no son tópicos al azar, pues cada uno de ellos se corresponde con derechos del niño. Derechos, que como ya hemos mencionado, tienen una interrelación con el interés superior del niño, por ello se ha escogido esta forma de estudio.

Cada uno de estos derechos será tratado de la siguiente manera: en primer lugar, se hará un breve comentario al punto problemático, que es la causa de la omisión normativa; posteriormente, se expondrá cada sentencia con el correspondiente análisis crítico sobre el rol que el principio ha jugado en ella. Los tres parámetros sobre los cuales se agrupará jurisprudencia en estudio son: a) derecho de identidad, b) derechos del hijo en relación con la sanción del artículo 203 del Código Civil c) derecho de coparentalidad.

i. Derecho de identidad.

El derecho de identidad “es el derecho de toda persona a conocer su origen, principalmente manifestado en la posibilidad de conocer a quienes son sus padres y con ello, alcanzar su pertenencia a una determinada familia”⁷¹. Derecho que, según el máximo tribunal de justicia de nuestro país, tiene dos elementos fundamentales. El primero de ellos, es el principio de libre investigación de la paternidad y maternidad, mientras que, el segundo elemento se manifiesta en la amplitud de la admisibilidad de medios de prueba en juicio.

En este sentido, el principio de libre investigación de la paternidad y maternidad fue incorporado a nuestra legislación por la Ley 19.585, que tuvo como principal objetivo adecuar el sistema filiativo nacional a las exigencias que nuestro país contrajo al ratificar una serie de tratados internacionales de derechos humanos, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño. Mediante este principio, hoy, se busca resguardar el derecho

⁷¹ DEL PICÓ RUBIO, Jorge, cit. (n. 15), p. 436.

de identidad del niño desde la perspectiva de la correspondencia entre la verdad formal y la verdad biológica.

En el afán de protección del derecho de identidad, por medio de la preeminencia de la verdad biológica, en la jurisprudencia se han dado dos situaciones de omisión normativa diferentes. La primera de ellas, dice relación con la institución de la cosa juzgada; en cambio, la segunda situación se refiere al plazo de prescripción de una acción de impugnación.

La primera situación, se vincula con la cosa juzgada, institución procesal que tiene como fundamento la seguridad jurídica. Esto al prohibir la reiteración de juicios y, al constituir una garantía de exigibilidad de lo ya resuelto. Así, la doctrina procesal distingue entre la acción de cosa juzgada y la excepción de cosa juzgada.⁷²

Para nuestro análisis, la excepción de cosa juzgada es la faz relevante de esta institución. Excepción que se encuentra regulada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Norma de la que se extraen sus requisitos: a) identidad legal de personas, b) identidad de cosa de pedir, c) identidad de causa de pedir. En otras palabras, de verificarse esta triple identidad estaremos en presencia a de la institución de cosa juzgada, por vía de excepción.

El punto crítico surge al confrontar esta institución con el derecho de identidad. En otras palabras, el juez debe decidir resguardar la verdad biológica y, consecuentemente, el derecho de identidad o la seguridad jurídica, por medio de la cosa juzgada. Esta es la disyuntiva que se analizará en la sentencia sobre reclamación de paternidad, causa rol n° 3784-2013 de la Corte Suprema.

En cambio, la segunda situación dice relación con el plazo de prescripción de la acción de impugnación de paternidad determinada por presunción, en el contexto de la filiación matrimonial. El nudo crítico en este caso, no es el plazo de prescripción en sí mismo, sino que, este plazo es manifestación de la asimetría que existe, en nuestro sistema filiativo, entre la protección de los derechos de los progenitores y la de los derechos del niño. Esta situación produce una de las problemáticas más complejas, cual es la colisión o superposición de derechos, entre los derechos del niño y los derechos de los progenitores. En este sentido, no se debe olvidar que el derecho de identidad se predica también respecto

⁷² CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de Derecho Procesal*⁶ (Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 2005), III, p. 125.

de los progenitores. Como la extensión de sí mismos tienen derecho a conocer a quienes han procreado.

A este problema se han visto enfrentados los tribunales, cuestión que los ha llevado a la desaplicación de normas, tratando de encontrar la solución a esta asimetría entre los derechos de los progenitores y de los hijos.

Así lo constata la profesora Illanes Valdés, a propósito de su estudio sobre el derecho del padre a determinar e impugnar su paternidad, “pero si los temas examinados son ya un problema, ni siquiera novedoso para quienes miramos desde hace algún tiempo esta materia, esto se ha visto agravado por la existencia de fallos en que, como se dijo al comenzar, con el loable afán de hacer justicia han desatendido el tenor de la ley, enfrentándonos a lo que estimamos termina convirtiéndose en un problema mayor, como es la falta de certeza jurídica”⁷³.

La situación antes descrita será analizada en la sentencia la causa rol n° 6936-2014 caratulada “Benenati con Marín”, de la Corte Suprema.

En síntesis, hemos descrito dos situaciones problemáticas que son diferentes, pero que en este análisis se tratarán bajo el mismo acápite, pues encuentran un punto en común, que es el derecho de identidad y el cómo los tribunales han dado prioridad a la verdad biológica sobre otras instituciones jurídicas.

a) Reclamación de paternidad. Sentencia causa rol n° 3784-2013, Corte Suprema.

Doña Ely María Jarjalakis Castro demanda de reclamación de paternidad a don Patricio Musalem Tapia en representación de su hija S. G. J. J., ante el Juzgado de Familia de La Serena. En primera instancia, el demandado opone excepción de cosa juzgada regulada en los artículos 177 y 304 del Código de Procedimiento Civil, la cual fue desestimada, acogándose la demanda. Se deduce recurso de apelación por el demandado, que fue rechazado, confirmándose la resolución recurrida.

En contra de la sentencia de alzada el señor Musalem deduce los recursos de casación en la forma y en el fondo. El primero de ellos es declarado inadmisibles.

⁷³ ILLANES VALDÉS, Alejandra, *Derecho del padre a determinar e impugnar su paternidad: nudos críticos y necesidad de respuestas coherentes*, en LEPIN (*a cura di*), Estudios de Derecho Familiar I: Jornadas nacionales de Derecho Familiar (Santiago de Chile, Legal Publishing, 2016), p. 195.

Los argumentos esgrimidos por el recurrente en orden a sustentar el recurso de casación en el fondo son los siguientes:

1. Excepción de cosa juzgada, existe un procedimiento anterior en que la misma actora demanda por reclamación de paternidad al señor Musalem en favor de la menor. En dicho procedimiento se desestima la demanda, por no ser concluyente la prueba para determinar o excluir el vínculo filiativo. En consecuencia, verificando la triple identidad se configura la excepción mencionada.
2. En la presente causa, como hecho establecido en la sentencia de primera instancia, la notificación para la realización de la prueba pericial biológica y, consecuentemente, el examen mismo, son nulos.
3. Como resultado del anterior punto, la aplicación de la presunción legal de paternidad, contenida en el artículo 199 del Código Civil, resulta incorrecta.

En virtud de los anteriores argumentos la decisión de dar por establecida la paternidad del señor Musalem respecto de la niña es incorrecta, por ello solicita el recurrente se revoque la sentencia.

Para resolver el recurso de casación, antes detallado, la Corte Suprema realiza el siguiente razonamiento:

Primero, en lo referente a la presunción de paternidad del artículo 199 del Código Civil, la Corte argumenta que este artículo no fue utilizado, ya que el considerando undécimo letra D) de la sentencia de primera instancia establece que el demandado sí concurrió a entregar las muestras biológicas. El resultado de dichas pericias arrojó un 99,95% de correspondencia con paternidad biológica. Por lo que la notificación y el examen mismo son válidos.

Luego, en relación con la institución de cosa juzgada, la Corte estima que ésta no es aplicable, pues es un obstáculo para determinar la filiación, afectando así el derecho de identidad. En este orden discurre sobre la Ley 19.585 que modificó el sistema filiativo en el derecho chileno.

Expone, la Corte, que son tres las ideas que se encuentran a la base de esta normativa: a) derecho de identidad, *“esto es, el derecho de toda persona a conocer sus orígenes, a saber, quiénes son sus padres, pues solo así sabrá esa persona quien es; principio que está contenido de la Convención de Derechos del Niño”*⁷⁴; b) trato igualitario a todos los hijos; c) interés superior del niño, que para la Corte significa considerarlo como

⁷⁴ Considerando tercero, Sentencia causa rol n° 3784-2013, Corte Suprema.

sujeto de derecho. Estas “*ideas fuerza*” –en palabras de la Corte–, son parte del bloque de constitucionalidad, debido a la coordinación entre tratados internacionales y el artículo 5 inciso 2° de la Constitución. Por ello, la Corte estima que la cosa juzgada es un impedimento para el ejercicio de derechos fundamentales, excluyéndose en el caso particular.

Análisis de la desaplicación:

El análisis crítico de este caso de desaplicación, omisión del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que regula la institución de la cosa juzgada, procede, en primer orden, determinar si la omisión es fundada y, en segundo orden, si ésta es legítima.

En primer lugar, en cuanto a la fundamentación de la omisión normativa, la Corte desarrolla su argumentación en base a las que ha denominado ideas fuerza, dentro de ellas, el interés superior del niño. Aplicando en el particular su rol de principio garantía, ya que permite el ejercicio del derecho de identidad de la niña para determinar y conocer su filiación paterna.

Pero, este derecho de identidad de la niña colisiona con el derecho del demandado, ya que se afecta su derecho de identidad, porque ni aun bajo el límite de la cosa juzgada se le asegura no ser requerido como padre nuevamente. Por esto, nos encontramos ante un conflicto o colisión de derechos.

En este punto, toma relevancia el interés superior del niño como norma de resolución de conflictos. En virtud de esta función del principio en estudio, en este caso debe preferirse el derecho de la niña a conocer su filiación biológica. Es decir, debe darse prioridad a su derecho de identidad.

En otras palabras, la omisión de la aplicación de la norma del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que regula la excepción de cosa juzgada, en este caso se funda en el principio del interés superior del niño como garante de los demás derechos del mismo, en particular del derecho de identidad; apoyado además por la función de norma de resolución de conflictos. En consecuencia, es una desaplicación fundada.

En segundo lugar, corresponde analizar la legitimidad de la omisión de la excepción de cosa juzgada. Precisamente el análisis de los requisitos de esta institución es el que determinará el carácter legítimo o no de la omisión normativa.

Tanto en el procedimiento anterior, como en el que hemos analizado, demandante y demandado siguen siendo la misma persona respectivamente. Es decir, concurre el primer

requisito de identidad de personas. En cuanto a la cosa pedida o beneficio jurídico que se busca obtener, en ambos procesos es la determinación de la filiación entre la niña y el demandado. Por lo tanto, concurre también el segundo requisito. En último lugar, la causa de pedir o fundamento inmediato del derecho que se reclama sería el mismo en ambos procesos; esto es, el estatuto filiativo, específicamente, en el ámbito no matrimonial, ejercido por medio de una acción de reclamación.

En síntesis, la triple identidad de la excepción de cosa juzgada se verifica. Pese ello, la Corte argumenta que debe ceder esta institución en virtud del derecho de identidad y del interés superior del niño. A nuestro juicio, estas consideraciones, realizadas por la Corte, no bastan para desatender la legislación procesal. Por lo tanto, excede el ordenamiento jurídico, siendo una desaplicación ilegítima⁷⁵.

Hemos señalado que los argumentos de la Corte no bastan para fundamentar la legitimidad de la omisión. Esto porque, como ya se analizó previamente, en nuestro sistema jurídico los principios invocados no tienen un rango superior a la norma omitida. En consecuencia, la decisión de la Corte, al pasar por alto la norma que regula la excepción de cosa juzgada, desatiende nuestro sistema de fuentes y la fuerza obligatoria de las mismas.

En suma, esta decisión de la Corte es una omisión normativa fundada e ilegítima, dando como resultado una desaplicación ilícita.

b) Impugnación de paternidad. Sentencia causa rol n° 6936-2014, Corte Suprema.

Emilio Luis Benenati Crisofulli deduce demanda de impugnación de paternidad, determinada por presunción del artículo 184 del Código Civil, en el contexto de filiación matrimonial. Acción ejercida en contra de doña Luisa Angélica Marín Letelier respecto de la menor C.A.B.M., con la pretensión de que se declarase que él no es padre de la niña. Acción que fue desestimada por el Juzgado de Familia de Talca en razón de haber transcurrido el plazo legal para su ejercicio. Sentencia confirmada por la Corte de Apelaciones de la misma ciudad. Contra esta última resolución, el actor interpone recurso de casación en el fondo.

⁷⁵ Si bien, en este caso, en el primer procedimiento la demanda se desestimó por insuficiencia de la prueba, por lo tanto, no determinó ni se excluyó la paternidad. Sin embargo, la doctrina procesal reconoce la excepción de cosa juzgada, aun cuando no se haya declarado constituido un derecho.

Los hechos relevantes de la causa, asentados por los jueces del fondo, son los siguientes: a) las partes contrajeron matrimonio el día 6 de noviembre de 2003, b) la niña C.A.B.M. nació el 26 de diciembre de 2005, c) la demanda fue presentada el día 5 de septiembre de 2011, d) el examen pericial biológico se realizó el 27 de abril de 2013, cuyo resultado excluye la paternidad del señor Benenati.

Las razones en que el demandante sustenta su recurso son la vulneración del derecho de identidad de la niña para conocer a su verdadero padre, así mismo los principios del interés superior del niño y la libre investigación de paternidad o maternidad.

Además, se esgrime como vicio, la infracción de las normas de valoración de la prueba, en cuanto no se da la ponderación correcta a la prueba de ADN que excluye la paternidad del recurrente, señalando que el único punto en que se centra la sentencia es el análisis del plazo contemplado en el artículo 212 del Código Civil para la impugnación de paternidad⁷⁶.

La defensa de la contraparte únicamente se basa en que ha transcurrido el plazo de caducidad de la acción de impugnación de paternidad regulada en el artículo 212 del Código Civil.

La Corte Suprema, rechaza el recurso de casación en el fondo, sosteniendo que carece de fundamentación respecto de las vulneraciones argüidas. Sin embargo, la Corte decide invalidar de oficio la sentencia. En este sentido, el razonamiento que realiza para no aplicar el plazo de caducidad de la acción de impugnación de paternidad, y ordenar a los jueces de base conocer del asunto es el siguiente:

En primer lugar, determinan que la normativa perteneciente a cada área del derecho debe ser interpretada de conformidad a los principios que la inspiran. Reconociendo en este caso los principios de igualdad de los seres humanos, el derecho de identidad y el interés superior del niño.

En cuanto a la interrelación de estos principios, los sentenciadores concuerdan en que la búsqueda de la verdad biológica por sobre la verdad formal, derivado del derecho de identidad, podría verse afectada o conculcada por el interés superior del niño.

⁷⁶ Normas infringidas según el recurrente: Artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 18 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos; artículo 16 de Pacto de Derechos Civiles y Políticos; artículo 1° de la Constitución Política de la República. Además de los artículos 195, 197, 198, 222, 225, 229, 234, 240, 244, 245, 268, 272, 242 inciso 2°, todos del Código Civil. Y los artículos 32 y 66 n° 4 de la Ley 19.968.

Pero, posteriormente, la Corte plantea que todos los principios se encuentran a un mismo nivel, es decir, no se puede preferir uno sobre otro. Cuestión señalada en el considerando quinto de la siguiente manera “*todas las máximas que lo integran son pilares fundamentales para sostener el estatuto cardinal del sistema judicial*”⁷⁷.

Bajo esta premisa, la Corte comienza a razonar sobre la determinación de la filiación matrimonial. Ésta queda determinada cuando el hijo nace dentro del matrimonio, para la seguridad jurídica de su determinación el legislador establece la presunción *Pater es et quem nuptiae demostat*, padre es el marido de la madre, así expone la Corte.

Luego esgrime –con gran creatividad jurídica–, que para la aplicación de dicha presunción deben concurrir copulativamente dos circunstancias de hecho. En primer lugar, a cohabitación de los cónyuges; y en segundo lugar, la fidelidad de la mujer.

A juicio de los sentenciadores, es el segundo requisito que falla en este caso, ya que el actor ha demostrado que la madre de la menor no fue fiel, esto por medio de la prueba pericial biológica que descarta la paternidad de él en relación con la menor C.A.B.M.

Así las cosas, la Corte llega a la conclusión que no es posible aplicar la presunción de paternidad y, como consecuencia de ello, tampoco se puede aplicar el plazo contemplado en el artículo 212 del código mencionado, porque ésta sería una hipótesis distinta.

Análisis de la desaplicación:

Utilizando el principio del interés superior del niño como prisma de análisis, corresponde revisar la fundamentación de la omisión del artículo 212 del Código Civil.

Iniciando la argumentación, de forma correcta, la Corte señala que las normas del estatuto filiativo deben ser interpretadas conforme a los principios rectores, entre ellos el principio objeto de nuestro estudio, además del principio de libre investigación de la paternidad y maternidad.

Con la pretensión de armonizar ambos principios, la Corte decide otorgar acción al progenitor y, de esta forma, priorizar la verdad biológica por sobre la verdad formal,

⁷⁷ Sentencia rol n° 6936-2014, Corte Suprema.

existente hasta ese momento. En consecuencia, a entender de los sentenciadores, esta decisión protege el derecho de identidad de la niña, atendiendo a su interés superior⁷⁸.

Hasta el momento la omisión normativa está fundada en el interés superior del niño, pero es turno de analizar si esta decisión es legítima.

Este estudio pasa por la regulación de la filiación matrimonial. En el caso, lo impugnado es la paternidad determinada por la presunción, regulada en el artículo 184 del Código Civil. Esta presunción, de acuerdo a la doctrina, se sustenta en los siguientes hechos conocidos: a) la maternidad de la mujer (por regla general es determinada por el parto); b) el matrimonio y; c) el nacimiento o concepción del hijo durante la vigencia del matrimonio. De los cuales se presume, como hecho desconocido, la paternidad del marido.

Determinada de esta forma la paternidad, el artículo 212 concede al marido de la madre la acción de impugnación de la misma en el plazo de 180 días o un año, dependiendo de las circunstancias allí reguladas.

La Corte, para omitir la aplicación del plazo de prescripción de la acción de impugnación, desatiende la norma que regula el objeto que cuestiona dicha acción, esto es la presunción del artículo 184 del Código Civil. Puesto que, no analiza los elementos que la misma norma establece para su configuración. Sino que propone dos elementos distintos – cohabitación y fidelidad– y esgrime faltar uno de ellos, para zafar de la aplicación de la presunción.

En consecuencia, la omisión del plazo de prescripción de la acción señalada implica la infracción a la regulación de la presunción contemplada en el artículo 184 del Código Civil. En consecuencia, la decisión de la Corte infringe el ordenamiento jurídico en ambas disposiciones. Por lo tanto, es una desaplicación ilegítima.

En suma, hemos analizado una omisión normativa que es fundada, en la verdad biológica y el derecho de identidad, pero ilegítima, por consiguiente, es una desaplicación ilícita.

ii. Derechos del hijo en relación con la sanción del artículo 203 del Código Civil.

⁷⁸ Claro está, que la Corte también intenta proteger el derecho de identidad del padre, que se veía afectado por el plazo de caducidad de la acción.

El artículo 203 del Código Civil establece, *“cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o madre, aquél o ésta quedará privado de la patria potestad y, en general, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del hijo o de sus descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia y de ello se dejará constancia en la subinscripción correspondiente.*

*El padre o madre conservará, en cambio, todas sus obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio del hijo o sus descendientes”*⁷⁹.

De acuerdo con la doctrina, el fundamento por el cual el legislador ha establecido esta sanción es por “aquellos progenitores, que, si bien han procreado, luego se han desvinculado de los efectos o, por lo menos, de los deberes que la relación filiativa produce”⁸⁰.

En razón de este fundamento, la norma transcrita consagra la sanción aplicable al progenitor cuya filiación ha sido determinada en su oposición. Sobre ella analizaremos dos problemáticas, las cuales han dado pie a la omisión de dicha norma. La primera, es el supuesto de aplicación de la misma. Mientras que, la segunda, son las consecuencias que derivan de la aplicación de la sanción.

En cuanto al supuesto de aplicación de la norma, que se aplica en el contexto de determinación de la filiación no matrimonial, el artículo 186 del Código Civil regula, como factores de determinación de la filiación, el reconocimiento o la sentencia judicial. La sanción aquí estudiada, tiene su ámbito de aplicación en el último de estos factores. Es decir, se requiere la existencia de un juicio de filiación.

En este orden de ideas, el demandado –supuesto progenitor– puede tomar diversas actitudes ante la pretensión del demandante. Así, actitudes extremas como allanarse, acceder totalmente a la pretensión, u oponerse a ella. Pero, también, puede adoptar actitudes intermedias: tales como presentar dudas o acceder a lo solicitado tras conocer el resultado de las probanzas rendidas en juicio, específicamente, la prueba pericial biológica.

⁷⁹ Este inciso segundo ha sido entendido tradicionalmente como la obligación de alimentos respecto del hijo.

⁸⁰ QUINTANA VILLAR, María Soledad, *Legislación y jurisprudencia sobre el cuidado personal del niño y la relación directa y regular con él*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 33 (2009), p. 153.

Es en relación con las actitudes que puede tomar el demandado, que se presenta el problema, ya que, la ley solo hace referencia a la oposición contraponiéndola al allanamiento. Sin efectuar una distinción de aquellas actitudes intermedias.

A consecuencia de esto, tanto parte de la doctrina como la jurisprudencia, han entendido que, de no existir allanamiento total a la pretensión, el demandado se está oponiendo a ella. En otras palabras, todas aquellas actitudes intermedias entre el allanamiento y la oposición quedarían comprendidas dentro de esta última. Por lo tanto, les es aplicable la sanción prevista en el artículo 203 del Código Civil.

La Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia causa rol n° 883-2002, ha resuelto de conformidad a lo señalado. En el considerando octavo se señala: “*Se trata de una sanción dispuesta por la ley para la padre madre que debió ser forzado a asumir sus responsabilidades, lo que demuestra que el juez no puede liberar al padre o madre de ese efecto, si el reconocimiento ha sido forzado*”⁸¹. Sentencia pronunciada en el marco de un procedimiento iniciado por acción de reclamación, en que el demandado no se ha allanado expresamente a la demanda, sino que, ha pedido que ésta se acoja o rechace, según los resultados de las pruebas tendientes a comprobar la supuesta paternidad. Terminando este proceso con sentencia que establece la filiación del demandado respecto el niño y aplica la sanción del artículo 203 del Código Civil.

Pero, esta no es la única problemática relacionado con la delimitación del supuesto de aplicación de la sanción. Ya que, la modificación introducida por la Ley 20.030 dificulta, aún más, el establecimiento del supuesto. Para parte de la doctrina, incorpora una clase distinta de reconocimiento. El reconocimiento judicial provocado, regulado en el inciso 2° del artículo 199 bis del Código Civil.

Sin embargo, otros autores niegan la naturaleza jurídica de reconocimiento a esta figura, ya que carece de dos características propias de ese factor de determinación, entendido como acto jurídico. Estas son la voluntariedad y la extrajudicialidad.

En este sentido, Gandulfo Ramírez afirma “La nueva ley establece como *clase* la categoría de factor de determinación, y como miembros de ella: los factores particulares, como la sentencia, el parto, el reconocimiento, etc. Por tanto, no todo factor de determinación es reconocimiento, y posee una identidad distinta la sentencia jurisdiccional,

⁸¹Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia causa rol n° 883-2002, de 31 de marzo de 2008.

la cual no reconoce al menor como hijo de alguien, sino que derechamente lo constituye de forma jurídica, como hijo de tal persona. Ello claramente puede verse por dos cosas: cuando se entiende que el reconocimiento es un acto, privado, de admisión, y la sentencia es un acto jurisdiccional de orden constitutivo; y, por otra, en la tajante separación que efectúa la ley entre sentencia y reconocimiento: en el art. 186 indica que ‘la filiación... queda *determinada* legalmente por *reconocimiento* del padre, la madre... o por *sentencia firme* en juicio de filiación’ y, consecuentemente, al regular el reconocimiento, en el Tít. VII párr. 4, arts. 186 y ss., mientras que la sentencia firme está regulada en el Tít. VIII párrs. 2 y 3, arts. 204 y ss. Cuando la nueva ley civil habla de ‘reconocimiento’ ya supone e incluye que este es voluntario, y así lo dice la ley: ‘El reconocimiento del hijo tendrá lugar *mediante declaración formulada* con ese determinado objeto *por el padre, la madre o ambos*’, por lo que es trivial calificarlo voluntario en este contexto”.

Por tanto, debe entenderse que el reconocimiento es un miembro más dentro de la clase de los factores de determinación y que, así, todo reconocimiento es factor, pero no todo factor es reconocimiento. En tal sentido, este acto constituye un factor de tipo *no normativo y extrajurisdiccional*⁸².

En síntesis, este se nos presenta como un supuesto amplio de aplicación de esta sanción, así entendido, sería comprensivo de toda filiación no matrimonial determinada en el contexto de un procedimiento judicial –inclusive el inciso 2° del artículo 199 bis–, únicamente excluyéndose la situación en que el demandado se allana a la demanda.

El segundo aspecto problemático de esta sanción es aquel relativo a sus consecuencias. Como efecto directo de la sanción, se priva al progenitor de los derechos que tiene respecto del hijo, pero ¿Cuáles son esos derechos de los que el progenitor queda privado? En este sentido se consideran como prerrogativas del progenitor: el cuidado personal, la relación directa y regular, la corrección de los hijos, el derecho a dirigir su educación, el otorgar o negar el ascenso para contraer matrimonio, el autorizar o negar la salida del país, el derecho a administrar los bienes del hijo y el derecho a sucederlo, además de todos aquellos que la ley le confiera.

El problema en las consecuencias de la sanción, se presenta por el efecto indirecto su aplicación. Ya que, estos derechos o prerrogativas del padre constituyen, a su turno, derechos para el niño. Por lo tanto, son deberes del progenitor para con el hijo.

⁸² GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo, *Reconocimiento de paternidad. Tópicos y cuestiones civiles*, en *Revista Chilena de Derecho*. 34 (2007) 2, p. 206.

En palabras de Ramos Pazos “hablamos de ‘Derechos-Deberes’, pues el cuidar, criar y educar a los hijos, no es sólo un derecho o prerrogativa de los padres, sino, y muy fundamentalmente, el cumplimiento de una obligación que le impone su condición de progenitores”⁸³. El mismo autor, enumera los siguientes binomios de derechos y deberes: de cuidado, de crianza y educación, de visitas⁸⁴.

Como resultado de la aplicación de la sanción, no sólo se priva al progenitor de sus derechos. Sino también, al hijo de sus propios derechos, siendo ésta la principal crítica a la norma. Es en este punto, donde el principio del interés superior del niño toma relevancia, en su rol de garante de la satisfacción plena de los derechos del niño.

En voz de Quintana Villar, “en todas las disposiciones del ordenamiento jurídico relativas a los menores, subyace y a menudo, se patentiza, un principio general, cual es, el interés superior del menor. Y es este principio el que impone la obligatoriedad de los deberes de los padres para con los hijos.

Cabe destacar que, aunque los progenitores se ven privados de sus prerrogativas en los casos enumerados anteriormente, los hijos, en cambio, gozan de todos los derechos derivados de la filiación, en atención a aquel principio rector recientemente señalado”⁸⁵.

Esta problemática ha llevado a plantear la inconstitucionalidad de la norma, al afectar el derecho fundamental consagrado en el artículo 19 n° 2 de la Carta Fundamental, derecho de igualdad ante la ley. Su vulneración se explica porque los hijos de los progenitores sancionados en virtud del artículo 203 del Código Civil, no podrán ejercer sus derechos en iguales condiciones que los hijos de aquellos progenitores no sancionados.

Con la intención de salvar las dificultades que causa esta sanción, tanto en el supuesto de aplicación como en sus consecuencias, se han generado dos reacciones. En primer lugar, la redacción de un proyecto de ley para la modificación del artículo 203 del Código Civil y, en segundo lugar, el fenómeno de desaplicación de la norma, por parte de los tribunales.

⁸³ RAMOS PAZOS, René, *Derechos y obligaciones entre los padres e hijos de familia*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 20 (1999), p. 24.

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ QUINTANA VILLAR, María Soledad, cit. (n. 80), pp. 153-154.

En relación al proyecto de ley, presentado en el Boletín n° 4983-07 de la Cámara de Diputados, esta propuesta esgrime tres argumentos para la modificación del referido artículo.

Como primer argumento, la sanción puede generar situaciones injustas, pues existen casos en que el progenitor tiene motivos razonables para dudar de la filiación que se le reclama. El segundo argumento, es la intensidad de la sanción, esto en dos aspectos: a) la sanción se extiende por toda la niñez y adolescencia del menor, periodo en que mayormente requieren de la orientación de sus padres; b) inexistencia de un mecanismo de restitución de los derechos por medio de decisión judicial. Finalmente, se introduce como tercer argumento, la afectación o dolor que puede causar al niño la aplicación de esta figura, dado que esto quedará registrado en su certificado de nacimiento⁸⁶.

La segunda reacción es el fenómeno de desaplicación de la norma, por medio de la interpretación restrictiva del supuesto de aplicación y de esta forma evitar las consecuencias indeseadas para el niño. Se estudiará a partir de la sentencia causa rol n° 1526-2008 Corte Apelaciones de Concepción. En circunstancias similares se ha confirmado el mismo razonamiento, por sentencias posteriores: causa rol n° 106-2010 Corte Apelaciones de Talca, y causa rol n° 304-2016, Corte de Apelaciones de Concepción.

Sanción artículo 203 Código Civil, filiación determinada en oposición.
Sentencia causa rol n°1526-2008 Corte Apelaciones de Concepción.

La sentencia de alzada de rol n° 1526-2008 es bastante breve, pues se recurre únicamente de la sanción aplicada al padre. En primera instancia, se determinó la filiación respecto de la menor C. I. M. S.; además aplicándose la sanción en comento.

El demandado, en primera instancia, no se ha allanado a la sentencia puesto que ha manifestado tener dudas respecto de ser el padre la niña. Las pericias rendidas en juicio arrojaron que el demandado efectivamente es el padre de la menor. Determinada la filiación los jueces del fondo aplican la sanción en comento.

⁸⁶ Boletín n° 4983-07, Cámara de Diputados. Visto en <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=5166&prmTIPO=INICIATIVA>

La decisión de la Corte de Apelaciones es revocar la sanción impuesta, para ello el razonamiento realizado es el siguiente: señala como punto de inicio que la filiación ha sido determinada en virtud de la prueba pericial rendida, la cual fue decretada de artículo 199 bis del Código Civil⁸⁷. Una de las posibilidades, que contempla dicha norma, es que el demandado manifieste dudas sobre la paternidad o maternidad. Situación en que se encuentra el padre de la niña, en este caso.

Es este el punto que hace diferir a la Corte con los jueces del fondo, pues considera que el artículo 203 del Código Civil requiere la oposición del progenitor demandado. Cuestión que en este caso no ocurre.

En síntesis, la Corte revoca la sanción aplicada al padre por no constituir sus dudas, una oposición a la determinación de la filiación, restituyendo los derechos del padre.

Análisis de la desaplicación:

El estudio de esta sentencia parece simple, dado lo breve de la argumentación. Sin embargo, se debe ir más allá del razonamiento expresado por la Corte; pues tras su decisión existe un motivo que es fundamental, el interés superior del niño.

El estudio de este caso seguirá el mismo esquema ya utilizado. Primero se analizará la fundamentación de la omisión normativa, en atención al principio del interés superior del niño. En segundo lugar, se analizará la legitimidad de la omisión.

Debemos recordar que la omisión de la norma aquí se configura desde la perspectiva en el supuesto de aplicación de la misma comprende todas las actitudes del demandado que no sea allanamiento, incluso el supuesto regulado en el artículo 199 bis del Código Civil.

En relación con la fundamentación, tres de las funciones del principio del interés superior del niño que sirven de fundamento de esta decisión.

El primer argumento, es la función de criterio hermenéutico, esto porque la Corte toma la norma del artículo 203 del Código Civil y, por medio de su interpretación

⁸⁷ Artículo 199 bis. Entablada la acción de reclamación de filiación, si la persona demandada no comparece a la audiencia preparatoria o si negare o manifestare dudas sobre su paternidad o maternidad, el juez ordenará, de inmediato, la práctica de la prueba pericial biológica, lo que se notificará personalmente o por cualquier medio que garantice la debida información del demandado.

El reconocimiento judicial de la paternidad o maternidad se reducirá a acta que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo o hija, para lo cual el tribunal remitirá al Registro Civil copia auténtica.

restrictiva, adecúa su contenido al principio del interés superior del niño. Restringiendo la sanción únicamente al supuesto de oposición, excluyendo las actitudes intermedias que puede adoptar el demandado.

El segundo argumento, es la manifestación del principio como derecho sustantivo o de aplicación directa. Ya que, por la omisión de la norma, lo resguardado es el interés superior del niño en sí mismo. Este argumento nos lleva a la tercera función y, último argumento cual es, el interés superior del niño en su rol de garante de los demás derechos del niño. Con la omisión de esta norma se están resguardando todos los derechos del niño, de los que se habría visto privado por ser estos objetos de la sanción aplicada al padre.

Una vez determinada que la omisión es fundada, hemos de atender a la legitimidad de ella. La decisión de omitir la sanción del artículo 203 del Código Civil siempre trae aparejado el resguardo del principio en estudio, obteniendo este fin, sin exceder los límites del ordenamiento jurídico por medio de la interpretación restrictiva de la norma. En consecuencia, la omisión es de carácter legítima.

En síntesis, la omisión normativa es fundada y legítima, por lo que estamos ante una desaplicación de carácter lícito.

iii. Derecho de coparentalidad.

El principio del interés superior del niño, en su rol de garante, comprende los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, uno de cuales es el de coparentalidad. Éste, en voz de la profesora Illanes Valdés, se traduce en el “el derecho a ser cuidado y relacionarse con ambos padres”⁸⁸. Derecho que debe procurarse su satisfacción bajo cualquier modalidad de cuidado personal, pero es indudable su mayor afinidad con la modalidad de cuidado personal compartido.

Sobre el particular, el artículo 225 inciso 2° del Código Civil señala que, “*el cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad*”.

Este régimen de cuidado personal fue incorporado por la Ley 20.680. En ella, el legislador tomó una decisión en su regulación, estableciendo como única forma de acceso a

⁸⁸ ILLANES VALDÉS, Alejandra, cit. (n. 55), p. 142.

esta modalidad de cuidado de los hijos, el acuerdo o convenio de los padres. A diferencia de otros países, en que este régimen puede ser consecuencia de la atribución judicial o, incluso, opera como norma legal supletoria⁸⁹.

El principal argumento, que se esgrimió en la Comisión Mixta, para definir esta única vía de atribución del cuidado personal compartido es que, si los padres “no pueden ponerse de acuerdo en lo macro, menos podrán hacerlo en cuestiones cotidianas”⁹⁰.

Pero, este argumento puede ser refutado, tal como señala la profesora Illanes Valdés “es cierto que la custodia compartida requiere un grado de consenso y civilidad en la relación para funcionar adecuadamente, pero los estudios hechos a nivel comparado, y que incluso se tuvieron a la vista en la discusión de la ley, estiman que no toda conflictividad entre los padres debe ser necesariamente excluyente de la custodia compartida, solo lo son aquellas relaciones con un alto grado de conflictividad”⁹¹.

Si bien, se reconoce que la incorporación de esta institución es un avance significativo en la adecuación del Derecho de Familia a los tratados internacionales de derechos humanos, y a los principios que ellos consagran –en especial el principio del interés superior del niño y el principio de corresponsabilidad parental–, lo tocante a la forma de acceso al régimen en comento, ha generado críticas. Lo anterior ha ocurrido, principalmente, por la incoherencia con estos mismos principios que deben orientar su regulación. Incluso puede llegar a tal punto dicha discordancia, que constituya una vulneración a ellos.

A modo de ejemplo, las situaciones constitutivas de vulneraciones, pueden ser: en primer lugar, por mera oposición de uno de los padres; en segundo lugar, casos en que un desacuerdo menor entre los padres, que no permita llegar a un acuerdo sobre el régimen en general; en tercer lugar, una situación de mayor gravedad, si los padres deciden acerca de este régimen en contexto de violencia intrafamiliar, dado que no hay un límite al respecto.

⁸⁹ Biblioteca Congreso Nacional, “efectos de la custodia compartida en los niños y adolescentes, experiencia extranjera”, visto en www.bcn.cl/obtinearchivo?id=repertorio/10221/15193/1/PS_260712_ml_efectos%20de%20custodia%20compartida_final_v5.doc

⁹⁰ BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL, “Historia de la ley n° 20.680”, citado por ILLANES VALDÉS, Alejandra, cit. (n. 55), p. 140.

⁹¹ ILLANES VALDÉS, Alejandra, cit. (n. 55), p. 141.

Sumado a lo anteriormente dicho, la falta de regulación y protección de los derechos del padre o madre no custodio en las modalidades individuales de cuidado personal, han llevado a la presentación de demandas individuales de cuidado personal compartido, logrando su atribución por medio de esta vía, al esgrimir como fundamento el principio del interés superior del niño.

Esta situación es la que se analizará por medio de las siguientes sentencias: en primer orden, la causa rol n° 22881-2014 de la Corte Suprema, caratulada “Gröppe con Richards”; en segundo orden la causa rol n° 8-2015 de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, caratulada “Zuñiga con Sáez”.

- a) Causa rol n° 22881-2014 de la Corte Suprema, caratulada “Gröppe con Richards”.

En autos don Jan Gröppe dedujo demanda contra doña Constanza Alejandra Richards Yañez, por el cuidado personal compartido del hijo de ambos, ante el tercer Juzgado de Familia de Santiago; tribunal que declaró inadmisibile la acción. En contra de esa resolución la parte demandante dedujo recurso de reposición con apelación en subsidio. Conociendo este último la Corte de Apelaciones de Santiago, que confirmó la sentencia de primera instancia. En contra de esto último, el demandante deduce recurso de casación en el fondo⁹².

Los argumentos que expone el actor, para optar por este régimen, son circunstancias de hecho que, en su consideración, tienen directa relación con el interés superior de su hijo. En primer lugar, esgrime que antes de la separación, la pareja distribuía de forma equivalente el cuidado del hijo y las labores del hogar. En segundo lugar, plantea que por su trabajo tiene un sistema de turnos, consistente en nueve días de trabajo y cinco días de descanso, lo que permite la mejor implementación de este régimen compartido.

⁹² Los hechos jurídicamente relevantes del caso son:

- a) Demandante y demandada contrajeron matrimonio el día 15 de julio de 2011, a la fecha de la demanda el vínculo no se ha disuelto.
- b) Con fecha 12 de junio de 2012 nace el hijo de ambos, Bastián Andreas Gröppe Richards, de 1 año 8 meses al tiempo de la demanda.
- c) El término de la vida en común se produce el día 3 de agosto de 2013.
- d) El demandante trabaja como geólogo en una compañía minera concedida en el norte del país, Barrick Chile Ltda., en un sistema de turnos correspondiente a 9 días de trabajo y 5 días de descanso en la ciudad de Santiago, ciudad de domicilio de los cónyuges.

La Corte, para resolver el recurso analiza el control de admisibilidad de la demanda. Explicando las razones de su establecimiento en sede de familia y, subrayando, que el control de admisibilidad es un filtro procesal que siempre debe vincularse al derecho sustantivo que le subyace. En este caso, el artículo 54-1 de la Ley 19.968 debe concordarse con el inciso 3 del artículo 225 del Código Civil.

Es decir, para la Corte, el control de admisibilidad se supedita a la materia sustantiva y al interés jurídico que se busca tutelar por medio del ejercicio de la acción. Así, a la demanda unilateral de cuidado personal compartido le subyace un interés legítimo y de relevancia jurídica, este es el interés superior del niño.

En tal sentido, la Corte señala en el considerando cuarto de su sentencia que, si la admisión de la pretensión no está expresamente prohibida o excluida y existe un interés legítimo que merece tutela jurídica, debe darse curso a la acción.

Razonamiento de los magistrados que expresa claramente el recurrente en uno de sus argumentos, y que la Corte han considerado especialmente al tratarse del interés superior del niño, “[...] en cuanto al artículo 16 de la Ley N° 19.968, sostiene que el interés superior del niño debe inspirar la normativa, las decisiones judiciales, el trabajo de los especialistas, el desempeño de los padres en su rol. Los niños son personas respecto de los cuales la sociedad tiene la responsabilidad de garantizarles un adecuado desarrollo mental, emocional, afectivo y psíquico. El interés superior del niño, niña y adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento [...]”⁹³.

En consecuencia, la Corte Suprema –en sentencia de reemplazo– decide admitir a tramitación la pretensión del demandante, al concordar el derecho sustantivo con el control de admisibilidad de la demanda. Señalando que debe darse curso progresivo al proceso por juez no inhabilitado para el conocimiento de la causa⁹⁴.

Análisis de la desaplicación:

El primer punto de análisis, como ya se ha hecho en los anteriores casos, es la fundamentación de la omisión normativa. La Corte al analizar la admisibilidad de la demanda y vincularla al derecho sustantivo que se reclama, esto es el cuidado compartido

⁹³ Considerando primero, Sentencia Rol n° 22.881- 14 Corte Suprema.

⁹⁴ Sentencia de reemplazo, Rol n° 22.881- 14 Corte Suprema.

del menor. Estima que a esta pretensión subyace la protección del interés superior del niño, bajo esta perspectiva el juez está facultado para dar curso a la demanda.

Así, el principio del interés superior del niño en el caso concreto toma tres roles. En primer lugar, la función de norma de procedimiento, siendo el fundamento procesal para la admisibilidad de la demanda. En segundo lugar, como derecho sustantivo, ya que se busca su protección en sí mismo. En consecuencia, el tercer rol que adopta es el de garante de los demás derechos del niño, con principal orientación al resguardo del derecho de coparentalidad.

Sin embargo, la fundamentación de esta sentencia es incompleta, puesto que, en ningún momento, la Corte, determina en que consiste el interés superior del niño en el caso concreto. Únicamente enfoca su argumentación desde la perspectiva de la facultad del juez, más no desde la perspectiva del niño, como debería ser. Al ser incompleta su fundamentación, hemos de calificarla como una omisión infundada.

Como ya hemos dicho, toda decisión infundada será también ilegítima. Pero, cabe destacar, que en este caso –pendiente el procedimiento– se interpuso una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 225 del Código Civil, esgrimiendo la inconstitucionalidad del mecanismo de acceso al régimen estudiado.

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia causa rol n° 2699-14 determina que la norma es constitucional, pues la opción que ha tomado el legislador –al determinar dicha forma de atribución– no es contraria al texto constitucional⁹⁵. Pese a ello, la Corte decide dar curso a la demanda, lo cual no solo implica la infracción del artículo antes señalado, sino que también se desconoce la limitación que implica el artículo 54-1 de la Ley 19.968.

Como bien señala el voto disidente en el caso, el control de admisibilidad se debe concordar con el derecho sustantivo ejercido en la pretensión, en este caso el cuidado personal compartido. Como se ha dicho antes, admite únicamente su acceso por vía de acuerdo entre los progenitores. Por lo tanto, se han vulnerado ambas disposiciones con la decisión de la Corte.

En suma, este caso presenta una omisión normativa infundada e ilegítima, por lo tanto, es una desaplicación de carácter ilícito.

⁹⁵ Considerando séptimo, sentencia causa rol n° 2699-14 INA. Tribunal Constitucional

b) Causa rol n° 8-2015 de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, caratulada “Zúñiga con Sáez”.

Alfredo Mauricio Zúñiga Fuenzalida demanda por cuidado personal compartido de su hijo, Lorenzo Antonio Zúñiga Sáez, a Kesna Soledad Sáez Pantanelli, la madre. En primera instancia, el Tribunal de Familia de Coyhaique, acoge la demanda. En contra de esta resolución, la demandada interpuso recurso de apelación, el cual fue rechazado, confirmándose la decisión del tribunal a quo.

La Corte de Apelaciones de Coyhaique considera que la decisión de la juez de familia, es decir, conceder el cuidado personal a ambos padres, es correcta y ajustada a la ley –Código Civil y la Ley 20.680– y al principio del interés superior del niño.

Para llegar a esta conclusión, la Corte inicia su razonamiento con la conceptualización del cuidado personal⁹⁶. Posteriormente, discurre sobre la incorporación por la Ley 20.680 de la figura del cuidado personal compartido.

En el considerando octavo, la Corte identifica las formas de atribución del cuidado personal, determinando que la forma de atribución que correspondía aplicar en el caso es la regla legal supletoria, pero luego, establece la primera razón de su argumentación: el respeto al principio del interés superior del niño. Así expresa que, “[...] *la atribución legal del cuidado personal del menor, sin duda alguna, cede frente al interés superior del niño, pues en cuanto al orden de precedencia en que deben ser aplicados los estatutos mencionados, cabe sostener que en primer lugar y por sobre toda regla o principio, debe considerarse el interés superior del niño*”⁹⁷. La prevalencia del principio del interés superior del niño, de acuerdo a la Corte, es por mandato expreso de la ley en los artículos 242 del Código Civil y 16 de la Ley 19.968.

Continuando su argumentación, la segunda razón que ofrece la Corte, dice relación con la facultad del juez para fijar esta forma de cuidado personal, su fundamento se encontraría en el mismo artículo 225 inciso 3°, la atribución judicial. Forma de atribución que posibilita al juez, según abundante jurisprudencia, para modificar no solo la atribución convencional; sino también la legal⁹⁸.

⁹⁶ “[...]sin embargo, en doctrina se dice que la tuición "es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a ciertas personas señaladas en la Ley o por el juez, respecto al cuidado personal, a la crianza y la educación de los hijos". Es por ello que cuando se habla de "cuidado personal del menor" se está refiriendo precisamente a la tuición.” Considerando sexto, sentencia rol n° 8/2015 Corte de Apelaciones de Coyhaique.

⁹⁷ Considerando octavo sentencia rol n°8/2015 Corte de Apelaciones de Coyhaique.

⁹⁸ Razonamiento expresado en el considerando noveno de la misma sentencia.

Finalmente, la tercera razón en la argumentación de la Corte, es el principio de igualdad de derechos y obligaciones de ambos padres en el cuidado del niño, consagrado éste en el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Principio que, para la Corte, es un complemento al interés superior del niño.

Por estas razones la Corte de Apelaciones de Coyhaique decide confirmar la sentencia de primera instancia, que fija el régimen de cuidado personal compartido respecto del menor Lorenzo Antonio Zúñiga Sáez.

Si bien la sentencia en análisis es la de la Corte de Apelaciones de Coyhaique. Es necesario mencionar que ésta fue recurrida mediante casación en el fondo, la cual finalmente es acogida por la Corte Suprema, estimando que existe una infracción a la ley. Pues argumenta que, del artículo 225 del Código Civil, no se extrae la posibilidad del juez de establecer el cuidado personal compartido.

Análisis de la desaplicación:

Esta sentencia resulta bastante difícil de analizar en orden a determinar el tipo de desaplicación que se configura, dado que *a priori* posee una argumentación bastante robusta.

En cuanto a la fundamentación de la omisión normativa, la Corte expone una gran cantidad de argumentos, los cuales se basan en distintos roles del interés superior del niño, como analizaremos.

En primer lugar, el rol de garante del interés superior del niño; considerando el régimen de cuidado personal, por su naturaleza, satisface en mayor medida el derecho de coparentalidad. Derecho que implica que ambos padres cuiden del niño.

En segundo lugar, su rol como norma resolutoria de conflictos; entre la contraposición de intereses de los padres y los del hijo, siempre debe primar el interés superior de este último. En el caso, la Corte sustenta que el interés superior del menor concernido es mejor resguardado por el régimen de cuidado atribuido a ambos padres, primando por sobre el interés de la madre de mantener un régimen individual de cuidado.

En tercer lugar, su función de derecho sustantivo cuyo resguardo, de acuerdo al razonamiento de la Corte, autoriza al juez a modificar la atribución legal del régimen de cuidado personal, regla que era aplicable al caso.

Esta sentencia, en su argumentación nos muestra el carácter de meta-principio del interés superior del niño. Expresa su rol de garantía y múltiples funciones, pero olvida la doble dimensión del principio. Es decir, su configuración teórica o abstracta necesariamente debe llegar a la concreción de ese interés en el caso particular, determinación que los sentenciadores no realizan en este caso. En síntesis, la fundamentación de esta omisión normativa es incompleta.

En cuanto a la legitimidad de la omisión, como ya se ha revisado anteriormente, la opción del legislador de establecer como única vía de acceso a este régimen el acuerdo de los padres, no es considerada contraria a la Constitución Política de la República por el Tribunal Constitucional⁹⁹. En consecuencia, la decisión de la Corte excede los límites del ordenamiento jurídico al no atender a la norma que expresamente regula la forma de atribución de este régimen de cuidado personal. Por consiguiente, es una omisión ilegítima.

Como resultado del análisis de esta sentencia, hemos determinado que la omisión normativa, presente en ella, es infundada e ilegítima. Por lo tanto, la desaplicación en este caso es ilícita.

A modo de cierre de este apartado y, por tanto, aplicable a ambas situaciones analizadas, hemos de señalar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el artículo 225 del Código Civil, en cuanto indica que la única vía de acceso que el legislador permite para el régimen del cuidado personal compartido, es el acuerdo de los padres. Este órgano ha determinado que lo anterior se encuentra en armonía con la carta fundamental, es decir, su constitucionalidad ha superado el control que ejerce el Tribunal Constitucional, bajo el sistema de control concentrado existente en nuestro ordenamiento jurídico.

Pero, en el supuesto de existir en nuestro sistema un control difuso de constitucionalidad, ambos casos de omisión normativa revisados seguirían siendo ilegítimos. Esto, porque, como ya estudiamos previamente en este trabajo, los tratados internacionales de derechos humanos para nuestro Tribunal Constitucional, no tienen el mismo rango que la Constitución Política. Por lo tanto, los principios de Derecho de Familia consagrado en ellos, y en los que se fundan los casos de desaplicación estudiados,

⁹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, causa rol n° 2699-14 INA.

no serían un criterio de control de la constitucionalidad de la ley, ya que no tienen dicho rango¹⁰⁰.

En este sentido, aun bajo un sistema de control difuso de constitucionalidad, el juez no podría omitir la aplicación de la norma, ya que se trataría de un tema de mera legalidad.

¹⁰⁰ Asunto que trata el mismo fallo del Tribunal Constitucional y, que fue examinado en el capítulo primero de este trabajo.

CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo era realizar un análisis crítico del fenómeno de la desaplicación en el Derecho Familia, desde la perspectiva del principio del interés superior del niño. Para lograr lo anterior, en el primer capítulo nos enfocamos en dos aspectos que son esenciales que, más adelante, servirían para la consecución de dicho objetivo. El primero de estos aspectos es la delimitación del fenómeno, que consiste en una omisión normativa que puede ser analizada según dos elementos: su fundamento y su legitimidad, sustentados en razón del principio del interés superior del niño. Dada la configuración de estos elementos es que nos encontramos con dos tipos de desaplicación: lícitas e ilícitas.

El segundo aspecto, dice relación con el rol que tienen los principios en el Derecho de Familia, porque este fenómeno tiene lugar en virtud de un principio. Para esto, desentrañamos cuál era el rol que tienen los principios en el ordenamiento jurídico en su conjunto, para luego analizarlos desde la perspectiva de esta rama en particular. De esta manera, los roles identificados son: de interpretación, de orientación y de fuente del derecho.

En el segundo capítulo, tratamos el principio del interés superior del niño, en cuanto a su consagración, contenido y sus funciones, pues es respecto de este principio que se produce el fenómeno en estudio. Referido al primer tema, constatamos que, principalmente, ha sido consagrado en instrumentos de carácter internacional, especialmente, en la Convención sobre los Derechos del Niño. Lo anterior, sin perjuicio de que nuestro legislador haya efectuado reformas al derecho nacional, para incorporarlo. En cuanto al contenido, la mayoría de la doctrina está conteste en que éste es la plena satisfacción de los derechos del niño.

Finalmente, en este capítulo, estudiamos las funciones atribuidas a este principio, cuales son, interpretativa, orientadora, de fuente del derecho y, además, como norma de procedimiento y de resolución de conflictos.

En el capítulo tercero, realizamos un análisis del fenómeno de la desaplicación en el Derecho de Familia, por medio de las sentencias en las que éste se materializa. Para esto, en primer lugar, concluimos que la forma en cómo se vincula el principio del interés superior del niño con la labor del juez, es bajo la naturaleza de un meta-principio. Esto, por dos razones, la primera, por su dimensión teórico-fáctica y; la segunda, su rol de garante.

Para analizar el fenómeno, el conjunto de sentencias estudiadas, fueron agrupadas según ciertos parámetros, cuales son: el derecho de identidad; derechos del niño en relación con la sanción del artículo 203 del código civil y; el derecho de coparentalidad.

Acerca del derecho de identidad, identificamos dos situaciones distintas, la primera respecto de la cosa juzgada y la segunda respecto del plazo de prescripción de la acción de impugnación del artículo 212 del código civil. En ambas, se utilizó el principio del interés superior del niño como fundamento del resguardo de derecho de identidad por medio de la preeminencia de la verdad biológica. Sin perjuicio de que estas omisiones son fundadas, ambas son ilegítimas, porque en el primer caso, se desatiende la configuración de una institución pese a cumplirse todos sus requisitos. En el otro caso, se identifican nuevos elementos, que no se encuentran contenidos en la norma. Por ello, respecto del derecho de identidad, analizamos desaplicaciones de tipo ilícito.

En lo relativo al conjunto de derechos del niño y la sanción contenida en el artículo 203 del código civil, bajo el supuesto amplio de aplicación de ella, es que se estudió su omisión, fundada en el principio del interés superior del niño. Esto, porque las prerrogativas de las que la sanción priva al progenitor, constituyen a su vez derechos del niño y, por lo tanto, deberes del primero para con el segundo. De ahí la importancia de su prevalencia en razón del principio mencionado.

Ahora bien, lo relevante de este caso es que la omisión normativa se logra por medio de la interpretación restrictiva de la norma, sin exceder los límites del ordenamiento jurídico, por lo tanto, estamos ante una desaplicación lícita.

Finalmente, respecto de derecho de coparentalidad, se estudió desde la perspectiva del mecanismo de acceso al régimen de cuidado personal compartido, el que ha demostrado la discrepancia existente entre la legislación y los principios que debe servir para su orientación. En ambos casos, los jueces sustentaron su decisión en el principio del interés superior del niño, sin embargo, pasaron por alto el dotarlo de contenido. En consecuencia, la argumentación es incompleta y, por lo tanto, infundada. Además, estas omisiones implican una infracción a una norma legal, en la que subyace una decisión legislativa.

Sin perjuicio de lo anterior, si los jueces hubieren acudido al mecanismo formal para desvincularse de la norma –la acción de inaplicabilidad de por inconstitucionalidad de preceptos legales–, de todas maneras, no lo habrían podido hacer, puesto que no es una cuestión de constitucionalidad. Esto, dado que los instrumentos que consagran los

principios, en los que se sustentaría la omisión, no tienen rango constitucional. Lo mismo habría ocurrido si existiera un control difuso de constitucionalidad en nuestro sistema.

Si bien, el objetivo de este trabajo no era identificar la causa del fenómeno, se pudo evidenciar, en los casos estudiados, que éste se producía por una fisura en el sistema jurídico, porque existen colisiones de derechos o la contraposición de la norma con los principios que deberían orientarla. Lo anterior, creemos, da pie para un estudio posterior de aquellas fisuras o problemáticas que presente la regulación, en concordancia con los principios orientadores de la misma.

BIBLIOGRAFÍA

ARTÍCULOS Y MANUALES.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel; Ruiz Manero, Juan, *Sobre principios y reglas*, (1991), pp. 101-120.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Fundamentos el derecho de familia y de la infancia* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2011).

BARROS BOURIE, Enrique, *Reglas y principios en el Derecho*, en Anuario de Filosofía Jurídica. 2 (1984), pp. 269-281.

DEL PICÓ RUBIO, Jorge; ACUÑA, Marcela; AEDO, Cristian; JARUFE, Daniela; MONDACA, Alexis; RIVEROS, Carolina, *Derecho de Familia* (Santiago, Thomson Reuters, 2016).

CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de Derecho Procesal*⁶ (Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 2005), III.

CILLERO BRUÑOL, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*. 1 (1999), pp. 45-63.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*² (Barcelona, Editorial Ariel, SA., 1989).

GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo, *Reconocimiento de paternidad. Tópicos y cuestiones civiles*, en *Revista Chilena de Derecho*. 34 (2007) 2, pp. 201-250.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*¹⁰. (Madrid, Civitas ediciones, 2000), I.

GREEVEN BOBADILLA, Nel, *Filiación: Derechos fundamentales y problemas de su actual normativa*, (Santiago, Editorial Librotecnia, 2017).

ILLANES VALDÉS, Alejandra, *Derecho del padre a determinar e impugnar su paternidad: nudos críticos y necesidad de respuestas coherentes*, en LEPIN (*a cura di*), Estudios de Derecho Familiar I: Jornadas nacionales de Derecho Familiar (Santiago de Chile, Legal Publishing, 2016), pp. 181-196.

ILLANES VALDÉS, Alejandra, *Incoherencias del régimen de custodia compartida introducido por la ley 20.680*, en BARRÍA (a cura di), *Estudios de Derecho Civil XI: Jornadas nacionales de Derecho Civil* (Santiago de Chile, Legal Publishing, 2016), pp. 139-152.

ISLER SOTO, Erika, *Los principios en la ley 19.947: análisis y desarrollo*, visto en <https://www.google.cl/search?q=Los+principios+en+la+ley+19.947%3A+an%C3%A1lisis+y+desarrollo&oq=Los+principios+en+la+ley+19.947%3A+an%C3%A1lisis+y+desarrollo&aqs=chrome..69i57j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8#>

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Cuidado personal de los hijos*. En análisis de la ley de matrimonio civil y tribunales de familia, (Santiago, Punto Lex S.A., 2005).

LEPIN MOLINA, Cristian, *Derecho familiar chileno*. (Santiago, Legal publishing, 2017).

LÓPEZ DÍAZ, Carlos, *Tratado de derecho de familia* (Santiago, Editorial Digesto, 2016).

MARINONI LÓPEZ, Luiz; PÉREZ RAGONE, Álvaro; NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot-Legalpublishing, 2010).

NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *Desaplicación e inaplicación jurisdiccional de las leyes en Chile: Ejercicio de la jurisdicción y control concreto de constitucionalidad*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. 2 (2012), pp. 191-236.

PETTIGIANI, Eduardo, *El interés superior del menor ¿es superior a todo interés?*, Ponencia realizada para el X Congreso Internacional de Derecho de Familia”.

QUINTANA VILLAR, María Soledad, *Legislación y jurisprudencia sobre el cuidado personal del niño y la relación directa y regular con él*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 33 (2009), pp. 149-172.

RAMOS PAZOS, Rene, *Derechos y obligaciones entre los padres e hijos de familia*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XX* (Valparaíso, 1999), pp. 23-37

RAVETLLAR BALLESTÉ, Isaac; PINOCHET OLAVE, Ruperto, *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su*

configuración en el derecho civil chileno, visto en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300007

ROCA TRÍA, María. *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, (Madrid, editorial Civitas, 1999).

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, causa rol n° 2699-14 INA.

CORTE SUPREMA, CAUSA rol n°22881/ 2014.

CORTE SUPREMA, causa rol n° 3784-2013

CORTE SUPREMA, causa rol n° 6936-2014

CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE, causa rol n°8/ 2015.

CORTE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, causa rol n°1526-2008

CORTE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, CAUSA rol n°304-2016

CORTE APELACIONES DE TALCA, causa rol n°106-2010.

FUENTES NORMATIVAS.

Constitución Política de la República.

Convención Americana de Derechos Humanos

Pacto De Derechos Civiles Y Políticos

Convención Sobre Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer.

Convención sobre los Derechos Del Niño.

DFL-1, Código Civil

Ley 1552, Código De Procedimiento Civil

Ley 19.947, De Matrimonio Civil

Ley 19.968, Que crea Tribunales de Familia

Ley 20.680, Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados

ley 20.084, establece sistema de responsabilidad de adolescentes por infracciones a la ley penal.

Ley 20.030, Modifica el Código Civil, en lo relativo a la exigencia de presentación de antecedentes para dar curso a la demanda de reclamación de maternidad o paternidad, ya la valoración de los medios de prueba sobre el particular.

OTRAS FUENTES.

CÁMARA DE DIPUTADOS, Boletín n° 4983-07, Visto en <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=5166&prmTIPO=INICIATIVA>

DIGESTO libro 2, título 1 párrafo 2.