



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE
VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



EL SISTEMA DE GUARDAS DEL ARTÍCULO
367 DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO ES
CONTRARIO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO
DEL ARTÍCULO 3 DE LA CONVENCIÓN SOBRE
LOS DERECHOS DEL NIÑO

Memorista: Yenifer Garrido Cornejo.
Profesor guía: Francesco Carretta Muñoz.

VALPARAÍSO, CHILE
2017

Llevo en mi memoria cada juego compartido,
cada tierna caricia de consuelo,
llevo tu corazón cerca del mío.

A mi querido hermano Ariel porque
mis sueños también fueron parte de los suyos.

ÍNDICE

TEMAS	PÁGINAS	
INTRODUCCIÓN.....	4	
CAPÍTULO I: “MARCO GENERAL: LAS GUARDAS.		
1. Concepto.....	5	
2. Clasificación.....	5 - 6	
2. a. Guarda Legítima.....	6 - 7	
2. b. Guarda Dativa.....	7	
3. Diligencias y formalidades que anteceden el ejercicio de la guarda.....	7	
4. Procedimientos para el nombramiento de guarda legítima y dativa.....	7 - 8	
5. Modificación en la regulación de las guardas.....	8 - 9	
CAPÍTULO II: ANÁLISIS HISTÓRICO DE LA SITUACIÓN DE LOS NIÑOS A LA ÉPOCA DE LA DICTACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO A PARTIR DEL AÑO 1990.		
1. Situación jurídica del niño antes de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño.....	10 - 12	
1. a. Tribunales de Menores.....	12 - 13	
2. Situación jurídica del Niño Post- ratificación de la Convención.....	14 - 15	
2. a. Tribunales de Familia.....	15 - 18	
3. Interés Superior del Niño.....	19 - 21	
CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA.....		22
a. Análisis del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y de la sentencia Rol N°2867-15.....	22 - 28	
b. Análisis del razonamiento de la jueza de Familia de Pudahuel.....	28 - 30	
c. Análisis de la opinión de María Sara Rodríguez.....	30 - 31	
d. Análisis de la sentencia Rol N°2987-16.....	31- 33	
e. Problemática del Sistema de Guardas Legítima respecto de los Menores de edad, su vulneración al principio del Interés Superior del Niño y la posible solución.....	33 - 41	
CONCLUSIÓN.....	42- 43	
BIBLIOGRAFÍA.....	44- 45	
ANEXOS.....	46	

INTRODUCCIÓN

El siguiente trabajo tiene por objeto primordial, dar cuenta que el artículo 367 del Código Civil atenta contra el principio del Interés Superior del Niño contemplado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y acogido por nuestro ordenamiento en el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia.

Para lograr acreditar aquello, este trabajo consta de tres capítulos. El primero trata sobre el marco general del sistema de guardas regulado por el Código Civil chileno. En el segundo acápite se analiza la perspectiva hacia los menores desde una óptica jurídica, es decir, la transición de ser considerado un objeto del pater familia a un sujeto de derecho. Y en el tercer capítulo se analiza la primera sentencia por parte del Tribunal Constitucional chileno que acoge un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 367 del Código Civil, que como se colige más adelante, este precepto vulnera el interés superior del niño haciendo diferencias arbitrarias e injustificadas con aquellos niños, niñas o adolescentes con ambos padres fallecidos. Lo anterior, se deja en evidencia, comparando tales circunstancias con la situación que poseen los niños, niñas o adolescentes con ambos padres vivos o con al menos un padre sobreviviente, que se encuentran amparados por la institución del cuidado personal que si contempla un debido proceso cubierto por el principio antes señalado.

Por lo tanto, para llegar a la hipótesis descrita en el título precedente, se tiene por objetivo; acreditar que el sistema de guardas vigente en el ordenamiento jurídico chileno no ha tenido modificaciones en su esencia desde la época de dictación del Código Civil, que la mirada hacia el niño ha evolucionado enormemente dejándolo en calidad de sujeto de derecho, que Chile tiene un compromiso internacional respecto a incorporar la normativa de la Convención de los Derechos del Niño a su derecho interno, que el interés superior del niño está amparado por dicha Convención que se encuentra vigente y ratificada por Chile, y que existe un trato diferenciado e injustificado hacia los menores sujetos a la institución del cuidado personal y a la institución de las guardas. Todo lo anterior para finalmente demostrar que el sistema de guardas legítima encaminado a menores de edad, vulnera el interés superior del niño.

CAPÍTULO I: MARCO GENERAL: LAS GUARDAS¹

La institución de las tutelas y curadurías aparece reglamentada de manera desmesurada en el Código Civil, debido a que Andrés Bello siguió al Derecho romano y a las Partidas, no dándole cabida entre las personas sometidas a guarda a los menores sujetos a patria potestad o potestad del marido, manteniendo la distinción entre tutelas (impúberes) y curatelas (menores adultos y mayores interdictos), y además tomando en consideración que los cargos de guardadores sean ejercidos por individuos que desempeñan una función social, esto relacionado con el parentesco. Actualmente las guardas se encuentran reguladas en el Título XIX denominado “De las tutelas y curadurías en general”, del Libro I del Código Civil, esto es, del artículo 338 al 389.

1- CONCEPTO:

Las guardas son definidas en el artículo 338 del Código Civil, el que dispone lo siguiente: “*las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que pueda darles la protección debida*”. Por lo tanto, se puede desprender que el sistema de guardas está inspirado en un ámbito patrimonial.

2- CLASIFICACIÓN:

TUTELAS Y CURATELAS O CURADURÍAS: según el artículo 341 del Código Civil están sometidos a tutela los impúberes y según el artículo 342 del Código, se someten a curaduría los menores adultos, los pródigos, los dementes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente.

GENERALES, DE BIENES, ADJUNTAS Y ESPECIALES: se distingue entre estas tres clases de guarda en atención a la extensión de las facultades que le correspondan al guardador.

La guarda general confiere al guardador la representación del pupilo, la administración de su patrimonio y a su propio cuidado, según el artículo 340 del Código Civil. Están sujetos a curaduría general los menores adultos, los pródigos, interdictos por tal causa, los dementes que se encuentran en la misma situación y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente, según el artículo 342 del Código.

Las demás formas de curaduría no se refieren a la persona del pupilo, sino exclusivamente a su patrimonio, a parte de él o a un acto jurídico determinado. Están sujetos

¹ ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, *De las Guardas en General* (2011), pp.1-14. Recurso disponible en línea: <https://es.scribd.com/document/155295155/De-Las-Guardas-en-General> [fecha de consulta: 6 de enero de 2017]

a curaduría de bienes el ausente, la herencia yacente y los derechos eventuales del que está por nacer, según el artículo 343 del Código Civil. Son curadores adjuntos aquellos que se dan en ciertos casos a las personas que están bajo patria potestad o bajo tutela o curaduría general, para que ejerzan una administración separada, según el artículo 344 del Código. Son curadores especiales aquellos designados para un negocio particular, según el artículo 345.

TESTAMENTARIAS, LEGÍTIMAS Y DATIVAS: esta clasificación es elaborada en atención al origen de nombramiento, según el artículo 353 del Código Civil. En primer lugar, son guardas testamentarias aquellas que se constituyen por acto testamentario. Puede constituirse también por actos entre vivos, cuando se hace una donación al pupilo en los términos del artículo 360 del Código. En segundo lugar, son guardas legítimas aquellas que se confieren por ley a los parientes o al cónyuge del pupilo. Finalmente, son guardas dativas aquellas conferidas por justicia.

Para efectos de esta memoria, será necesario prestar especial atención, dentro del criterio de distinción recién mencionado, a aquellas guardas que resultan ser conferidas por la ley, denominadas por el legislador como guardas legítimas.

2. A GUARDA LEGÍTIMA

Se encuentra regulada en el artículo 366 del Código Civil. La hipótesis bajo la cual se regula es la siguiente: la ley establece quien ha de ejercer la guarda de manera supletoria en tres supuestos, ya sea cuando las personas que tienen derecho a designar guardador no lo han hecho, cuando expira la guarda testamentaria o cuando no hay personas con derecho a hacer tales designaciones.

Este tipo de guardas opera en una serie de casos: 1) cuando el padre o la madre no han ejercitado el derecho, en su testamento; 2) cuando el designado era incapaz de ejercer la guarda o se excusó de hacerlo; 3) cuando expiró la guarda testamentaria; 4) cuando el menor es emancipado, ya sea legal o judicialmente.

Para mencionar a los titulares de la guarda legítima, es necesario distinguir entre aquellas personas llamadas a este tipo de guardas tanto respecto de aquel hijo de filiación matrimonial, como de aquel que no lo es:

- Personas llamadas a la guarda legítima del hijo de filiación matrimonial, según el artículo 367 del Código Civil. En primer lugar, el padre del pupilo; en segundo lugar, la madre; en tercer lugar, los demás ascendientes; en cuarto lugar, los hermanos del pupilo y los hermanos de los ascendientes del pupilo. Si no hubiere lugar a la guarda del padre o madre, el juez, después de oír a los parientes del pupilo, elegirá primero entre los demás ascendientes y a falta de estos entre los colaterales citados, la persona que le pareciere más apta y que mejores seguridades presentare; podrá también elegir más de una y dividir entre ellas las funciones.

- Personas llamadas a la guarda legítima del hijo de filiación no matrimonial según el artículo 368. Corresponderá al padre o madre que primero haya reconocido voluntariamente al hijo. Si ambos lo reconocieron voluntaria y simultáneamente, la guarda corresponderá al padre. Este llamamiento pondrá fin a la guarda en que se hallare el hijo que es reconocido, salvo el caso de inhabilidad o legítima excusa del que, según lo expuesto, es llamado a ejercerla. En los demás casos (filiación no determinada o cuando estándola el reconocimiento ha sido forzada), la guarda será dativa.

-La guarda legítima se caracteriza porque puede ser una tutela o una curaduría general. Además, la ley no designa curadores de bienes, ni adjuntos o especiales. Finalmente, no puede estar sometida a plazo o condición: la guarda legítima es siempre pura y simple.

2. B GUARDA DATIVA

Son aquellas tutelas y curadurías que confiere el magistrado, teniendo como hipótesis de procedencia en caso que no existen parientes designados por ley, o en caso en que, si existiendo un curador legítimo o testamentario, no pueden ejercer el cargo. Este tipo de guarda se encuentra regulado desde el artículo 370 al 372.

3- DILIGENCIAS Y FORMALIDADES QUE ANTECEDEN AL EJERCICIO DE LA GUARDA

Se encuentran establecidos en los artículos 373 y siguientes del Código Civil: el discernimiento, que es el decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer el cargo, según el artículo 373 inciso segundo del Código; la fianza, que debe anteceder al decreto de discernimiento, caución que puede ser sustituida por una prenda o hipoteca, según los artículos 374 y 376 del Código; finalmente, la confección de un inventario solemne antes de entrar en el desempeño de su cargo (artículo 374), que debe contener una relación circunstanciada de los bienes raíces y muebles del pupilo, y si se omitieren algunos, deberán realizarse inventarios complementarios con las mismas formalidades, según el artículo 383.

En cuanto a las normas referidas a la administración por parte de los guardadores con respecto a los bienes del pupilo, obligaciones del guardador y responsabilidades inherentes al cargo, incapacidades y excusas para ejercer la guarda, remuneración y remoción de los guardadores, no serán desarrollados puesto que no es relevante para el tema objeto de estudio de esta memoria, lo que sí es importante señalar es el procedimiento para el nombramiento de guarda legítima y guarda dativa.

4- PROCEDIMIENTOS PARA EL NOMBRAMIENTO DE GUARDADORES LEGÍTIMOS Y DATIVOS

En cuanto al procedimiento aplicable para la designación de guardador legítimo, es preciso distinguir si va dirigido a los pupilos menores de edad o a los pupilos mayores de edad. Si va encaminado al establecimiento de guardador legítimo para pupilos menores de edad, se aplica procedimiento contencioso regulado en el artículo 112 de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, y por lo tanto, será el Juzgado de Familia el que conocerá

de tales causas. Si el guardador legítimo va dirigido a mayores de edad, el procedimiento aplicable es el no contencioso señalado en el Libro IV del Código de Procedimiento Civil, en los artículos 838 y 839.

En lo que refiere al procedimiento para el nombramiento de guarda dativa, cabe mencionar que el artículo 372 del Código Civil, establece que el magistrado deberá citar a una “audiencia de parientes”, donde deberá oír a los parientes, esto para la jurisprudencia es de carácter obligatorio. A medida que ha ido transcurriendo el tiempo, el procedimiento ha sufrido varios cambios:

Hasta septiembre de 2005, las guardas dativas se designaban en un procedimiento no contencioso especificado en los artículos 840 al 842 del Código de Procedimiento Civil, siendo el tribunal competente el Juzgado de Letras. Luego, a partir del día 1 de octubre de 2005 hasta el día 15 de septiembre de 2008, el tribunal competente pasa a ser los Tribunales de Familia, en virtud del artículo 8 N°6 de la ley N°19.968, en cuanto al procedimiento, este es, no contencioso indicado en el artículo 102 de la ley n°19.968. Finalmente, desde el día 15 de septiembre del 2008 en adelante, la ley N°20.286 modifica el procedimiento anterior, estableciendo que los Tribunales de Familia serán los competentes para conocer y resolver de las guardas señalando excepciones, aquellas relativas a pupilos mayores de edad y aquellas que digan relación con la curaduría de la herencia yacente.

5- MODIFICACIONES EN LA REGULACIÓN DE LAS GUARDAS²

A continuación se enunciará las leyes que han modificado el sistema de guardas contenidas en el Código Civil chileno, pero antes que todo, es importante recalcar que las normas vigentes sobre guardas son en esencia las mismas que las establecidas por Andrés Bello a la dictación del Código Civil, siendo las modificaciones simplemente formales o más bien, de adecuación a cambios en normativas relacionadas a la institución de las Guardas.

En palabras de la Jueza titular de Pudahuel, Nel Greeven, el sistema de guardas no se ha modificado en su esencia, solo para adecuarla a la patria potestad, cuidado personal y filiación, pero no ha sido tocada en su totalidad a tal punto que si se ven las reglas de la emancipación, se habla de emancipación voluntaria y eso ya no existe.

La primera norma que modificó las guardas es la Ley N° 5.521 de 1 de diciembre de 1934, en la cual se habilitó a las mujeres para desempeñar el rol de tutoras o de curadoras, un gran avance en aquella época, pero nada sustancial en cuanto al trato con los menores de edad; la siguiente ley en modificar, es la Ley N° 7.612 de 21 de octubre de 1943, en la que se redujo la mayoría de edad de las personas en veintiuno; luego la Ley N° 10.271 de 2 de abril de 1952; la siguiente ley es la N°18.776 de 18 de enero de 1989, en que se fijó la adecuación del Poder Judicial a la regionalización del país estableciendo de esta forma los territorios jurisdiccionales de los tribunales y además servicios judiciales; solo unos meses después se dicta la Ley N°18.802 de 9 de junio de 1989, que tuvo por finalidad hacer capaz a la mujer casada en Sociedad Conyugal; a los años después, se dicta la Ley N°19.221 de 1

² *Ibíd.*, p. 98 y siguientes.

de junio de 1993, que tiene por finalidad reducir nuevamente la mayoría de edad, esta vez a los dieciocho años; la siguiente modificación, de la Ley N° 19.335 de 23 de septiembre de 1994, alude a establecer el régimen de participación en los gananciales; a los años posteriores, se modifica la institución de Las Guardas con ocasión de la Ley N° 19.585 de 26 de octubre de 1998, que tiene por finalidad, sustituir el régimen de la filiación que termina con las diferencias entre los hijos cualquiera sea la situación legal entre sus padres al momento de la concepción; el 3 de octubre de 2003 se dicta la Ley N° 19.904, que integra a los sordos o sordomudos a la sociedad, permitiéndoles que pudieran ejecutar actos que produzcan consecuencias jurídicas; y finalmente, se puede nombrar a la Ley N° 19.947 del 17 de mayo de 2004 que modifica el Matrimonio Civil establecido en el Código Civil.

Tal como se ha expuesto, las leyes creadas aluden principalmente a cambios en la mayoría de edad, a la nueva mirada hacia la mujer, a la integración de los sordos y sordos mudos al mundo jurídico, entre otros. Sin embargo, a pesar de los avances en el cambio de visión con respecto a diversas personas, como es el caso de la mujer, que va en conjunto con la visión moderna en cuanto a una mayor dignidad, nada se dice en relación a que el procedimiento de Guardas debe ser adecuado a la Convención de los Derechos del Niño que fue ratificada por nuestro país en 1990, por mandato constitucional dispuesto en el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República, por lo que el ordenamiento jurídico chileno debe propender a la plena satisfacción y desarrollo de los derechos del niño, niña y adolescentes.

CAPÍTULO II:
ANÁLISIS HISTÓRICO DE LA SITUACIÓN DE LOS NIÑOS A LA ÉPOCA DE LA
DICTACIÓN DEL CÓDIGO Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO A PARTIR
DEL AÑO 1990

1- SITUACIÓN JURÍDICA DEL NIÑO ANTES DE LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La perspectiva que se tenía del niño en Roma, es de connotación negativa, lo que se deja en evidencia, con el concepto que se utiliza para su designación, “infante”. No cabe la idea de Interés Superior del Niño, pues la mirada hacia él no es de sujeto de derecho, sino más bien como un objeto de propiedad del pater familia, idea que sigue vigente hasta el siglo XIX, a propósito del Contrato Social, se comienza a tratar al niño de forma especial, pero sin hablar todavía del Interés Superior del Niño. La infancia era vista como un conjunto de personas “en desarrollo”.³

Lo anterior se reafirma con lo señalado por María Sara Rodríguez, el derecho que regía en Chile antes de la codificación estaba inspirado en la patria potestad romana, de la época justiniana. Hacia 1855, las reglas romanas habían sufrido numerosas medidas de moderación por efecto de los fueros municipales en España. Pero en América estos parecen no haber tenido mayor influencia. Los precedentes romanos que constituían derecho vigente en Chile en encuentran en las leyes de las Partidas. En ellas, la patria potestad era un derecho privativo del padre, legítimo sobre sus descendientes en línea recta (Partida 4º, Título 17, Ley N°1). En cuanto a la persona del hijo, poco decían las Partidas, más que el derecho de vender al hijo en caso de extrema necesidad de hambre (Partida 4º, Título 17, Ley N°8). El fuero juzgo, sin embargo prohíbe absolutamente a los padres vender, donar o empeñar a sus hijos, mitigando considerablemente el rigor de algunas disposiciones romanas. Siguieron esta tendencia numerosos otros fueros municipales.⁴

Por lo tanto, la mirada hacia el niño era bastante similar al de la época romana, en cuanto se confiaba en el padre para dirigir todo lo concerniente a la vida y a los bienes del hijo. Con respecto al ámbito patrimonial existían normas de control, quedando el aspecto moral al ámbito de lo privado, es decir, el hijo era considerado un objeto más. Por lo tanto la intervención estatal respecto del bienestar del niño, solo aparcaba el campo patrimonial, mediante reglas especiales. Un ejemplo de aquello es, cuando Andrés Bello hace referencia a los créditos personales que son aquellos que se tienen respecto de una persona, habla del derecho de alimentos entre padre e hijos, dando un enfoque meramente patrimonial.

³ SALGADO LEIVA, Natalia Isabel, *El Interés Superior del Niño en los Procedimientos Especiales seguidos ante los Tribunales de Familia* (Santiago, Memoria de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, 2012), p. 7.

⁴ RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, *El Cuidado Personal de Niños y Adolescentes en el Nuevo Derecho de Familia* (Santiago, Editorial Abeloperrot LegalPublishing, 2011), pp. 8-9.

En Chile, antes de la aprobación y ratificación de la Convención de los derechos del niño, los mecanismos jurídicos de la infancia constituía solo una protección tutelar que tenía como principales destinatarios a los niños en situación de abandono, desvalida y también a la infancia en conflicto con la ley penal.

Se puede decir que en esta etapa, se reconoce dos sub-etapas, un período de inexistencia de una legislación de menores y un período de leyes de menores.⁵

En palabras de Ulriksen Ramos, en el período de inexistencia de una ley de menores, el que se inicia con la dictación del Código Penal de 1875, las actuaciones de los menores son vistos a través del prisma del derecho penal, normas congruentes con las normas de responsabilidad del derecho civil, en este sentido se establecía que el juez podrá determinar si el menor de dieciséis años ha cometido el delito o cuasidelito. El elemento clave para determinar la responsabilidad era el “discernimiento”, esto es, determinar si había actuado con plena conciencia de sus actos o si carecía de dichas nociones. Este sistema se basaba en dos presunciones: existencia de discernimiento sobre los dieciséis años de edad y de inexistencia de esta, bajo los diez años. Entre los diez y los dieciséis años se presume legalmente la ausencia de discernimiento, correspondiendo al juez determinarlo. Como se puede apreciar en este período, el pronunciamiento sobre el discernimiento, fue concebido como un límite de la facultad del Estado de imponer la sanción penal, sin considerar más que la falta de culpabilidad del autor; por otro lado, la idea de imputabilidad disminuida, se refiere a que los menores declarados con discernimiento gocen de una sustancial rebaja en las penas que se les apliquen.⁶

Como se deja en evidencia, en tal período, en el Código Penal se da un trato diferencial al menor basado en el elemento del discernimiento, a contrario sensu de lo que sucedía en el derecho civil que no demuestra una preocupación hacia los menores, pues se otorgaba un poder prácticamente ilimitado a los padres respecto de sus hijos, destacándose la facultad de los padres para castigar moderadamente a sus hijos, y si esa determinación no era suficiente, podían solicitar del juez que se aplicara la pena de arresto hasta por un mes, bastando para ello la sola demanda del padre. En este período existe una importante contradicción entre la legislación civil y la penal, que permite inferir que en esta etapa el menor no fue objeto de una protección por parte del Estado, sino que, más bien, las normas que lo protegían radicaban en falencias que la doctrina penal tenía respecto a la aplicación de las penas hacia los menores de edad. Posteriormente con la Ley N° 2.675 de 1912, sobre Protección a la Infancia Desvalida, se vino a completar las normas de los códigos Civil y Penal. Esta ley facultó al juez para internar a los menores en algún establecimiento de reforma o beneficencia, o para entregarlos al cuidado de personas de su confianza.⁷

A los años siguientes de la Ley N° 2.675, los legisladores toman conciencia de la necesidad de una ley de menores, por ello se crea la Ley N° 4.447 sobre Protección de Menores de 1928, caracterizada por un Estado con rol preventivo, con ella se instaura la

⁵ ULRIKSEN RAMOS, Germán, *Derecho de Menores*, Tomo I, segunda edición (Santiago, Editorial Jurídica La Ley, 2003), p. 29.

⁶ *Ibíd.* Pág. 30

⁷ *Ibíd.* Pág. 31

teoría de la “Situación irregular”, en la cual se critica que los Estados estaban vulnerando a los niños, esto por tratarlos de igual forma que los adultos en sus leyes penales, ya que según esta, los niños debían tener un trato diverso concentrándose en las causas o motivos que los llevaron a cometer la conducta delictual, siendo algunos de estos motivos, el abandono o situaciones de riesgos en que se encontraban los menores.

Lo señalado anteriormente corresponde a dos corrientes que se encontraban en boga, por un lado la concepción humanitaria y por otra la concepción positiva, estas son las que dan fruto al Derecho de Menores. Lo cual no fue fructífero, ya que seguía vigente el concepto de discernimiento para la imposición de la pena, por lo tanto se seguía centrandó esta nueva ley exclusivamente en el derecho penal.⁸

1. A. TRIBUNALES DE MENORES

La ley N° 4.447 no solo fue importante por su modificación a las normas de imputabilidad del menor de edad, sino que además porque crea los Tribunales de Menores con el objeto de proteger a estos en “situación irregular”.

En cuanto a la competencia de los jueces de letras de menores, esta es doble. Por un lado, conocen de determinados asuntos del ámbito civil, y por otro lado, conocen de todas las causas penales en que exista responsabilidad penal de parte de una persona menor de dieciséis años, o mayor de esta edad y menor de dieciocho años que haya obrado sin discernimiento.⁹

Así se colige de lo relatado por Ulriksen Ramos. La competencia de estos jueces especiales de menores era amplísima, pudiendo dictar, de oficio, medidas de protección en favor de menores considerados inimputables; además, se les entregó la facultad de efectuar la declaración previa acerca del discernimiento, de manera de determinar si se le aplicaba al menor una pena punitiva, generalmente privativa de libertad, o si era objeto de una atención orientada a lograr su rehabilitación y posterior integración a la sociedad. Junto con las amplias facultades de control sobre la infancia entregadas a estos jueces especiales, se creó, en forma paralela, un sistema de privación de libertad que afectaría a los menores de edad, consistente en que cada lugar de asiento de los Juzgados de Menores, se creó una “Casa de Menores”, que se encargaba de recibir a los menores cuando eran detenidos o que debían presentarse ante el juez.¹⁰

No existe un mayor avance encaminado a una verdadera ley protectora de los menores en atención a sus características especiales, sino que seguía encarnándose en un problema relacionado con la aplicación del derecho penal. Muestra de aquello es lo dispuesto por Samuel Gajardo, Primer Juez de Menores de Santiago, quien señalaba que los jueces de derecho común resultan incompetentes por cuanto su hábito profesional les orienta hacia las

⁸ *Ibíd.* Pág. 32

⁹ CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de Derecho Procesal*, Tomo II, segunda edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012), p. 231.

¹⁰ ULRIKSEN RAMOS, Germán, *Derecho de Menores*, Tomo I, segunda edición (Santiago, Editorial Jurídica La Ley, 2003), p. 33.

soluciones jurídicas y abstractas de los códigos ordinarios y ellos no satisfacen al espíritu moderno de la protección infantil, según el cual son los hechos concretos los que tienen importancia y deben indicar las soluciones humanas.¹¹

La Ley N° 4.447, ha sufrido varias modificaciones, a lo largo de su historia, destacándose aquéllas introducidas por la Ley N° 9.293 de 1949, la Ley N° 14.550 de 1961, la cual incluyó a los Juzgados de Menores dentro de los escalafones del Poder Judicial, por lo que se le aplican las normas del Código Orgánico de Tribunales; además se hizo concordar la minoría de edad civil con la penal, estableció que la ley de menores era aplicable a todas las situaciones en que hubiere implicado un menor de edad, modificó la denominación de los Juzgados, pasando a denominarse Juzgados de Letras de Menores; se establece la obligación de oír al menor antes de aplicarle una medida de protección; permitió que las notificaciones las efectuasen los Asistentes Sociales adscritos al Tribunal y el personal de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile.¹²

Esta ley tiene un importante avance, este es, la obligación de oír al menor en una determinada circunstancia, se vislumbra una norma más cercana a la legislación vigente, pues quedan algunos años para la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño en que el derecho del niño a ser oído constituirá uno de los principios fundamentales.

El 5 de octubre de 1962 se dictó la Ley N° 14.907, la denominada “Segunda Ley de Menores” que tiene como innovación la obligación de que en todo juicio de menores debía figurar como parte el Director del Servicio Nacional de Salud, se aumentó enormemente la competencia de los asuntos que conocen los jueces de menores. Llama la atención que en esta nueva normativa no sólo legisló sobre aspectos jurídicos de relevancia para los menores de edad, sino que también, contempló normas relativas a aspectos vinculados con la moral e higiene. Cabe destacar que en esta misma época se dictó la Ley N° 14.908 que fijó el texto de la ley N° 5.750 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias.¹³

La aglomeración de nuevas normas relativas a los menores, no parecen suficientes, los legisladores buscaban modificaciones sustanciales, y no parecen cansarse hasta lograrlo.

Finalmente, cabe señalar que la Ley N° 4.447 tiene su texto actual en la Ley N° 16.618 de 1967, norma heredera de la tradición legislativa que se funda en las teorías que sirvieron de sustento al naciente Derecho de Menores, la cual conservó algunas de las ideas básicas, entre ellas, la necesidad de contar con una legislación especial que abarque todos los problemas de la Infancia y regule la actuación del Estado en materia administrativa y jurisdiccional, aplicación de un solo catálogo de medidas de protección a todos los niños, flexibilidad en los procedimientos y mantención del discernimiento sin una definición legal.¹⁴

¹¹ GAJARDO, Samuel, *Protección de Menores* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1953), p. 7.

¹² ULRIKSEN RAMOS, Germán, *Derecho de Menores*, Tomo I, segunda edición (Santiago, Editorial Jurídica La Ley, 2003), p. 36.

¹³ *Ibíd.*, p. 37.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 39.

2- SITUACIÓN DEL NIÑO EN CHILE POST-RATIFICACIÓN DE LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Para analizar esta situación, es importante referirse a la manera de comprender la niñez en el mundo. Esta visión sobre el niño ha ido variando, y entre los motivos a este cambio, encontramos la Convención de los derechos del niño y la aparición de otros Convenios y Tratados Internacionales que reconocen derechos humanos de segunda y tercera categoría que dieron como resultado que nuestro Estado debiese adecuar su legislación interna.

La Convención de los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, establece principios universales y un marco normativo que valen para todos los niños. Ahora bien, la forma en que cada gobierno debería interpretar las normas contenidas en esta norma internacional según la percepción de infancia que tiene cada Estado, debiese ser entendido como lo señala el artículo 5 de la Convención¹⁵, concepto importante a saber para comprender el caso que se explicará en el acápite siguiente, el concepto de evolución de las facultades del niño y la consecuente obligación por parte del Estado a propender a la debida protección para que los niños pueden ejercer dichas facultades de la mejor manera posible.

Dicha Convención ha sido ratificada por casi todos los países el mundo, Chile no ha estado exento de ello, ya que fue aprobada y ratificada por nuestro país, entrando en vigencia el 27 de septiembre de 1990, desde ese momento los niños, niñas y adolescentes son vistos como individuos a los cuales se les reconoce plenos derechos y dignos de una protección especial e integral.

Ahora se habla de la doctrina de la “protección integral” la que viene a reemplazar la teoría de la “situación irregular”. Esta última, es uno de los más grandes aportes entregados por la Convención, puesto que le da gran importancia a la responsabilidad conjunta de la familia y el Estado en la protección de los derechos del niño, definiendo tanto los derechos como los deberes del niño, de la familia y del Estado con el objeto de la efectiva protección de los derechos del niño. Se centra en que por un lado, el niño debe recibir un tratamiento especial atendiendo a la naturaleza de ser niño, y por otro lado, se le reconoce la calidad de sujeto de derecho y deberes.

En atención a lo anterior es que una vez aprobada la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, Chile comienza la adecuación de su ordenamiento jurídico interno a dicha norma internacional, teniendo su fundamento normativo en el artículo 5¹⁶ inciso segundo de la Constitución Política de Chile, y en la obligación de remitir informes

¹⁵ “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

¹⁶ El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

periódicos tal como lo establece el artículo 44.1 de dicha Convención¹⁷. Adecuación que ha sido lenta y una muestra de aquello es el sistema de guardas del cual trata esta memoria.

Esta norma internacional, tiene como pilares fundamentales cuatro principios que a su vez guían nuestra legislación: No discriminación; El interés superior del niño; Supervivencia, desarrollo y protección; y Participación. En los últimos años, Chile en post de la implementación de dichos principios, ha garantizado otros derechos específicos, como lo son: Protección contra la violencia intrafamiliar; Educación (el Estado garantiza el acceso gratuito y el financiamiento fiscal hasta cuarto medio de enseñanza); Prohibición que los menores de 15 años trabajen, salvo que sea con autorización judicial; Filiación (derecho a la identidad), Alimentación (los hijos tienen este derecho hasta los 21 años pudiendo extenderse hasta los 28 años), Adopción (los menores de 18 años pueden ser adoptados legalmente), Salud (prestaciones garantizadas por el Estado y dirigidas a los niños), y finalmente penas más severas para quienes cometen delitos sexuales en contra de menores de edad.

Por lo tanto, tomando en consideración la nueva mirada hacia el niño, luego de la aprobación y consecuente ratificación por Chile de la Convención de los derechos sobre el niño, se puede decir que hay una intensa intervención estatal con el objetivo primordial de dar al niño, niña y adolescente el lugar que merecen, que es el ser un sujeto de derecho y a su vez privilegiar en cierta medida su situación especial. A pesar de esto, ya a casi 17 años de la ratificación, Chile avanza a paso lento, si bien resguarda a los niños creando nuevos derechos específicos para su bienestar, no ha logrado concretizar el artículo 44 de la Convención, de una manera suficiente, dejando normativa de su derecho interno a la deriva de su cumplimiento.

2.A. TRIBUNALES DE FAMILIA¹⁸

Con la ratificación de los instrumentos internacionales en Chile empieza la creación de una serie de reformas en materia civil, entre estas, destacan la Ley de Filiación, la nueva Ley de Adopción, la nueva Ley de Matrimonio Civil y la Ley de Tribunales de Familia la que analizaremos a continuación.

Los Tribunales de Familia se crean el 30 de agosto de 2004, mediante la Ley n°19.968 sobre Tribunales de Familia, la que posteriormente es modificada en lo orgánico y procedimental por la Ley n°20.286, de 15 de septiembre de 2008.

- Contextualización

El hecho de que Chile haya ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, llevó a la creación de los Tribunales de Familia, ya que se necesitaba adecuar el órgano que aplicaría

¹⁷ “Los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos”.

¹⁸ TURNER SAELZER, Susan, *Los Tribunales de Familia* (Santiago, 2002). Recurso disponible en línea: <http://vlex.com/vid/tribunales-familia-43457515>. [fecha de consulta: 1 de mayo de 2017]

los preceptos contenidos en dicha Convención. Esto surge en atención, que cambia la mirada hacia el menor de edad, ahora se ve como niño, niña o adolescente que es sujeto de derecho. Sin embargo dicha titularidad es especial puesto que tiene un doble propósito: por un lado, reconocerle su calidad de tal, y por la otra, desarrollar sus aptitudes para que la concreten. En este sentido, es que se desarrolla la doctrina de la Protección Integral, anteriormente explicada, cuyo fin consiste en garantizar los derechos de la infancia.

Desde la perspectiva del derecho interno, la creación de estos tribunales se enmarca dentro de un proceso de orden y unificación del derecho de familia, puesto que coexisten instituciones antiguas con instituciones nuevas, a modo de ejemplo: matrimonio indisoluble (institución antigua), el estatuto filiativo igualitario y la inclusión del principio del Interés Superior del Niño (instituciones nuevas).

A lo anterior se suma que en los años precedentes a la Ley 19.968, solo hubo cambios sustanciales en materia de familia, pero nada en cuanto al proceso. Esto produce que la falta de concordancia entre los aspectos de fondo y forma del derecho de familia, afecten la eficacia de los aspectos sustantivos ya modificados, además fortalece la falta de confianza que tienen las personas en cuanto a la normativa vigente.

Cuando se hace referencia a que se genera problemas de eficacia, esta tiene diversos factores que influyen, tales como: congestión del sistema, la gran dispersión de reglas, procedimientos aplicables y tribunales competentes en los asuntos de familia, la inexistencia de tribunales especializados y la preponderancia de la lógica adversarial para el tratamiento de conflictos.¹⁹

Dadas las características que tenía nuestro ordenamiento jurídico referido a la familia en aquella época es que, entendiéndola como ²⁰“el núcleo fundamental de la sociedad”, se hace imprescindible la creación de tribunales especializados, y además por la relevancia que tiene el niño desde la ratificación de la Convención sobre Derechos del Niño.

Atendiendo a la familia propiamente tal, el conflicto judicial familiar se hace aún más intenso, en cuanto se diferencia de las contiendas judiciales de otras ramas del derecho, desde la perspectiva que una vez que se finaliza aquella con la consecuente sentencia, las partes dejan de tener un vínculo, quedando extinta su relación, esto no ocurre en materia familiar, en tanto la relación de parentesco hace que siga el vínculo entre las partes, por ejemplo en materia de alimentos, el alimentario debe ser proveído de alimentos por sus padres hasta los 21 años teniendo como límites en casos especiales, hasta los 28 años. En el sistema de familia podemos reconocer tres sub-sistemas, conyugal, parental y el filial, lo anterior se hace más patente en el sistema parental, puesto que este se mantiene inmutable, es por ello que la manera de intervención del órgano jurisdiccional será trascendente.

Desde el punto de vista de la necesidad del niño, niña o adolescente, de que se aplique la nueva normativa, es necesario señalar que viene dado por la nueva doctrina de protección integral. Por lo anterior es que, mientras no se adecue la normativa interna a la Convención,

¹⁹ Factores reconocidos por la Comisión Nacional de Familia en su informe final del año 1993.

²⁰ Artículo 1°, inciso 2° de la Constitución Política de la República.

no existirá uniformidad en el ordenamiento jurídico chileno sobre cuál es el grado de intervención estatal en los conflictos de infancia, dejando a la deriva varios de sus derechos.

El Proyecto de la Ley. N°19.968 tuvo como principales objetivos:

- Lograr intermediación con el efecto de dar mayor publicidad e imparcialidad al juicio.
 - Aumentar el acceso a la justicia.
 - Consagrar un procedimiento en que primen las soluciones no adversariales.
- Estructura y composición de los Tribunales de Familia.

Los Tribunales de Familia²¹ reemplazan los Tribunales de Menores, por ello se señala en el Proyecto de ley que se contempla un régimen transitorio de instalación de los tribunales de Familia. Estos nuevos tribunales se caracterizan por una jurisdicción interdisciplinaria, en cuanto, se requiere de la participación de asesoría de profesionales de otros ámbitos del campo social para entregar soluciones más integrales, el cual se denomina Consejo Técnico.²²

En cuanto a la composición del tribunal, está integrado por: jueces (unipersonal de composición múltiple), un Consejo Técnico, un administrador (gestión de administración y finanzas) y una planta de oficiales de secretaría.

- Competencia²³

El artículo 8 de la Ley N° 19.968, señala un catálogo bastante amplio de las competencias encomendadas a estos nuevos Tribunales, que no solo hacen desaparecer a los Tribunales de Menores, sino que también le quitan competencia a los Tribunales Civiles, lo que es ventajoso para su descongestión.

Resulta curioso que las normas aplicables a estos Tribunales de Familia, sean aquellas que da el Código Orgánico de Tribunales a los Juzgados de Garantía y para los Tribunales del Juicio Oral en materia procesal penal, con ello se evidencia el sesgo eminentemente penal de las primeras leyes destinadas a los menores, analizadas anteriormente.

²¹ Artículo 4° de la Ley N° 19.968.

²² “Artículo 6° de la ley 19968.- Integración. En cada juzgado de familia habrá un consejo técnico interdisciplinario integrado por profesionales especializados en asuntos de familia e infancia.

Los miembros del consejo técnico son auxiliares de la administración de justicia.

Artículo 7° de la ley 19968.- Requisitos para integrar el consejo técnico. Para ser miembro del consejo técnico, se requerirá poseer título profesional de una carrera que tenga al menos ocho semestres de duración, otorgado por alguna universidad o instituto profesional del Estado o reconocido por éste.

Además, se deberá acreditar experiencia profesional idónea y formación especializada en materias de familia o de infancia de a lo menos dos semestres de duración, impartida por alguna universidad o instituto de reconocido prestigio que desarrollen docencia, capacitación o investigación en dichas materias”.

²³ POMÉS ANDRADE, Juan, *Seminario de Tribunales de Familia* (Santiago, Colegio de Abogados de Chile A.G. 2004), p.8.

Esta ley en general, no utiliza el término “menores”, expresión tradicional en nuestra legislación, sino que permanentemente, y a través de toda ella, utiliza la expresión, “niño, niña y adolescente”. Para esta ley es niño, todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y adolescente, desde los catorce y hasta los dieciocho años.

- Procedimiento

En relación al procedimiento, los Tribunales de Familia pretenden revertir la situación de alta mediación existente entre los jueces y los usuarios, proponiendo un nuevo sistema donde la oralidad es el principal actor, puesto que la escrituración de los Juzgados de Menores traía como consecuencia la actuación de personas que no tenían el conocimiento jurídico adecuado. El procedimiento ante este Tribunal se caracteriza por ser oral, concentrado y desformalizado.

Además cabe señalar la importancia que tiene en este procedimiento, los principios en el Derecho de Familia, prueba de ello es, que comienza el título III “Del procedimiento” de la ley 19.968 regulando expresamente diversos principios. Desde el artículo 9 al artículo 16, se consagra los siguientes principios: oralidad, concentración, inmediación, actuación de oficio, colaboración, publicidad e interés superior del niño, el que será analizado en el epígrafe siguiente. Cuando hablamos de principios en el Derecho Civil, estos son utilizados para interpretar e integrar el derecho, a diferencia de la función que tienen los principios en el Derecho de Familia, en el que el principio se aplica como norma jurídica, ya que se aplican directamente. Además si hay una norma que no respete el principio y otra que sí, se va a preferir aquella que respeta el principio. Siguiendo esta línea, el derecho de familia se acerca más al derecho constitucional que al derecho de familia, esto se da en razón que el derecho de familia es de derecho civil extra-patrimonial. El hecho de basarnos en principios, implica una absoluta rigurosidad, porque el razonamiento analítico debe ser absolutamente fundado y basado en el principio de especialidad, todo ello para evitar arbitrariedad.

Dentro del procedimiento se contemplan los siguientes tipos de procedimiento: procedimiento ordinario, procedimiento especial (relativo a la aplicación de medidas de protección de los derechos de los menores de edad, violencia intrafamiliar y de los actos judiciales no contenciosos), además se regula en esta ley, la mediación familiar.

Como es posible apreciar, la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia y su posterior modificación por la Ley N° 20.286, vino a reformar completamente el sistema de resolución de conflictos en el ámbito familiar, unificando la regulación de los problemas familiares y dando un procedimiento claro que tiene como principal característica el principio de inmediatez.

3- INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO²⁴

Es uno de los principios más relevantes del Derecho de Familia y el más importante del Derecho de Infancia, que como ya se había señalado, son normas que tienen aplicación directa.

El Interés Superior del Niño, alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente y su finalidad cubre, el desarrollo de los potenciales del menor y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida.

Los principios del Derecho de Familia se proyectan en el Derecho de la Infancia, que nace a partir de la Filiación, es decir la relación entre padres e hijos, que se encuentra regulada en la Ley N°19.585²⁵, que modifica el Código Civil en esa materia. Los principios proyectados en el Derecho de Infancia son los mismos, pero con un matiz especial.

Estos principios no están claramente desarrollados en el derecho chileno. Por ello, se debe tratar de desprenderlos de cierta normativa chilena vigente.

A continuación se analizará el principio del Interés Superior del Niño, que servirá para contextualizar y posteriormente explicar en qué sentido el sistema de guardas del Código Civil lo vulnera.

a-) Consagración positiva

Este principio fundamental proviene del derecho anglosajón, de los países del Common law. En el caso de Chile, este es incorporado al derecho interno por la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el 13 de agosto de 1990, por aplicación del artículo 1²⁶ y 5²⁷ de la Constitución Política de la República.

El artículo 3 de la Convención lo consagra señalando que, “*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*”.

²⁴ BARCÍA LEHMANN, Rodrigo, *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2011), pp.

²⁵ Del 26 de octubre de 1998.

²⁶ “Artículo 1° inciso 2°.- *Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.*

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

Inciso 5°.- Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

²⁷ Artículo 5 inciso 2°.- *El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*

Al ser el principio fundamental de la Convención, esta se repite a lo largo de toda la normativa internacional, ejemplos de ello, son los artículos 9²⁸, 18²⁹, 20³⁰, 21³¹, 37³² y 40³³.

A nivel legal en Chile, tiene su reconocimiento en el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia, en el que se contempla como un principio en el procedimiento ante estos tribunales, el cual señala:

“(…) Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

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

Se reconocen dos vertientes del principio del Interés Superior del Niño:

- Vertiente negativa: se encuentra relacionada con el principio de protección, es decir, de abstención que consiste en no dañar al niño, y que si se vulnera, debe intervenir el derecho.

- Vertiente positiva: reconoce los derechos del niño como sujeto de derecho y darle autonomía al niño en el ejercicio progresivo de los derechos del niño conforme a su etapa de maduración.

En Chile, no existe un concepto bien determinado sobre este principio, distinto a lo que sucede en leyes de otros ordenamientos como el Código Civil Catalán en que en su art 211.6 lo determina, en nuestro ordenamiento jurídico chileno se debe nutrir de la Convención, de normas de derecho interno y derecho comparado para poder configurarlo.

²⁸ *Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de la revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.*

²⁹ *Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.*

³⁰ *Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en este medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.*

³¹ *Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial*

³² *Los Estados Partes velarán porque:*

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 está 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

³³ *Los Estados Partes garantizarán, en particular:*

Que la causa será dirimida sin demorar por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales”.

Entonces, haciendo un análisis sobre en qué normas del derecho interno, se puede encontrar:

- Constitución Política de la República: artículo 1 inciso 1
- Código Civil: artículos 222, 234 y 242
- Ley de Tribunales de Familia: artículo 16 inciso 1, artículo 105 letra e.
- Ley de Matrimonio Civil: artículo 3 inciso 1, artículo 27 inciso 2 y el artículo 85 inciso 2

Con ello queda demostrado que el principio del Interés Superior del Niño está incorporado en el ordenamiento jurídico chileno, a pesar de que no se encuentra bien delimitado su concepto, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos. Sin embargo, al estar incorporado, este debe respetarse, adecuándose el derecho vigente en materia de derecho de infancia a la Convención Internacional de los Derechos sobre el Niño, por el compromiso internacional que adoptó Chile en 1990 al ratificar dicha Convención que se encuentra vigente, debiendo responder, garantizar y promover los derechos del niño consagrados en ella.

En cuanto a la doctrina chilena³⁴, existe un cierto consenso en cuanto a que este principio se canaliza en otros sub-principios:

- a-) Ejercicio Progresivo de los Derechos del Niño.
- b-) Protección del Niño en Situación de Abandono o Desamparo.
- c-) Principio del Interés Superior del Niño como aplicación de la autoridad parental y patria potestad.

Sub-principios que serán desarrollados en el capítulo siguiente, para demostrar que el artículo 367 del Código Civil, vulnera el Interés superior del Niño.

³⁴ BARCÍA LEHMANN, Rodrigo, *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2011), p. 371.

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

Luego de haber analizado en el Capítulo I el sistema de guardas en Chile y en el Capítulo II la mirada con respecto al niño en cuanto al lugar que este ocupa en el derecho vigente, no cabe duda en señalar que la preocupación por la no vulneración de los derechos del niño se ha ido incrementando a lo largo de los años. Esta adecuación del derecho interno a la Convención Internacional sobre los Derechos del niño ha ido a paso lento, lo que queda demostrado en las respuestas que se han dado a los informes que ha mandado Chile al Comité de los Derechos del Niño, sobre sus avances en esta materia por mandato expreso del artículo 44 de la Convención.

Un ejemplo de aquello es una sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, del 12 de abril de 2016, Rol N°2867-15, en que la jueza titular del Juzgado de familia de Pudahuel, doña Nel Greeven Bobadilla, interpone un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra de los artículos 366, 367, 369, 370, 372 y 437 del Código Civil; y 838, 839 y 841 del Código de Procedimiento Civil. Con ocasión de un litigio pendiente en que Michael Tapia Brante solicita la curaduría de sus hermanas menores de edad, Damaris Dueñas Brante de 14 años y Lindsay Dueñas Brante de 15 años, ya que al aplicar la normativa vigente del sistema de guardas, y dado al carácter de orden público de las normas impugnadas, la jueza tendría que haberse remitido al artículo 367 del Código Civil resultando decisivo para su decisión, de esta manera lo correspondiente ante el fallecimiento de ambos padres de las niñas, le tocaba hacerse responsable de ellas al abuelo con quien no tenían vínculo alguno las menores, ante esta situación es que la jueza interpone la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

A continuación analizaré en primer lugar el requerimiento en conjunto con la sentencia. En segundo lugar, el razonamiento de la jueza para solicitar el requerimiento con algunos matices que señala Hernán Corral al respecto. En tercer lugar, la postura que tiene sobre el sistema de guarda doña María Sara Rodríguez con el objeto de salvar algunas disidencias con respecto a este tema. En cuarto lugar, análisis de otra sentencia relativa a este tema. Y finalmente, explicar por qué el Sistema de Guardas (encaminado a menores de edad) va en contra del Interés Superior del Niño.

A-) ANÁLISIS DEL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA SENTENCIA ROL N°2867-15.

La jueza de Familia Nel Greeven Bobadilla interpone el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de artículos que corresponden al procedimiento de guarda legítima señalando que infringen la igualdad ante la ley³⁵ y a la igual protección de la ley en el ejercicio

³⁵Artículo 19 n°2 de la Constitución Política de la Republica.

de los derechos³⁶, puesto que al aplicar tales normas, obligaría a otorgar la guarda legítima al abuelo de las menores con quien no tienen vínculo alguno. La jueza fundamenta su petición en atención a que hay discriminación arbitraria en cuanto existe un tratamiento distinto en la ley en vista a si se trata de menores con padres vivos o con padres muertos.

La magistrado invocó primordialmente garantías contempladas en nuestra Carta fundamental, debido a que el Tribunal Constitucional es más benevolente en fallar a favor de requerimientos de inaplicabilidad cuando se invocan derechos del artículo 19 que cuando se alude en el requerimiento a normas contenidas en normas internacionales. En este caso claramente se está vulnerando el Interés Superior del Niño establecido en el artículo 3 de la Convención Internacional de Derechos de los Niños, posteriormente la jueza de igual manera alude a artículos de la Convención³⁷, entre ellos, el artículo 3, pero de manera secundaria y explicitando que dichas normas son incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico, en atención art 5 inc. 2° de la Constitución Política de la Republica. La jueza cuando señala los preceptos infringidos dice que “la diferencia establecida por el legislador carece de fundamentación razonable”. Discrepo en este sentido con la magistrado, ya que el fondo del problema no es que el legislador haya tenido un mal razonamiento al establecer las instituciones del cuidado personal y el de las guardas, sino que la normativa no está tomando en consideración la visión innovadora con respecto al niño como sujeto de derecho, pues no ha sido modificada sustancialmente la institución de las guardas desde la época de dictación del Código Civil, desde 1855.

La opinión de la curadora ad litem³⁸, Jessica Torres Quintanilla insta a que el requerimiento sea acogido impugnándose las mismas normas señaladas por la jueza Nel, mencionadas anteriormente, pero dando mayor importancia al artículo 367 del Código Civil y el artículo 839 inciso 1 del Código de Procedimiento. En su alegato la curadora hace referencia que, de aplicar el procedimiento dado por la ley se estaría infringiendo el artículo 19 n°1, artículo 19n°3 y el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República en relación con la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Lo anterior, ya que hace referencia a una discriminación arbitraria realizada por el legislador de manera injustificada y no razonable, pudiendo clasificar a menores de primera categoría y a menores de segunda categoría. Los primeros serían aquellos niños, niñas o adolescentes con padres vivos a quienes se les aplica las normas concernientes al cuidado personal en que si se considera el interés superior del niño, y los segundos, existen menores de segunda categoría en donde se encuentra los niños, niñas o adolescentes con padres fallecidos en que se le aplica el procedimiento de guardas en que no hay parámetros dirigidos a respetar el principio fundamental del interés superior del niño.

Una observación al respecto del alegato de la curadora ad litem, es que al inicio de su relato cuenta el contexto en que el hermano mayor de las menores solicita la curaduría de las niñas. En este se puede resaltar la importancia de la institución de las guardas en cuanto a la necesidad de recurrir a ellas para la representación de los incapaces como se expuso en el capítulo I, puesto que Michael necesita representar a las menores para poder realizar trámites

³⁶ Artículo 19 n°3 de la Constitución Política de la República.

³⁷ Artículo 2, 3 y 4 de la Convención Internacional de Derechos de los Niños.

³⁸ Alegato extraído de la página del Tribunal Constitucional.

como el retiro de dinero de su madre fallecida por motivo de AFP (Administradoras de Fondos de Pensiones). En atención a lo anterior, la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la causa N° 1208-2010, resolución número 63842, en su Considerando Tercero, dice “*Que quien detente la patria potestad, tiene el derecho de representar legalmente al hijo de familia tanto en actos extrajudiciales como en juicio y administrar sus bienes...*”. La patria potestad la tienen los padres de las menores, pero debido a su fallecimiento, es que esta representación legal le corresponde al curador.

En esta sentencia, la magistrado de Pudahuel alude a otro fallo del Tribunal Constitucional, con Rol n°1683³⁹, el que en su Considerando vigésimo octavo, parte final, señala “*Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el interés superior del niño justifica la necesidad de que le sea dada una protección especial en vista de su falta de madurez física y mental, debilidad o inexperiencia*”. Con ello se reconoce expresamente que se debe considerar el interés superior del niño en la adopción de decisiones judiciales que lo afecten. Por lo tanto no hay duda de que el principio del interés superior del niño es una norma directamente aplicable de forma transversal a todas las instituciones del derecho de familia que se encuentren ligadas con las niñas, niños o adolescentes.

Del Considerando Tercero, se puede extraer en qué sentido el orden de prelación establecido en el 367 del Código Civil afecta el artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la Republica y que a su vez repercute en el Interés Superior del Niño, “*...ello afecta de manera profunda la integridad psíquica de las adolescentes, distorsionando su entorno familiar, afectivo y su desarrollo personal, a la vez que obligándolas a forjar nuevos lazos de cercanía con quien previamente no han tenido mayor contacto familiar*”. Con lo anterior, se está haciendo alusión a lo que significa para los menores que su abuelo materno se haga cargo de ellas, en el estado emocional en el que se encuentran, luego de haber quedado huérfanas.

Desde el Considerando cuarto al Considerando Decimoprimer del fallo objeto de análisis, se describe la institución de las guardas, a las cuales ya me referí en el Capítulo I de este trabajo.

Desde el Considerando Decimosegundo al Decimoséptimo, se alude a “Criterios interpretativos” que encauzan la decisión del Tribunal Constitucional, entre los cuales se habla del interés superior del niño, el resguardo de la familia, la ponderación de las situaciones de hecho y el control concreto.

El más importante de todos los criterios interpretativo descritos por el tribunal es el interés superior del niño, el cual más que criterio interpretativo como lo encasilla el tribunal, es un principio directamente aplicable como una norma jurídica. En el Considerando Decimotercero, el Tribunal Constitucional propone un concepto de aquel “*Este principio consiste en dar pleno respeto a los derechos esenciales de los niños y adolescentes. Su finalidad es proteger el desarrollo del menor y la plena satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida*”. Posteriormente, se reconoce que debe ser considerado de

³⁹ OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, además se desarrolla el principio del interés superior del niño en los Considerando Vigésimonoveno, Trigésimo, Trigésimo Primero y Trigésimo Tercero.

manera primordial en la decisión judicial, atendiendo al artículo 16 de la ley de Tribunales de familia. Me parece de gran relevancia el Considerando Decimocuarto⁴⁰, ya que se proyecta una preocupación real por parte del constituyente de dar un contenido y de poner en práctica el principio del interés superior del niño. Lo anterior, deja en evidencia, el carácter modernizador al que aspira nuestro tribunal constitucional, puesto que la ratificación de la Convención es solo de hace dos décadas.

Otro criterio interpretativo, es el resguardo de la familia, atendiendo a que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad⁴¹. No solo se le reconoce sino que también se le brinda protección⁴². Cabe destacar que el resguardo de la familia se relaciona directamente con la integridad física y psíquica recogido en el artículo 19 N°1 de la Constitución. Desde esta perspectiva, el constituyente se está obligando al fortalecimiento de esta, reconociéndola como titular de derechos fundamentales. A partir de ello, se puede inferir que el constituyente debe propender a la integridad psíquica de todos los miembros de la familia, tratando de que este núcleo se desarrolle y se mantenga unido. Si nos vamos al caso concreto, el Tribunal debiese fallar a favor de la inaplicabilidad, para que con esto, se conceda la guarda legítima al hermano mayor, si bien el abuelo también es considerado un familiar de las menores, el hermano tiene un vínculo más cercano, pues conforma su núcleo familiar actual, y en caso de que el tribunal rechace dicha acción, se podría alterar sustancialmente la integridad psíquica de las menores sumado a esto, el reciente fallecimiento de ambos padres además de la difícil etapa de desarrollo de las niñas. Desde una perspectiva moderna del concepto de familia⁴³, que no solo involucra vínculos de consanguinidad, sino que se debe apuntar más bien a vínculos en que los miembros que componen la familia se sientan en confianza, respeto y en un ambiente de fraternidad. Tomando en consideración aquello, se debe privilegiar al pariente que tenga un real interés de contribuir en el desarrollo de las menores. Cabe destacar, en cuanto deber estatal, la protección de la familia alcanza a la función legislativa, ejecutiva y, especialmente, judicial. En todos estos ámbitos, se debe velar no solo por la protección actual de la familia sino por su permanencia hacia el futuro⁴⁴.

En cuanto a la ponderación de las situaciones de hecho, en el Considerando Decimosexto se hace alusión al interés superior del niño y se pone como ejemplo el artículo 225 del Código Civil en este se refiere expresamente a que se debe tomar en consideración aquel principio

⁴⁰ “Decimocuarto: *Que dicho interés se traduce en que el juez debe considerar que los derechos, garantías, ventajas utilidades del menor; que sean beneficiosos o convenientes para él, deben prevalecer en caso de conflicto con otras situaciones dignas de protección. Asimismo, significa que dichas variables den ir en mejora del menor cada vez que deba decidir una situación que le afecte.*”

Como se observa, la expresión “interés” no puede quedar reducida a una ventaja o utilidad, pues comprende también los derechos, garantías o cualquier aspecto o variable que beneficie al menor. Y la superioridad está dada, por una parte, por la prevalencia de todo lo que sea conveniente o beneficioso para el menor; y, por otra, por buscar siempre la mejora progresiva en su situación”.

⁴¹ Artículo 1° inciso segundo de la Constitución Política de la República.

⁴² Artículo 1° inciso quinto de la Constitución Política de la República.

⁴³ CADENAS, Hugo, *Sistema funcional de la sociedad* (Santiago, Revista Mad del Departamento de Antropología de la Universidad de Chile, 2015) Recurso disponible en línea: <http://www.revistamad.uchile.cl/index.php/RMAD/article/viewFile/37322/38879> [fecha de consulta: 19 de mayo de 2017].

⁴⁴ VIVANCO, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo II (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006), p. 74.

para determinar el cuidado personal de los menores cuando ambos padres están vivos. En este sentido, el Tribunal Constitucional, señala que el motivo detrás del precepto es *“causar el menor impacto posible en el desarrollo personal del niño, sin que este deba sufrir consecuencias indeseadas por el hecho de estar cambiando constantemente de residencia entre la de la madre y la del padre”*⁴⁵. Por lo tanto, de aquello se podría desprender que detrás de la norma del 367 del Código Civil tendría que existir el mismo motivo para considerar el interés superior del niño, debido a que los dos preceptos apuntan a la protección del niño, niña o adolescente. Incluso, el inciso 3° del artículo 225 señala que, a falta de acuerdo entre los padres, *“los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo”*, en otras palabras, que en la norma donde se enmarca el orden de prelación de aquellos parientes susceptibles de ser guardadores legítimos también debería primar, en la situación que ya estén viviendo con uno de ellos, por sobre el orden de preferencia que establece la ley. Siguiendo el aforismo jurídico, donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, el legislador en los casos de determinación de cuidado personal de menores con padres vivos privilegia la situación de hecho, esto es que debe seguir viviendo con aquel con que lo ha hecho en el último tiempo, sin embargo en el artículo 367 no se sigue la misma idea.

Posteriormente, el tribunal se interioriza en la naturaleza del artículo 367 del código civil, del Considerando Decimoctavo al Trigésimo. Comienza refiriéndose al orden establecido en este, en primer lugar es llamado el padre del pupilo; en segundo lugar, la madre; en tercer lugar, los demás ascendientes de uno y otro sexo; y en cuarto lugar, los hermanos de uno y otro sexo del pupilo, y los hermanos de uno y otro sexo de los ascendientes del pupilo. Se establece aquello en relación a los lazos familiares tradicionales. En el inciso segundo, *se especifica que a falta de ambos padres, oídos los parientes del pupilo, elegirá entre los demás ascendientes, y a falta de ascendientes, entre los colaterales, la persona que le pareciere más apta, y que mejores seguridades presentare*. En lo anterior se alude a parámetros que son bastante amplios a mi parecer, recién luego de pasar por la tercera categoría, se establece por Bello, *“la persona que le pareciere más apta, y que mejores seguridades presentare”* a dicha expresión le hace falta más precisión atendiendo a la importancia de la materia en comento, esto es, la curaduría de dos menores en que ambos padres han muerto. La amplitud, es en atención a las palabras que se utiliza en su redacción, *“más apta”* y *“seguridades”*, derechamente el redactor debió aludir a quién contribuya de la mejor manera al pleno respeto y satisfacción de los derechos del niño, niña o adolescente, sin embargo llegamos a la misma conclusión explicada en las páginas anteriores; que a la época de dictación del Código no se consideraba como sujeto de derecho al menor, por lo cual no existía un interés real en favor de los menores.

Este orden de prelación debe ser respetado, por ello su enumeración, solo a falta del primer orden, se puede pasar al siguiente, y así sucesivamente. Lo anterior, respaldado por lo señalado en el Considerando vigesimosegundo *“Que dicha interpretación se fortalece al analizar el lenguaje utilizado por el codificador en este artículo, cuando utiliza de manera directa y clara números ordinales para señalar a cada uno de los órdenes”* evidentemente el

⁴⁵ Mensaje presidencial de la Ley N° 20.680, que introdujo la nueva formulación del referido artículo, boletines 7007-18 y 5917-18, refundidos

legislador no deja margen al juez para que este elija, no da opción, debiendo ceñirse este a lo estipulado en la norma imperativa.

En el Considerando Vigésimoséptimo, se alude a la limitada libertad del juez, en cuanto solo tiene libertad en dos sentidos, en nombrar al guardador en el orden de preferencia establecido en la ley y en elegir más de una persona en para ejercer el cargo y dividir entre ellas las funciones. Es importante precisar que *“por falta del o los parientes se debe entender, la ausencia de una persona en el sitio en que debía estar. Que, por lo mismo, cuando un pariente falta, quiere decir que no existe”*. En la parte final del Considerando vigesimooctavo, el tribunal alude a que la falta de un pariente se encamina a la inexistencia de aquel, *“la muerte, como hecho que pone termino a la existencia jurídica de las personas, es un ejemplo de persona que falta en el orden definido. También, la aplicación de una excusa legal o una causal de cesación reglada”*. Aplicando lo dicho al caso concreto, por ausencia de ambos padres de las menores, ya que se encuentran fallecidos, se debe discernir entre los ascendientes, teniendo la jueza que quedarse en esa categoría.

En el Considerando trigésimo se alude al artículo 437 del Código Civil que no resuelve el conflicto jurídico, esto en razón que es un artículo que se avoca a otro tipo de guarda, a la dativa que es el caso en que ya no exista ninguno de los parientes del 367. Llama profundamente la atención que el tribunal solo analice dos artículos de todo el procedimiento de guarda que la jueza Nel detalló en el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, lo que hace inferir que el Tribunal Constitucional no podría inaplicar el procedimiento completo, ya que apoya la teoría de la deferencia a los otros poderes del Estado.

En los Considerandos siguientes, se refieren directamente a la inconstitucionalidad del artículo 367 del Código Civil en el caso concreto, señalando en qué sentido infringe la igualdad ante la ley del artículo 19 N°1 de la Constitución, y la integridad psíquica amparado en el artículo 19 N°2 de nuestra Carta fundamental. Tales derechos le son reconocidos a los menores desde el surgimiento del cambio de visión hacia ellos, con la ratificación de la Convención de los derechos del niño por Chile en 1990, en que se incorpora el principio del interés superior del niño en nuestro ordenamiento jurídico chileno. De esta manera se debe respetar y contribuir al desarrollo de sus derechos, entre ellos se puede mencionar la igualdad ante la ley y la integridad psíquica, como a cualquier sujeto de derecho. La integridad psíquica de las menores se verán alteradas negativamente si la jueza resuelve nombrar de curador al abuelo materno con quien no tienen vínculo alguno, es más ni siquiera se sabe el paradero de este. Lo más ventajoso para el desequilibrio emocional vivido ante la pérdida de ambos padres, es seguir viviendo con el hermano mayor, quien cuenta con un trabajo estable, vive además con otra de sus hermanas. Además atendiendo a la etapa difícil que están viviendo en relación a la adolescencia, el cambio de domicilio de un hogar donde sus hermanos le han brindado contención y comprensión, sería sumamente perjudicial cambiarlas a una casa donde convivirían diariamente con una persona que no tiene una intención real y afectiva con las menores, pues si el abuelo nunca tuvo el interés de mantener un vínculo con sus nietas, menos tendrá las ganas de hacerse cargo de ellas. Se debe privilegiar su estabilidad espiritual y material.

En cuanto al Considerando trigésimo-segundo hasta el trigésimo-noveno, se hace referencia a la igualdad ante la ley, en atención a que existe un trato diferenciado a menores que están en una misma situación, en la necesidad de que alguien procure su cuidado. El caso de los menores con padres fallecidos se les ve de manera inferior por parte del legislador, diverso de lo que sucede con los hijos con padres vivos.

Finalmente se resuelve por el Tribunal declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad a requerimiento de la jueza titular del juzgado de familia de Pudahuel. Sin embargo, solo se declara la inaplicabilidad del artículo 367 del Código Civil, ya que al parecer del Tribunal Constitucional es la norma que resulta decisiva para la adopción de la resolución en el caso concreto.

Cabe mencionar la importancia del fallo que es objeto de análisis, dado que es primera vez en Chile que se declara la inconstitucionalidad del artículo 367 del Código Civil, se deja en evidencia al buscar jurisprudencia al respecto, en que solo aparece esta sentencia. Sumado a lo anterior, el artículo denominado “El cuidado personal de los niños en caso de muerte de ambos padres” que escribió la jueza Nel Greeven en la Revista de Derecho de Familia, y la ponencia en el “Ciclo de Comentarios de Jurisprudencia organizado por el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile”⁴⁶ que realizó al respecto de las “Relaciones de cuidado y guardas”. Por tanto, es de suma trascendencia este requerimiento, ya que marca un precedente para casos posteriores ante la situación de niños, niñas o adolescentes con ambos padres fallecidos en que se afecte el interés superior del niño, hipótesis que aún no se le ha dado la relevancia que refiere.

B-) ANÁLISIS DEL RAZONAMIENTO DE LA JUEZA DE FAMILIA DE PUDAHUEL⁴⁷

Que el cuidado personal de los hijos con ambos padres fallecidos se regule por el sistema de guardas, tiene su origen en cómo se debe entender la inhabilidad contenida en el 226 del Código Civil, de entenderse como inhabilidad la muerte de los padres, el cuidado personal de menores con padres muertos se debía regular por el 225-2 del Código Civil.

Por un lado, Gabriel Hernández Paulsen⁴⁸ señala que el artículo 42 de la Ley de menores (N°19.618)⁴⁹ se refiere a qué debemos entender por inhabilidad del artículo 226⁵⁰ del Código

⁴⁶ Llevada a cabo en conjunto con Fabiola Lathrop (Universidad de Chile), y Hernán Corral (Universidad de Los Andes), el día 13 de septiembre de 2016.

⁴⁷ GREVEEN, Nel, *El Cuidado personal de los Niños en caso de muerte de ambos padres*, Revista de Derecho de Familia, Volumen II, n°10 (Santiago, Editorial Thomson Reuters La Ley, 2016), p. 65-86.

⁴⁸ Profesor de Derecho Civil e Investigador Universidad de Chile. Profesor del Magíster en Derecho de Familia(s) y de la Infancia Universidad de Chile. Coordinador Académico del Diploma en Derecho de Familia y la Niñez

⁴⁹ a. Incapacidad mental, b. Alcoholismo crónico, c. No velen por la crianza, cuidado personal o educación del hijo, d. Consientan en la vagancia o mendicidad del hijo, e. Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores de edad, f. Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al niño, niña o adolescente o cuando la permanencia del niño en el hogar constituya un peligro para su moralidad, g. Cuando cualesquiera otras causas pongan al menor de edad en peligro moral o material.

⁵⁰ “Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2”.

Civil, atendiendo a ello, él es partidario de que se entienda a la muerte como una “*inhabilidad física o moral*” para el menor, o sea que el fallecimiento de ambos padres se encuentre enmarcado dentro del concepto de inhabilidad, pero la jurisprudencia antigua al hablar de peligro moral, se hacía referencia a situaciones en que la madre era prostituta, que el niño haya sufrido violencia física u otras situaciones, pero en ningún caso les avocaba al fallecimiento de ambos padres del niño, niña o adolescente. Según la jueza Nel, englobar el concepto de inhabilidad física o moral a aquellos padres fallecidos es extender en demasía el concepto, lo que sería jurídicamente inadecuado, y que más bien la solución sería eliminar el concepto de inhabilidad del artículo 226, ya que inhabilitar a los padres es resultado de un proceso bastante largo y engorroso.

Por otro lado, Hernán Corral Talciani⁵¹, también entiende que la muerte de ambos padres puede ser entendida como “*inhabilidad física o moral*”, sin embargo esto es, en aplicación del mecanismo de interpretación del derecho, la analogía, consistente en que ante dos situaciones similares en la que solo una tiene solución en la ley, se aplica aquella a la hipótesis no prevista por el legislador, es decir a aquella situación donde existe un vacío legal. Lo planteado por el profesor Corral se ciñe a la doctrina de Manuel Somarriva Undurraga⁵².

La magistrado Greeven, alude a qué en aquellos casos⁵³, el juez rechaza por falta de “*legítimo contradictor*”, es por esto que se recurre a la institución de Las Guardas, pero no por tratarse de una institución idónea, sino por ser la única que regula a los niños, niñas o adolescentes con ambos padres fallecidos. Hay que recordar lo visto en el Capítulo I, las guardas se crean para la protección de incapaces, mejor dicho, para establecer una representación cuando falta patria potestad.

A partir de lo anterior, se puede inferir que los eruditos del derecho de familia, han intentado enmarcar el caso de los hijos con ambos padres fallecidos dentro de la institución del cuidado Personal, lo que ha sido infructuoso, en atención a que es una institución que a diferencia de las guardas, si se trata de una regulación conforme a la Convención Internacional de los Derechos del niño, evidencia de ello, es el artículo 226 del Código Civil que prescribe, que el juez debe confiar el cuidado personal, “*velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios descritos en el artículo 225-2 del Código Civil, artículo en el cual se refiere expresamente a la consideración del interés superior del niño para la determinación de quién ejercerá el cuidado personal del menor.*”

La jueza Nel pretende demostrar mediante el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de todo el sistema de guarda legítima, es dejar en evidencia que el legislador está haciendo una diferencia arbitraria e injustificada respecto de dos grupos de menores, por un lado, se encuentran los menores con padres vivos a los cuales se les aplica el artículo 225-2 del Código Civil para la determinación del cuidado personal, y por otro lado, existe otro grupo de menores, aquellos con ambos padres fallecidos, a los cuales se les

⁵¹ Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España

⁵² SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Derecho de Familia*, segunda edición (Santiago, Editorial Nascimento, 1963), p. 448-449.

⁵³ C-4242-2025-2015- C-736-2015. (Segundo Juzgado de Familia de Santiago)

aplica el artículo 367 del Código Civil de la institución de la guarda legítima. El problema consiste en que a los primeros, se les aplica la institución del Cuidado Personal el que tiene especial consideración al interés superior del niño y el oír a este, mientras que a los segundos, se les aplica el sistema de guarda el que no tiene ninguna consideración al interés superior del niño, estableciendo un mero orden de prelación sujeto a un procedimiento escueto.

Cabe destacar que la jueza Greeven y el profesor Hernán Corral están de acuerdo con que el sistema de guardas es una institución anacrónica, que no se preocupa del interés superior del niño ni de los intereses del adulto que se ven sometidos al cargo de guardadores.

Finalmente, por la línea argumentativa que sigue la magistrado, es posible concluir que la solución que propone se encamina más bien por el lado de crear una nueva hipótesis de cuidado personal dirigida a aquellos niños, niñas o adolescentes en que ambos padres han fallecido, ya que actualmente el procedimiento de cuidado personal se da entre los padres o en contra de uno de los padres.

C-) ANÁLISIS SOBRE LA OPINIÓN⁵⁴ DE MARÍA SARA RODRÍGUEZ

Profesora de Derecho Civil y de Seminario de Investigación I de la Universidad de los Andes. Doctora, Universidad Autónoma de Madrid. Magíster en la Universidad de Northwestern. Licenciada en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

La profesora María Sara se refiere al requerimiento recién analizado en su artículo “Facultades de menores y jueces en el nombramiento de un curador” en el Mercurio Legal. Señala principalmente que el Tribunal Constitucional acogió el requerimiento de inaplicabilidad teniendo como base una interpretación restrictiva del artículo 367 del Código Civil, puesto que a la luz del artículo 437 del Código Civil que es concordante con el artículo 12 de la Convención⁵⁵, la jueza podría haber fallado a favor de la curaduría a cargo del hermano mayor de las menores, sin necesidad de gestionar lo solicitado al Tribunal Constitucional. Sin embargo, el artículo 437 se utiliza en la guarda dativa, ya que claramente lo dice la norma al expresar “*el menor adulto que careciere de curador debe pedirlo al juez...*”, y ya como se vio el Capítulo I, la guarda dativa, se utiliza solo en caso de falta de los parientes del pupilo señalados en el 367 y este no es el caso, puesto a que se trata de una curaduría legítima, en la que existe un abuelo materno y un hermano mayor. El tipo de guarda que se somete a conocimiento del Juez, corresponde a la denominada dativa, pues es la única en la que se requiere la intervención de un tercero, en este caso el Juez, para proceder a su nombramiento, mientras en las otras el nombramiento se efectúa por medio de un testamento o por el solo mandato de la ley.⁵⁶

⁵⁴ RODRÍGUEZ, María Sara, *Facultades de Menores y Jueces en el Nombramiento de Curador* (Santiago, 2016) Recurso extraído en línea de: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2016/01/11/El-derecho-del-nino-a-ser-oido-y-posesion-notoria-de-estado-en-juicios-de-filiacion.aspx>. [fecha de consulta: 15 de enero de 2017]

⁵⁵ Que manda a oír la opinión del niño en todos los asuntos que lo afecten, tomándose en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

⁵⁶ ULRIKSEN RAMOS, Germán, *Derecho de Menores*, tomo II, segunda edición (Santiago, Editorial Jurídica La Ley, 2003), p. 461.

Otra crítica que realiza Rodríguez, es que el 367 no existiría un orden de prelación rígido y estático, ya que al comenzar la norma, prescribe “*Los llamados a la tutela o curaduría legítima son, en general*”, lo que no resulta válido, ya que al seguir con la lectura de la norma, se enumera categóricamente cada uno de los parientes llamados a ejercer el cargo de guardador, es así como se nombra “*Primeramente*”, “*En segundo lugar*”, “*En tercer lugar*”, y “*En cuarto lugar*”, y Bello para asegurarse que se respetara este orden, agrego el inciso final explicando cómo debe actuar el juez para proceder a la designación, utilizando las expresiones “*Si no hubiere lugar a la tutela o curaduría del padre o madre...*”, y, “*a falta de ascendientes...*”. La única alteración que se permite en esta norma sería que el juez podrá elegir a más de una persona si lo estimare conveniente.

Dicho lo anterior, las referidas críticas al acogimiento del requerimiento carecen de argumentos válidos, ya que no se trata de una cuestión de interpretación restrictiva o amplia, sino más bien de una cuestión de fondo, es un hecho que el 367 no respeta el debido proceso con las garantías que se debe entregar a todo sujeto de derecho, por ser tal, y que el orden de prelación no respeta el interés superior del niño.

D-) ANÁLISIS DE SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, ROL N°2987-2016

Esta sentencia trata de otro requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto también por la jueza Nel Greeven, del día 16 de febrero de 2016, el que fue resuelto el 9 de mayo del presente año. Se solicita la inaplicabilidad de la frase “*en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres*” del artículo 226 del Código Civil, además de los artículos 366, 367, 369, 370 y 372 también del Código Civil, y los artículos 838, 839 y 841 del Código de Procedimiento Civil los que infringirían los artículos 19 N°2 y 3 de la Constitución Política de la República. La gestión pendiente en el Juzgado de Familia de Pudahuel, hace alusión al nombramiento de guardador, que ha sido pedido por doña Jeanette Cancino Canales para ser tutor de dos nietos, una niña de nueve años y un bebé de siete meses de edad, ante el fallecimiento de la madre de los menores, en noviembre de 2015, luego de una larga enfermedad, pues es esta abuela materna la que se ha hecho cargo de los menores desde mucho antes que su hija muriese. Con respecto al padre de la niña y el niño, no existe filiación determinada, jamás ha aportado a la manutención de los menores y no tienen vínculo alguno con él.

El problema que ocurre en este caso, es que al no existir filiación determinada por parte del padre, ya no se puede aplicar la normativa del cuidado personal, sino que se debe aplicar la institución de las guardas, y se hace una crítica al artículo 367 del Código Civil que establece un orden de prelación, donde solo se oye al defensor de menores. La jueza alega que de no declararse la inaplicabilidad tendría que conceder la tutoría a la abuela solicitante, sin que se pueda apreciar si realmente esta apta o en condiciones para serlo, con el objeto de que se respete el interés superior de los niños. Además lo fundamenta señalando que existe una discriminación entre dos grupos de menores, aquellos que tienen ambos padres vivos a los que se rigen por la institución del cuidado personal en que se encuentra protegido el interés superior del niño, y aquellos que tienen ambos padres muertos, en este caso es solo la madre quién ha fallecido, pero respecto del padre no hay filiación determinada, por lo que igualmente se aplica el sistema de guarda legítima.

La curadora ad litem insta al Tribunal Constitucional para que sea acogido el requerimiento, atendiendo a que además de la abuela materna, los menores tienen un vínculo con dos tíos, que son hermanos de su madre fallecida, los cuales también podrían optar al cargo de guardadores, sino tuviese que respetarse el orden de prelación. Se alega que al ser un procedimiento voluntario no se aplica el procedimiento ordinario de familia que se encuentra dotado del debido proceso, muestra de ello es el artículo 16 de la ley de Tribunales de Familia en que se establece el mandato a los jueces de respetar siempre el interés superior del niño en la toma de decisiones. Además señala que se estarían infringiendo el artículo 1° y 19 N° 1° de la Carta Fundamental en atención a que se estaría afectando la protección de la familia, los artículos 2,3,4 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño en aplicación del artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la Republica.

El Tribunal Constitucional en el Considerando primero, alude que la base legal del requerimiento no es efectiva y que las pruebas no son suficientes para acreditar que se estaría vulnerando en el caso concreto el interés superior del niño al nombrar como tutora a la abuela materna.

Cabe destacar que en este fallo en el Considerando tercero, el tribunal entiende dentro de la inhabilidad física a la muerte, mientras que la inhabilidad moral solo corresponde a alguno de los casos señalados en el artículo 42 de la Ley de Menores, los que no se dan en este caso concreto, sería extender demasiado la interpretación de una norma de excepción.

En el Considerando cuarto, se señala que al estar vivo el padre, se podría optar por la determinación judicial de la filiación de ambos menores, y como sería forzosa, en aplicación del 224 inciso segundo⁵⁷, la jueza requirente estará en condiciones de determinar libremente el cuidado personal de las menores, en favor de un tercero en que si se tenga consideración al interés superior del niño, pudiendo la jueza analizar cuál de los parientes es la persona más idónea. Sin perjuicio de la estrategia legal descrita en este Considerando por parte del tribunal, solo se aprecia que es una salida “parche” al problema real que es el orden de prelación establecido en el 367 del Código Civil, además se estaría obligando al padre de los menores a que los reconozca cuando no tiene la más mínima intención de hacerlo y se está obligando a que estos lleven el apellido de quien jamás ha estado presente, y todo esto es post de aplicar la institución del cuidado personal que si toma en consideración al interés superior del niño, pero al determinar la filiación de manera judicial de igual manera se estaría vulnerando el interés superior del niño, pues los niños tampoco serían oídos.

En el Considerando sexto, el Tribunal Constitucional, es claro en señalar, *“no existe ningún antecedente probatorio que demuestre en concreto en el marco de la gestión judicial subyacente, que la abuela solicitante sería inidónea para ejercer la guarda, física o moralmente, desde la perspectiva del interés superior de los niños. Antes bien, por el contrario, los antecedentes acopiados por ella no han sido desmentidos por un legítimo contradictor a la gestión no contenciosa, ni tampoco desvirtuados por la jueza mediante informaciones sumarias...”*. Evidentemente a lo que se hace hincapié en el presente

⁵⁷ “Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez”

considerando es que a la requirente le faltó prueba para que se acreditara en el caso concreto que al nombrar como tutor a la abuela se estaría vulnerando el interés superior del niño, sin embargo, el tribunal no logró darse cuenta que la jueza no quería desacreditar a la abuela quien los ha cuidado desde hace años, sino lograr que realmente existiese una igualdad de condiciones al determinar la persona a cargo de las menores, igual que aquellas condiciones que se le entregan a aquellos menores con padres vivos o con uno de los padres vivos en la determinación de cuidado personal.

Finalmente el tribunal, por todo lo anterior, decide rechazar el requerimiento, ya que en el caso concreto no se da la vulneración al interés superior del niño, pero cabe preguntarse qué hubiese sucedido si la abuela no tuviera un vínculo afectivo real, si no fuese apta para ejercer el cargo de tutora, en este caso el tribunal probablemente habría acogido la inaplicabilidad, y se confirmaría nuevamente que la institución de la guarda legítima con su orden de prelación está vulnerando el interés superior del niño, principio y norma incorporado al ordenamiento jurídico chileno desde la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño que se encuentra vigente. En este caso no se vulneró, pues coincidió con que el orden que seguía era justamente la persona idónea en la vida real, pero este es uno de tantos casos, en que los hermanos o los tíos de los pupilos resultan más idóneos que los mismos abuelos.

E-) PROBLEMÁTICA DEL SISTEMA DE GUARDAS LEGÍTIMA RESPECTO DE LOS MENORES DE EDAD, SU VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA POSIBLE SOLUCIÓN AL RESPECTO

Podemos identificar tres problemas en el sistema de guarda legítima, específicamente en la curaduría o tutoría de pupilos.

En cuanto al primer problema, tiene relación con el enfoque con que se incorporó el sistema de guardas, este apunta a que a la época de dictación del Código Civil en el año 1855, el sistema de guardas que instauró Bello tenía como precedente al derecho romano, en el cual se hacía una distinción entre tutela y curatela⁵⁸. En el segundo caso, la protección va dirigida principalmente a los bienes y de manera secundaria a la persona, en la que se señala que debe protegerse la crianza y educación de los pupilos. Por lo anterior, es que se llama primero a los parientes que heredaban porque tenía más interés en el patrimonio por lo que lo iba a administrar mejor que aquel que no estaba llamado a suceder. A pesar de ser una curaduría general la que se tiene sobre los menores, el germen de que prima la protección de los bienes del pupilo, sigue vigente, por ello que no se preocupa de la persona y de sus derechos en el procedimiento, problema que se verá a continuación.

En cuanto al segundo problema y el más importante de todos, este mira directamente al procedimiento, ya que en el 367 del Código Civil se señala luego del orden de prelación, “*Si no hubiere lugar a la tutela o curaduría del padre o madre, el juez, oídos los parientes del pupilo, elegirá entre los demás ascendientes, y a falta de ascendientes, entre los colaterales aquí designados, la persona que le pareciere más apta, y que mejores seguridades presentare; y podrá también, si lo estimare conveniente, elegir más de una, y dividir entre*

⁵⁸ RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia*, tomo II (Santiago, Editorial Jurídica, 2001), p. 524.

ellas las funciones”. Además hay que considerar el artículo 838 y 839 del Código de Procedimiento Civil, sin embargo el artículo clave en este procedimiento y es el que ha sido objeto de críticas es el 839 que dispone:

“Para conferir la tutela o curaduría legítima del menor a su padre o madre legítimos o a los demás ascendientes de uno u otro sexo, procederá el tribunal oyendo sólo al defensor de menores.

En los demás casos de tutela o curaduría legítima, para la elección del tutor o curador oírá el tribunal al defensor de menores y a los parientes del pupilo.

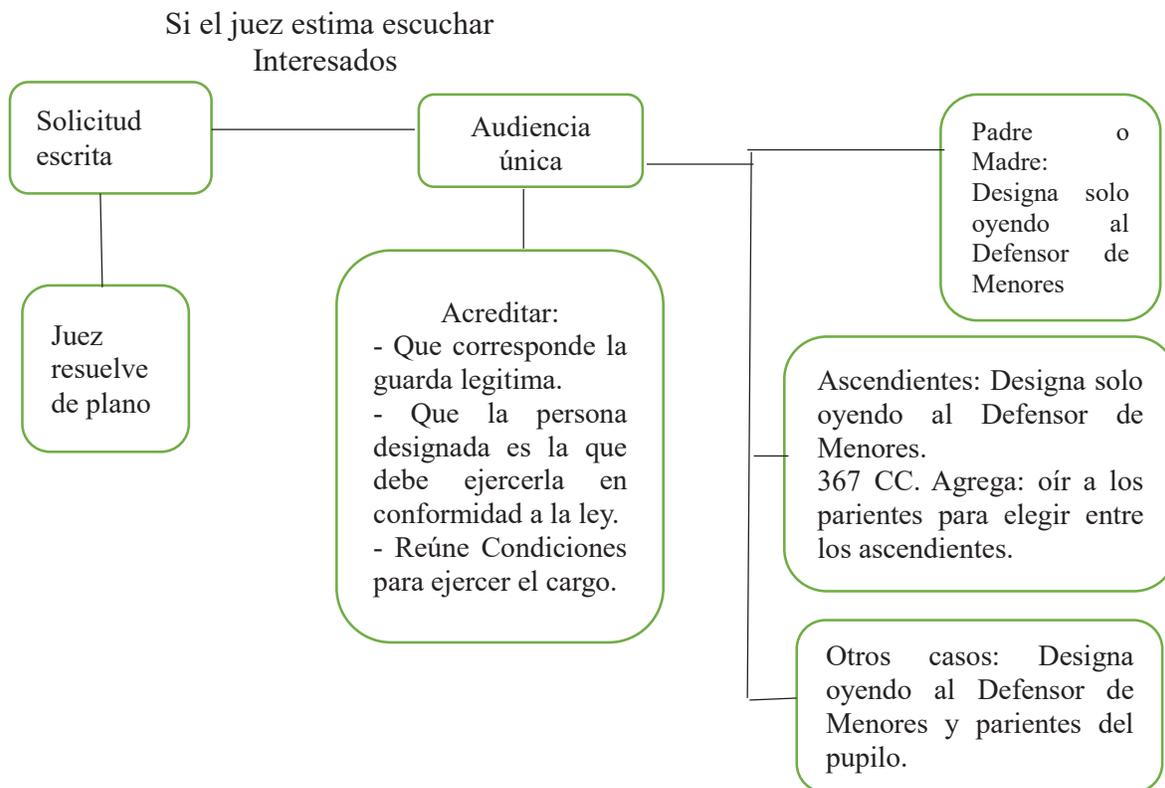
Al defensor de menores se le pedirá dictamen por escrito, pero si ha de consultarse a los parientes del pupilo, bastará que se les cite para la misma audiencia a que deben estos concurrir, en la cual será también oído el defensor”.

Del artículo precedente, se hace referencia a que solo se oírá al defensor de menores para designar como guardador a los ascendientes, y solo a falta de abuelos, se procede a la siguiente categoría de los hermanos, en este caso se oírá además a los parientes del pupilo y relacionándolo con el 367, en esta circunstancia el juez analizará quien le pareciere más apta y que mayor seguridades presentare. De lo anterior, se colige que no existe ninguna exigencia en la ley establecida a ponderar si hay un vínculo real en cuanto a lo afectivo y a quien de todos los establecidos en el orden prelación, podrá contribuir de mejor manera al desarrollo y plena satisfacción de los derechos del niño, esto es el principio del interés superior del niño, que como ya hemos señalado, constituye principio y norma directamente aplicable en aquellas circunstancias en que se deba resguardar a los niños, niñas o adolescentes. En este orden de ideas, es que es necesario remitirnos al artículo 225- 2 del Código Civil en el que se establecen expresamente los lineamientos que debe ponderar el juez para establecer quién estará a cargo del cuidado personal del niño, niña o adolescente. Cabe plantearse si existe alguna diferencia justificada en torno a la diferenciación implícita que hace el legislador, estableciendo dos procedimientos completamente distintos para instituciones que si bien son distintas, apuntan ambas a destinatarios que son niños a los cuales, como tales, deben tener un trato especial, más aún si se trata de menores que son doblemente vulnerables al quedar huérfanos. Evidentemente existe una vulneración al debido proceso en el procedimiento establecido para la designación de curador encaminado a aquellos niños cuyos padres han fallecido, que no se da en el procedimiento establecido para la designación del cuidado personal de los menores que fue recientemente modificado con la Ley N° 20.680.

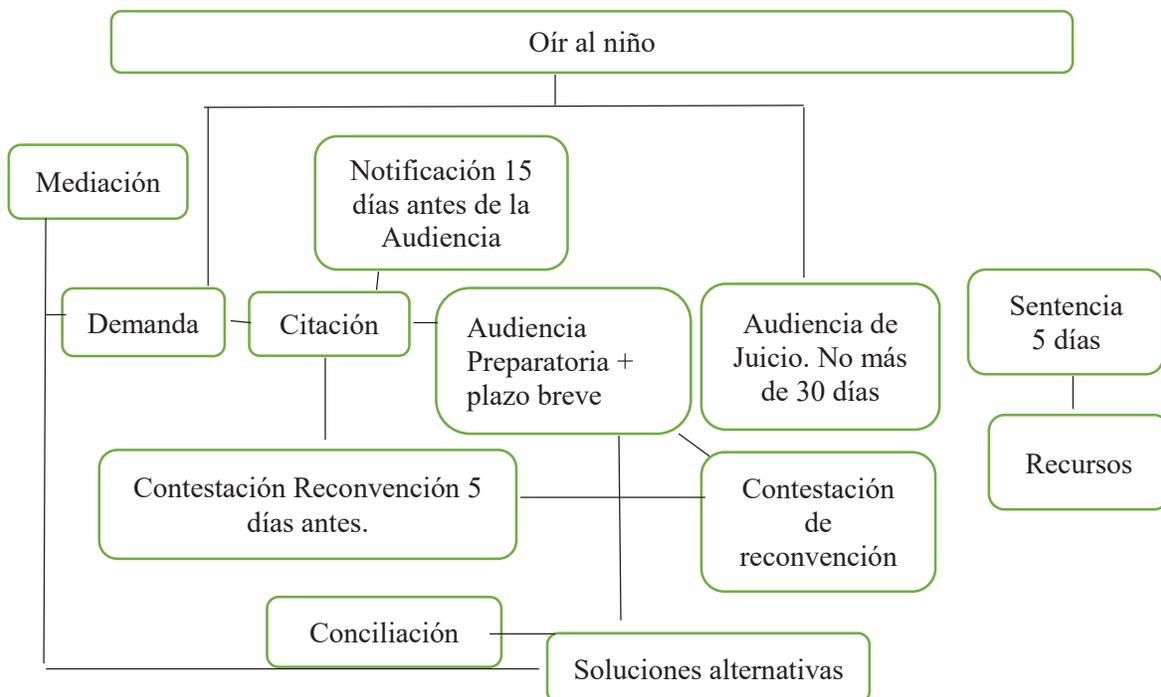
A continuación, un esquema referido al procedimiento de ambas instituciones, guardas y cuidado personal, con el objeto de dejar en evidencia que el sistema de guarda legítima es un procedimiento voluntario que no se ciñe a un debido proceso, pues el legislador ha incumplido con la obligación dispuesta en el artículo 19 N° 3 inciso sexto⁵⁹ de la Constitución Política de la República, distinto del procedimiento establecido para la determinación del cuidado personal.

⁵⁹ Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

Procedimiento de Guarda legítima (procedimiento voluntario)



Procedimiento de Cuidado personal (procedimiento ordinario)



No basta el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para ser curador, esto es, discernimiento⁶⁰, rendir fianza o caución⁶¹ e inventario solemne previo de los bienes del pupilo⁶². Además quien resulte ser el curador, debe cumplir con ciertas características específicas, como la capacidad⁶³, edad del curador⁶⁴ y se establecen ciertas inhabilidades en razón de la existencia de ciertas relaciones de parentesco, oposición de intereses o diferencias de religión entre el guardador y el pupilo⁶⁵. Con dichas exigencias y características descritas deja a la luz, el primer problema planteado, esto es, que se le da mayor prioridad a la protección de los bienes, más que al pupilo menor de edad que se pretende proteger, no se están fijando parámetros para respetar el interés superior del niño.

En cuanto al tercer problema, que dice relación con el ámbito histórico, este se encuentra relacionado con el primer y el segundo problema, esto es, que la institución de las guardas fue recogida del derecho romano por Andrés Bello para incorporarlo en nuestro Código Civil, ejemplo de ello es lo que manifiesta Claro Solar, el que hace referencia a que el hijo era “tan incapaz de tener un patrimonio como un esclavo” y “su persona física estaba a disposición absoluta del padre de familia; quien podía disponer de sus hijos como disponía de todas las demás cosas de la familia”⁶⁶. Más bien, esta sería el motivo de los dos problemas anteriores, la mirada que se tenía a las guardas como institución que velaba primordialmente por protección de bienes del pupilo, y el procedimiento que no tiene relación con la visión actual respecto al niño, ya que hoy el niño, niña o adolescente es considerado sujeto de derecho. Cabe destacar que el cuidado personal y la patria potestad han tenido cambios, pero no así el sistema de guardas, quedando al desdén, sin ninguna modificación en su esencia, desde el año 1855.

Va más allá de que esta sea una situación extrema en que ambos padres hayan fallecido, sino que el sistema de guardas contiene un vacío. Lo anterior, puesto que se está vulnerando el interés superior del niño, pues estratégicamente Andrés Bello estableció este orden de prelación del 367 del Código Civil en el año 1855, tiempos en que tal como se expuso en el Capítulo II, el niño era tratado como un simple objeto subsumido al pater familia, la visión hacia el niño luego de la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño se le reconoce un conjunto de derechos que deben ser respetados y la mejor forma de hacerlo es actualizando la norma vigente no solo porque haya un compromiso con una norma internacional sino porque nuestro ordenamiento jurídico debe ir evolucionando en conjunto con nuestra sociedad para contribuir al desarrollo del país y además para que las personas no vean a las normas jurídicas como simples normas imperativas con temor de una consecuencia jurídica, sino porque encuentran que estas tienen una razón detrás que les favorece.

⁶⁰ Artículo 373 del Código Civil.

⁶¹ Artículos 374 y 375 del Código Civil.

⁶² Artículos 374 y 378 del Código Civil.

⁶³ Artículos 497 y 498 del Código Civil.

⁶⁴ Artículo 500 del Código Civil.

⁶⁵ Artículo 502 y siguientes del Código Civil

⁶⁶ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, tomo III, segunda edición (Santiago, Imprenta El Imparcial, 1944), p. 134 y siguientes.

En la sentencia comentada al principio de este Capítulo, la magistrado podría aplicar el principio del interés superior del niño teniendo como respaldo el artículo 3 de la Convención, pero debido a que las normas de la institución objetada son de orden público, no puede hacer caso omiso a ello, es por ello que a falta de una buena regulación debe salvaguardar el interés superior de ambas menores de edad mediante un requerimiento de inaplicabilidad.

La doctrina de la situación irregular de los menores ya ha quedado atrás, dando paso a la doctrina de la protección integral de los derechos del niño, incorporada al ordenamiento jurídico chileno con la ratificación de Chile a la Convención de los Derechos del Niño en el año 1990, luego de esta han existido diversas reformas en el ámbito de los niños, niñas o adolescentes, aunque aún no existe una ley integral de los derechos del niño, Chile ha trabajado para su adecuación a la Convención, la principal muestra de ello es la Ley de Tribunales de Familia, vista en el Capítulo anterior, esta ley incorporó expresamente el interés superior de niño en su artículo 16, extrayéndolo del artículo 3 de la Convención.

La importancia del interés superior del niño, viene dada por ser el pilar fundamental de la nueva doctrina de protección integral en que se considera al niño como sujeto de derecho, y así se ha dejado en evidencia en la jurisprudencia:

En el Considerando Octavo de causa número 1208-2010, resolución número 63842 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso: *“(...) sin perjuicio de hacerse presente que por mucha urgencia con que haya debido actuarse en el caso de autos, lo cierto es que tratándose de la patria potestad, se está ante normas de orden público, las cuales deben ser observadas en forma previa por el Juzgado competente quien adoptará las medidas pertinentes velando por el interés superior de los niños”*.

La Corte Suprema definió el interés superior del niño, en el fallo 620 del año 2010 en el que se rechaza la casación en el fondo porque no se ha vulnerado el interés superior del niño como se reclama, Considerando décimo, *“el interés superior del niño constituye un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico y de mayor relevancia para la decisión en este tipo de materias. Dicho principio, aunque difícil de conceptualizar queda claro que alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente y su finalidad cubre, el desarrollo de los potenciales del menor y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida”*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, también hace alusión al interés superior del niño, en el punto 134 que dice: *“Este tribunal ha señalado que revisten especial gravedad los casos en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado y radica efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable”*

En cuanto a la Observación general N°14 del Comité de los Derechos del Niño, se manifiesta sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, tal como se señala en el artículo 3, párrafo 1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Es de suma relevancia, ya que establece que el Estado Parte tiene tres obligaciones:

“a) La obligación de garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños; b) La obligación de velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión. c) La obligación de garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado, incluidos los proveedores de servicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernen o afecten a un niño”.

Con respecto a esta observación general, es que se deja en evidencia que Chile al no adecuar el sistema de guarda del artículo 367 del código Civil al interés superior del niño solicitada por la Convención la que fue ratificada y que se encuentra vigente, la está vulnerando, puesto que por mandato del artículo 5 inciso segundo de nuestra Constitución, los derechos emanados de instrumentos internacionales ratificados y que se encuentre vigentes deben ser respetados.

En atención a lo anterior, se condice con lo señalado por Isaac Ravetllat y Ruperto Pinochet⁶⁷, los que señalan que en esta observación se da cuenta de un concepto dinámico del principio del interés superior del niño, con el objeto de facilitar a todos los agentes sociales su adecuada interpretación y puesta en escena; garantizando, así, el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos de los niños. Tal principio ha tenido una transformación en el tiempo, desde ser principio inexistente, pasando por ser un principio implícito y finalmente a ser una realidad.

Desde esta perspectiva se dice que el ordenamiento jurídico chileno ha optado por la técnica legislativa de una clausula general consistente en que el legislador incide escasamente en el contenido particular del principio y se configura como un concepto jurídico indeterminado, con remisión, para su precisión efectiva, al momento y a la persona que deba aplicar la norma y por ende el concepto, con la correspondiente adecuación del mandato legal a cada supuesto determinado, a la amplia variedad de personas implicadas y a la pluralidad de situaciones que pudieran suscitarse. Lo cierto es que la Convención no define ni enumera

⁶⁷ RAVETLLAT BALLESTE, 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*, volumen 42, n°3 (Santiago, Revista chilena de derecho, 2015), p. 905. Recurso en línea de: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372015000300007&script=sci_abstract [fecha de consulta: 15 de junio de 2017]

indicador alguno que facilite la concreción práctica de esta cláusula abstracta del interés superior del niño, dejando su interpretación al buen hacer y juicio de la persona, institución u organización encargada de su aplicación; esencialmente las autoridades administrativas y los tribunales de justicia, ello sin olvidar a las instituciones privadas.⁶⁸ El hecho de ser una cláusula general, implica una serie de ventajas como, permitir la adaptación del mandato legal a cada supuesto concreto atendiendo a la diversidad de sujetos y circunstancias que puedan presentarse, así como el mantenimiento de su validez a lo largo de un amplio período de tiempo, gracias a la posibilidad de ser leída de manera acorde con la evolución social y jurídica que se vaya produciendo.⁶⁹

Por lo anterior, se fijan tres niveles de concreción del concepto indeterminado de interés superior del niño, en un primer lugar, encontramos la zona de certeza positiva del interés superior del niño que radica en la circunstancia de que a la persona menor de edad le interesa, ante todo, preservar su integridad física y moral, así como garantizar el desarrollo integral de su personalidad; en segundo lugar, tenemos a la zona de imprecisión la que da diversas posibilidades, en la cual se requiere de una estimación o juicio de valor tanto más amplia a medida que el concepto deja de ser técnico o especializado y se inserta en lo cultural o valorativo; finalmente, se encuentra la zona de certeza negativa en la que desaparece el valor implícito del concepto.⁷⁰ En conclusión, la zona en que presenta dificultad el concepto, es la zona intermedia, pues es la que da margen de discrecionalidad al aplicador del derecho para dotarlo del contenido faltante.

Como se hizo alusión en el Capítulo anterior, la doctrina chilena, planea la hipótesis que el Interés Superior del Niño decanta su contenido, en tres sub-principios⁷¹:

En primer lugar, se refiere a La Protección del Niño, que en palabras de Rodrigo Barcia, no entra en conflicto con aquel, ya que el ámbito más básico del principio del interés superior del niño será el de su protección, por lo tanto este principio obliga al Derecho actuar como garante. En tal sentido, esta es una concepción del niño como “incapaz por lo cual el Estado actúa en esta situación determinando qué es lo mejor para él. Este principio se encuentra relacionado con la vertiente negativa del principio del interés superior del niño, ya que implica un deber de abstención “de no dañar al niño”, así ocurre en los casos de desamparo o abandono y privación de la patria potestad, a modo de ejemplo. Atendido a lo que significa este principio, se deja en evidencia que el orden de prelación establecido en la ley de guarda legítima, no asegura la protección al menor, puesto que al dar cumplimiento efectivo de lo allí estipulado, el juez no se está cerciorando de si es la persona idónea para ser nombrado guardador, en atención al procedimiento de guardas vigente, más bien se estaría dejando al niño, niña o adolescente en una situación de desprotección, que atenta contra el principio que constituye un pilar fundamental en la legislación moderna relativa a los derechos de los niños. El derecho no está actuando como garante, en este caso de nombramiento de guardador legítimo ante una situación tan vulnerable para los menores, en que ambos padres mueren.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 906.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 918.

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 922.

⁷¹ BARCÍA LEHMANN, Rodrigo, *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2011), pp. 383 y siguientes.

En segundo lugar, se refiere al principio del ejercicio progresivo de los derechos del niño, que alude a la necesidad de centrar el Derecho de la Infancia en el desarrollo del niño como persona y ciudadano, pero fijando límites variables de acuerdo a la madurez del niño y del adolescente, otorgándole diferentes grados de autonomía. En el caso en concreto analizado en la sentencia, da cuenta de que las menores tienen entre catorce y quince años, por lo cual se espera que el ordenamiento jurídico, al menos contemple la exigencia de que estas niñas sean oídas, aunque lo mejor sería que pudieran elegir acerca de con quién les gustaría quedarse, por medio de informes periciales y de la ayuda de los Consejeros Técnicos que den cuenta de ello. De la Convención de los Derechos del Niño en conjunto con la Ley de Tribunales de Familia, se puede establecer, en palabras de Rodrigo Barcia, que los adolescentes son los mayores de catorce años y tienen una capacidad limitada, es más, se podría entender que ellos ya son capaces, y que dicha capacidad es revisable por el juez conforme al interés superior del niño.

En tercer lugar, se alude al principio del Interés superior del niño como aplicación de la autoridad parental y patria potestad, el que hace referencia a que ambos padres están en una situación de igualdad para asumir y propender al desarrollo de su hijo, no se acaba en la preocupación mutua, sino en cómo cautelan y procuran el desarrollo de los derechos de sus hijos. Relacionando con el principio de no intervención del Estado, son los integrantes de la familia quienes determinan sus relaciones, actuando el Estado solo para proteger derechos de los niños o el cónyuge más débil. En el caso en comento, las niñas quedaron huérfanas de ambos padres, por lo cual debiese entrar a protegerlas el Estado, siendo así lo ideal es que se cerciorara que ellas están en buenas condiciones y que el hermano que se ha hecho cargo desde el fallecimiento de sus padres, es la persona idónea y que cuenta con las características necesarias para propender a que las niñas se desarrollen y además, el Estado en protección de la infancia, debe asegurarse que las niñas no vean vulnerados sus derechos como tal. Se debe dejar que la misma familia regule sus relaciones, en estas circunstancias, las menores llevan años conviviendo con su hermano mayor, y no han tenido problemas al respecto.

Finalmente, el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto por la Jueza Titular del Juzgado de Familia de Pudahuel, fue clave para determinar la existencia de una vulneración al interés superior del niño, ya que se dejó en evidencia en el caso concreto de las dos hermanas huérfanas de padre y madre, en el que su hermano mayor solicita ser su curador. Sin embargo, en la sentencia que se analizó posteriormente, interpuesta por la misma jueza se rechazó el requerimiento, debido a que el Tribunal Constitucional estimó que en el caso concreto el artículo 367 del Código Civil no vulnera el interés superior del niño, pero qué sucede en el caso de aquellos menores en que con ocasión de un procedimiento de designación de curador las personas que pueden pedir la inaplicabilidad del 367 no actúan de manera diligente mirando el bienestar real de las menores, estos niños quedarán completamente a la deriva, o en otras palabras, desamparados, teniendo que convivir con personas que si bien tienen un vínculo de consanguinidad, no existe vínculo afectivo alguno, situación que sumado al trauma por quedar sin ambos padres, le marcará para el resto de su vida influyendo sustancialmente en sus relaciones interpersonales y en todo ámbito en que se pretenda desarrollar. Para aquellos jueces o personas que si son diligentes en esta materia, que si se dan el tiempo de interponer inaplicabilidad, posteriormente podrán pedir la inconstitucionalidad directamente, derogándose la norma en cuestión, dejándose un vacío

legal, lo que conllevaría a crear una nueva norma para la guarda legítima que se demoraría bastante tiempo.

Por todo lo anterior, es que el sistema de guardas en Chile está en desuetudo, es una cuestión de Lege Ferenda (sería deseable) que la jurisprudencia se uniformara más a la Convención que al sistema legal, y en segundo lugar lo preferible es que el legislador haga una reforma. Reforma en la cual el procedimiento para la designación de guardador, fuese atendiendo al vínculo afectivo real entre el presunto guardador y el niño, es decir que sea una persona idónea que contribuya al respeto y satisfacción plena de los derechos esenciales del menor, lo más viable es tener como normas molde a los artículos 224, 226 en relación con el artículo con el artículo 225-2⁷² del Código Civil, que hace alusión expresa a diversas consideraciones para la determinación del cuidado personal, entre las cuales destacan el vínculo afectivo, oír la opinión del niño y lo más importante, tener en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente. Una reforma no parece ajena, toda vez que en la discusión de la ley 20.680 que introdujo 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, la profesora Paulina Veloso⁷³ lo mencionó, en el Segundo Informe de la Comisión Constitución en cuanto al cuidado personal en caso de ausencia de ambos padres, en el que expresó “*que las normas actuales solo se refieren a aspectos patrimoniales, de manera que esta sería la oportunidad para agregar un precepto sobre cuidado personal en el caso que ambos padres hayan muerto, ampliando el artículo 226 del Código Civil, que solo contempla la hipótesis de inhabilidad de los progenitores*”.⁷⁴ En este sentido, a pesar que sigue la tesis de la jueza Greeven y no la del presente trabajo, si existe consenso en que se requiere una reforma de manera urgente, con el objetivo primordial de velar por los derechos de aquellos niños con ambos padres fallecidos, a través de un procedimiento que respete el debido proceso.

⁷² “En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:

a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.

b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.

c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.

d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.

e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.

f) La opinión expresada por el hijo.

g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.

h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.

i) El domicilio de los padres.

j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo”.

⁷³ Paulina Veloso es abogada de la Universidad de Concepción. Ha sido subdirectora del SerNaM, abogada integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago, y ministra de la Secretaría General de la Presidencia.

⁷⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Historia de la Ley N°20.680, p.443. Recurso disponible en línea: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4280/> [fecha de consulta: 27 de mayo de 2017].

CONCLUSIÓN

Para concluir los capítulos precedentemente abordados, es necesario dar cuenta que se acreditó la hipótesis de esta memoria consistente en que, el artículo 367 del Código Civil vulnera el interés superior del niño, para ello se comprobó cada uno de los objetivos dispuestos en la introducción de este trabajo.

1. Que, el sistema de guardas contemplado en el Código Civil chileno no ha tenido modificaciones en su esencia desde la época de su dictación (1855), sino que solo en aspectos formales atendido a cambios en otras leyes.
2. Que, la mirada hacia el niño ha evolucionado enormemente, de ser un objeto más del pater familia a un sujeto de derecho, al igual que el resto de la sociedad, pudiendo ejercer cada uno de sus derechos, tal como lo propone la doctrina de la Protección integral de los derechos del niño.
3. Que, Chile tiene un compromiso internacional en adecuar su derecho interno a la Convención Internacional de los Derechos sobre el Niño, puesto que dicha convención se encuentra vigente y ratificada por Chile desde el año 1990. Además recalcar que el principio del interés superior del niño está consagrada en esta norma internacional.
4. Que, existe un trato diferenciado injustificado y arbitrario hacia los menores amparados por el sistema de guarda legítima dispuesto para los hijos con ambos padres muertos o no reconocidos, distinto de la situación de los hijos con ambos padres vivos o con al menos un padre sobreviviente que se encuentran amparados bajo la institución del cuidado personal en que si se respeta el principio del interés superior del niño.
5. Que, el principio del interés superior del niño entendido como el pleno respeto y satisfacción de los derechos del niño, niña o adolescente se ha reconocido en la jurisprudencia como un mandato que debe tenerse en consideración de manera primordial al momento de dictar una decisión judicial.
6. Que, el artículo 367 del Código Civil establece un orden de prelación categórico, que no vela por el interés superior del niño, ni menos por los sub- principios contenidos en este, es decir, el principio de la protección del niño, el principio del ejercicio progresivo de los derechos del niño y el principio del interés superior del niño como aplicación de la autoridad parental y patria potestad. Directrices relevantes para el derecho de infancia, dado que los principios son normas directamente aplicables en este ámbito del derecho.

7. Que, el sistema de guardas posee tres problemas, uno con respecto a la mirada patrimonial que se tiene hacia esta y que se evidencia en su regulación, otro con respecto al procedimiento voluntario encaminado a la designación del tutor o curador legítimo que vulnera el interés superior del niño. Y por último, desde una perspectiva histórica, este no se ha modificado desde 1855, por lo cual no se ha adecuado a la norma internacional, y a la Ley de tribunales de familia que lo consagra dentro de los principios que rigen el procedimiento de familia.

En consecuencia de todo lo anterior, se deja en evidencia que la institución de las Guardas requiere de una reforma de manera urgente, atendido a que es un mandato constitucional que debe adecuar su derecho interno a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Lo anterior, puesto que en el artículo 5 inciso segundo de la Constitución así lo dispone, ya que Chile ratificó la Convención en el año 1990, la cual establece en su 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*” y sustentado además en la Observación general N°14 del Comité de los derechos del niño, los Estados Partes deben hacer todo lo necesario para adecuar su legislación a esta norma internacional. Si bien es cierto, Chile desde su ratificación a la Convención ha creado diversas leyes con el objeto de adecuar el ordenamiento jurídico chileno a la nueva mirada hacia el niño como sujeto de derecho, aún hay carencias en este punto, como es el caso del sistema de guardas, este era un problema que se veía venir tal como lo planteó Paulina Veloso en la discusión de la Ley 20.680.

De no existir una reforma, los requerimientos de inaplicabilidad en relación al 367 del Código Civil se verán incrementados, cada vez que los aplicadores del derecho diligentes en atención a respetar los principios del derecho de infancia y de velar por el bienestar de los menores, tengan que designar un guardador legítimo a menores en que ambos padres han fallecido. Sin perjuicio de que hay casos en que este orden de prelación sí da como resultado una persona idónea, pero por causas diversas a un buen procedimiento, tal como se vio en el segundo requerimiento de inaplicabilidad interpuesto por Nel Greeven, lo mejor es hacer una reforma sustancial para que todos los niños que se encuentren en la hipótesis de estar sujeto a guarda legítima gocen de un debido proceso, al igual que los niños sujetos a designación de cuidador personal, que fue reformado y adecuado a la convención a través de la ley N°20.680.

BIBLIOGRAFÍA

GREVEEN, Nel, *El Cuidado personal de los Niños en caso de muerte de ambos padres*, Revista de Derecho de Familia, Volumen II, n°10 (Santiago, Editorial Thomson Reuters La Ley, 2016).

BARCÍA LEHMANN, Rodrigo, *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2011)

ULRIKSEN RAMOS, Germán, *Derecho de Menores*, Tomo II, segunda edición (Santiago, Editorial Jurídica La Ley, 2003)

ULRIKSEN RAMOS, Germán, *Derecho de Menores*, Tomo I, segunda edición (Santiago, Editorial Jurídica La Ley, 2003)

ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela; AEDO BARRENA, Cristián; DEL PICÓ RUBIO, Jorge; JARUFE CONTRERAS, Daniela; MONDACA MIRANDA, Alexis; RIVEROS FERRADA, Carolina, *Derecho de Familia* (Santiago, Editorial Thomson Reuters La Ley, 2016).

ARAVENA ARREDONDO, Leonardo, *Tribunales de Familia* (Santiago, Editorial LexisNexis, 2005).

JARA CASTRO, Eduardo, *Derecho Procesal de Familia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011).

POMÉS ANDRADE, Juan, *Seminario de Tribunales de Familia* (Santiago, Colegio de Abogados de Chile A.G. 2004).

VODANOVIC H., Antonio, *Leyes de Derecho de Familia y de Menores* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).

COURT MURASSO, Eduardo; WEGNER ASTUDILLO, Veronika, *Derecho de Familia* (Santiago, Editorial Abeloperrot LegalPublishing Chile, 2011).

RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, *El Cuidado Personal de Niños y Adolescentes en el Nuevo Derecho de Familia* (Santiago, Editorial Abeloperrot LegalPublishing, 2011).

ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, *De las Guardas en General* (2011). Recurso disponible en línea: <https://es.scribd.com/document/155295155/De-Las-Guardas-en-General> [fecha de consulta: 6 de enero de 2017].

MILLAR SAN MARTÍN, Cristián Andrés, *De las Tutelas y Curadurías en General* (Santiago, Memoria Escuela de Derecho, Universidad de Chile, 2013).

SALGADO LEIVA, Natalia Isabel, *El Interés Superior del Niño en los Procedimientos Especiales seguidos ante los Tribunales de Familia* (Santiago, Memoria de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, 2012).

CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de Derecho Procesal*, Tomo II, segunda edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012).

GAJARDO, Samuel, *Protección de Menores* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1953). 000

TURNER SAELZER, Susan, *Los Tribunales de Familia* (Santiago, 2002). Recurso disponible en línea: <http://vlex.com/vid/tribunales-familia-43457515>. [Fecha de consulta: 1 de mayo de 2017].

CADENAS, Hugo, *Sistema funcional de la sociedad* (Santiago, Revista Mad del Departamento de Antropología de la Universidad de Chile, 2015) Recurso disponible en línea: <http://www.revistamad.uchile.cl/index.php/RMAD/article/viewFile/37322/38879> [fecha de consulta: 19 de mayo de 2017].

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Derecho de Familia*, segunda edición (Santiago, Editorial Nascimento, 1963

RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia*, tomo II (Santiago, Editorial Jurídica, 2001).

CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, tomo III, segunda edición (Santiago, Imprenta El Imparcial, 1944).

VIVANCO, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo II (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006).

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Historia de la Ley N°20.680. Recurso disponible en línea: <http://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/4280/> [fecha de consulta: 27 de mayo de 2017].

RODRÍGUEZ, María Sara, *Facultades de Menores y Jueces en el Nombramiento de Curador* (Santiago, 2016) Recurso extraído en línea de: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2016/01/11/El-derecho-del-nino-a-ser-oido-y-posesion-notoria-de-estado-en-juicios-de-filiacion.aspx>. [Fecha de consulta: 15 de enero de 2017]

RAVETLLAT BALLESTE, 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*, volumen 42, n°3 (Santiago, Revista chilena de derecho, 2015) Recurso en línea de: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372015000300007&script=sci_abstract [fecha de consulta: 15 de junio de 2017].

ANEXOS

Ponencia de Ciclos de análisis de jurisprudencia llevado a cabo en la Universidad de Chile, en que expuso Nel Greveen, Fabiola Lathrop y Hernán Corral, extraído de la página web de la Universidad de Chile.

Alegato de la Curadora al Litem extraído de la página web del Tribunal Constitucional de Chile.

Observación General N°14 del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, del 29 de mayo de 2013.

Sentencia Rol N°2867-15 del Tribunal Constitucional.

Sentencia Rol N° 2987-16 del Tribunal Constitucional.