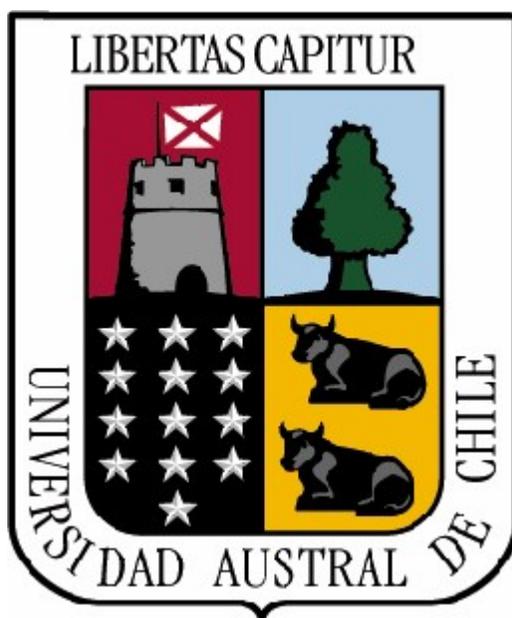


UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



“Los criterios de equidad en la resolución del Juez de Familia. Análisis de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Familia de Valdivia en materia de cuidado personal de los hijos”.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Alumno: Mauricio Aguilera Olivares
Profesor Patrocinante: Iván Hunter Ampuero

Valdivia, Enero de 2008

INFORME DE MEMORIA DE PRUEBA

LOS CRITERIOS DE EQUIDAD EN LA RESOLUCIÓN DEL JUEZ DE FAMILIA. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EMANADA DEL TRIBUNAL DE FAMILIA DE VALDIVIA EN MATERIA DE CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS

MAURICIO AGUILERA OLIVARES

En conformidad al Reglamento para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, vengo en informar la Memoria de Prueba señalada en el epígrafe.

En primer término el título con que se concibe la tesis, aun cuando peca de una latitud no deseada, se encuentra bien planteado; gráfica fielmente el contenido medular del trabajo de investigación y sugiere el problema propuesto por el estudiante. En efecto, el señor Aguilera intenta dar respuesta a la interrogante acerca de la utilización de criterios de equidad en las resoluciones en juicios sobre cuidado personal del menor en el Tribunal de Familia de Valdivia. Para ello formula la tesis de que la utilización de tales criterios puede generar cierta anarquía interpretativa, y por ende, problemas de seguridad en la aplicación del derecho. El problema propuesto es del todo original y de escaso tratamiento a nivel de doctrina nacional y comparada, como también, se orienta dentro de la moderna tendencia del Derecho de Familia. Por otro lado, constituye un esfuerzo notable en la contribución a los estudios prácticos, ligera y escasamente desarrollados en general por la comunidad jurídica científica y universitaria.

La tesis se estructura sobre la base de cinco capítulos. En el primero el alumno describe ciertos conceptos básicos sobre seguridad

jurídica, equidad y cuidado personal, siempre pensando en fundar un marco teórico indispensable para la posterior comprensión del trabajo. La bibliografía utilizada en este capítulo si bien no del todo frondosa como hubiere sido deseable, puede estimarse suficiente para estos efectos, por tratarse de una tesis cuyo objeto no es el abordaje filosófico de un tema civil sino el netamente jurisprudencial.

El segundo capítulo de su tesis puede considerarse una continuación del primero, con la gran diferencia que lejos de limitarse a una simple descripción de conceptos, el alumno intenta -exitosamente a mi juicio- justificar porqué las normas sobre cuidado personal en materia de familia son vulnerables a la utilización de criterios de equidad en el momento de definir su contenido. En esta parte de la tesis se utiliza la principal bibliografía disponible, principalmente nacional con algún anclaje de la que puede considerarse una de las más importantes fuentes doctrinales españolas. Los argumentos del estudiante se encuentran, a juicio del informante, bien estructurados y fundamentados.

En el tercer capítulo el estudiante contesta derechamente la respuesta a su problema, dando a conocer el estado de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal de Familia de Valdivia. Se trabajan un universo de 192 causas sobre cuidado personal de menor, y dentro de ellas, 23 causas que terminan por sentencia definitiva de primer grado. Un dato no menos importante es que el alumno trabaja con la totalidad de los casos surgidos en el Tribunal de Familia de Valdivia, y por ende, constituye un estudio acabado de la realidad jurisprudencial local. Sobre este capítulo se puede decir que en términos generales se encuentra bien concebido, aún cuando en ciertos espacios se peca de descripción más que de análisis. A juicio del informante, es una ventaja del trabajo del

señor Aguilera el que se haya decidido por transcribir los considerandos de las sentencias, desde que otorga una herramienta de análisis para quien desee contrastar las ideas vertidas por autor. De igual forma, y aunque escapaba al objeto de su trabajo, el tesista denuncia cierta práctica errónea de la aplicación del derecho.

El capítulo cuarto está destinado al análisis de las conciliaciones en materia de cuidado personal de los hijos. Si bien se trata de un tema cuya relevancia fue explicada y descubierta por el mismo tesista, por tratarse de un tema ajena al objeto de estudio claramente puede ponerse en duda su inclusión como un capítulo diverso de la tesis. Bastaba, a juicio del informante, con una referencia residual lo suficientemente explicada y razonado, como de hecho de hizo, pero en un capítulo aparte.

En el último capítulo el alumno intenta dar una respuesta al problema planteado, sosteniendo que las resoluciones en materia de cuidado personal afectan la seguridad jurídica, afectación que en cierta medida cede frente a la solución "entendible", rápida y efectiva de una disputa familiar.

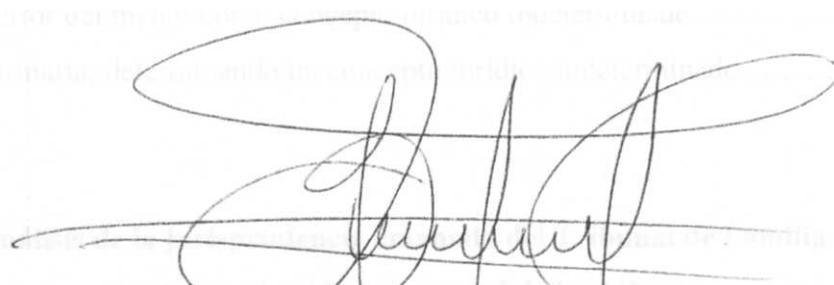
A juicio del informante la tesis del señor Aguilera se encuentra bien estructurada. Presenta un problema de relevancia jurídica y una hipótesis que se encuentra presente a lo largo del trabajo. La mayoría de sus afirmaciones se encuentran fundamentadas. La revisión bibliográfica de la doctrina nacional se encuentra saturada, es decir, difícilmente el tesista dejó de citar o revisar algún trabajo relevante sobre la materia, por lo cual, la rigurosidad con la que se abordó el tratamiento en este aspecto es notable. En cuanto a la doctrina comparada - necesariamente parcial-, se puede decir que su intensidad y utilización es la adecuada, aunque al

parecer, es algo aleatoria. El lenguaje empleado es claro y la extensión del trabajo puede considerarse suficiente.

Relativo a los aspectos formales dos cuestiones se deben precisar: en primer término, el tesista presenta algunas dificultades en la redacción, lo que, las más de las veces, impide atender con nitidez la cadena argumentativa que está presente en las afirmaciones. Esta circunstancia resta mérito a su trabajo. De igual forma, en ocasiones se utilizan párrafos exageradamente largos, los que dificultan el entendimiento de las ideas y argumentos.

No obstante lo dicho, el trabajo del señor Aguilera, amén de original, se encuentra bien conformado, y por ende, merece ser bien calificado. Es un trabajo que constituye un aporte a los estudios prácticos del derecho y que releva una determina forma en la aplicación del derecho.

En síntesis, y para concluir, se trata de una Memoria que aborda un problema original, bien planteada, acotada, y argumentada. En mérito de las consideraciones antes expuestas, el profesor que suscribe es partidario de calificar la Tesis para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de don Mauricio Aguilera Olivares con nota 6,4 (seis coma cuatro).



Iván Hunter Ampuero
Profesor Patrocinante

Índice

Introducción	4
---------------------------	---

Capítulo I. Sobre la Seguridad Jurídica y los Criterios de Equidad en la resolución del Juez de Familia

1). Sobre la Seguridad Jurídica.....	5
2). Seguridad Jurídica y normas civiles sobre Cuidado Personal de los hijos.....	7
3). Sobre los Criterios de Equidad en la Resolución del Juez de Familia.....	10

Capítulo II. Sobre el Cuidado Personal de los Hijos

1). Análisis de las normas civiles en torno al cuidado personal de los hijos.....	12
1,1). Situación en la filiación matrimonial y no matrimonial.....	13
1,2). Situación de los padres que viven separados.....	13
1,3). El pacto de tuición.....	14
1,4). Resolución del juez a favor de uno de los padres.....	15
1,5). El juicio de tuición.....	16
2). Sobre el interés superior del niño, niña o adolescente. Breve introducción.....	19
2,1). Interés superior del menor como concepto jurídico indeterminado.....	20
2,2). Opción doctrinaria; determinando un concepto jurídico indeterminado.....	22

Capítulo III. Análisis de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Familia de Valdivia en torno al cuidado personal de los hijos

1. Sobre el Tribunal de Familia de Valdivia y la recopilación jurisprudencial.....	26
2. Sobre la sentencia que otorga el cuidado personal de los hijo.....	27
2,1). Estructura de la sentencia que otorga el cuidado personal de los hijos.....	27
2,2). ¿Quiénes y por qué demandan el cuidado personal de los hijos?.....	29
2,3). Interés superior del menor; valor en juicio y determinación.....	31
2,4). Habilidad e inhabilidad para ejercer el cuidado personal de los hijos.....	34

2,5). Opinión del menor en el proceso; el derecho del niño a ser oído.....39

Capítulo IV. Breve estudio de las Conciliaciones en Audiencia Preparatoria como regla general de término al contencioso de Cuidado Personal de los Hijo.....43

Capítulo V. Los criterios de equidad en la resolución del Juez de Familia ¿Existencia o inexistencia?.....46

Conclusiones.....49

Bibliografía.....51

Introducción

Día a día escuchamos críticas en torno a la nueva Judicatura de Familia; problemas presupuestarios, de infraestructura, falta de jueces y falta de personal son tema común en la discusión periodística, política, social y jurídica.

Esta investigación deja de lado dichas discusiones y busca otro enfoque, observando la forma en como aplica el derecho el Juez de Familia en un tema de relevancia ciudadana, cual es el cuidado personal de los hijos.

Esta memoria de título intenta demostrar el uso de criterios de equidad en la resolución del Juez de Familia, en materia de cuidado personal de los hijos y la consiguiente afectación a la seguridad jurídica en razón de la subjetividad del juez. Dicha afectación a la seguridad jurídica, no significa que en el momento del fallo, el Juez de Familia olvide el texto de la ley. Sostengo que el Juez de Familia aplica la ley, complementándola con ciertos criterios de equidad (entendida como la *“disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece”*); y, al ser la equidad una virtud del fuero interno, es variable en cada una de las personas que la aplica.

El análisis de la jurisprudencia relativa al cuidado personal de los hijos y emanada del Tribunal de Familia de Valdivia será el instrumento a analizar, con el objetivo de dilucidar la existencia o inexistencia de criterios de equidad en la resolución del Juez de Familia en materia de cuidado personal de los hijos y, en el evento de la existencia de dichos criterios, proceder a su estudio; clasificándolos y relacionándolos con la aplicación de la ley que hace la judicatura al dar solución a un conflicto determinado.

Previo al análisis jurisprudencial es necesaria la construcción de cierto marco teórico, relativo a lo que se entenderá por “criterios de equidad” y “seguridad jurídica”, además de realizar un estudio doctrinario de las normas relativas al cuidado personal de los hijos y al interés superior del menor como concepto clave en esta materia.

Capítulo I. Sobre la Seguridad Jurídica y los Criterios de Equidad en la resolución del Juez de Familia

La sola lectura del título de la investigación que desarrollo, requiere de la construcción de un marco teórico, a fin de que se precise que entendemos por “seguridad jurídica” y “criterios de equidad” y cómo estos conceptos se relacionan con las normas y decisiones judiciales relativas al “cuidado personal de los hijos”.

1). Sobre la Seguridad Jurídica

Sobre la seguridad, podemos decir en principio que es un deseo de la sociedad, en orden a que sentimos la necesidad de saber lo que va a pasar y no disfrutamos de lo imprevisible y lo incierto. Esta necesidad de certeza y de previsión de consecuencias, llega al ámbito del derecho en el concepto de seguridad jurídica.

PEREZ LUÑO¹ define la seguridad jurídica como “...un valor estrechamente ligado a los Estados de Derecho y que se concreta en exigencias objetivas de: corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos de su aplicación). Junto a esa dimensión objetiva, la seguridad jurídica se presenta, en su acepción subjetiva, encarnada por la certeza del derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva”.

Por otra parte ACCATINO² sostiene que “... la seguridad jurídica puede definirse como la situación peculiar del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando estas relaciones se encuentran previstas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado. Como ha dicho Jorge Millas, se trata de una seguridad específica, que apellidamos jurídica para evitar las equívocas resonancias del concepto genérico de seguridad a secas: ‘ No es, pues, la seguridad metafísica del místico, ni la seguridad moral del optimista, ni la seguridad psicológica del hombre equilibrado, ni la seguridad material del hombre de fortuna, sino simplemente la del hombre social que seguro o no en su situación metafísica y económica, sabe con qué ha de contar como norma exigible es su trato con los demás ` . Es la seguridad por lo tanto de quien conoce o puede conocer qué es lo previsto como prohibido, mandado o permitido por el Derecho respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno”.

¹ Pérez, E. , “Seguridad Jurídica” en Materiales de estudio, Introducción al Derecho, Universidad Austral de Chile, año 2002, p. 483

² Accatino, D. , “La seguridad jurídica” en Materiales de estudio, Introducción al Derecho, Universidad Austral de Chile, año 2007, p.1

La doctrina establece condiciones de seguridad jurídica, centrada en la satisfacción de determinados requisitos: estructurales y funcionales³.

Las exigencias estructurales (o correcciones estructurales) se relacionan, como ya se ha dicho, con la existencia de normas jurídicas relativas a determinado ámbito del derecho (en nuestro estudio, normas civiles y procesales relativas al cuidado personal de los hijos) y normas adecuadamente formuladas. A continuación un breve análisis de estas exigencias doctrinarias:

- a. Que existan normas que regulen las relaciones en sociedad y que ellas puedan ser conocidas por las personas. Esta condición se denomina "*Lex Promulgata*", ya que la publicación es consustancial a la ley; sin dicho acto no habría conocimiento de la norma y por tanto no habría cumplimiento.
- b. Las variadas fuentes del derecho tienen un conocido orden jerárquico, que va desde la Constitución Política de la República a los Decretos y Reglamentos de la Administración del Estado. Este orden de prelación de las fuentes del derecho impide la derogación, modificación o infracción de las normas de rango superior por aquellas que les están subordinadas. Esta condición se denomina "*Lex Stricta*".
- c. Las normas son el elemento de estabilidad del derecho, generando un clima de confianza hacia la sociedad. Las normas deben mantener vigencia en el tiempo y perderán esta vigencia de acuerdo a los mecanismos de derogación de normas establecidos por otras normas. Esta condición es la que se denomina "*Lex Perpetua*".
- d. Necesidad de que las normas puedan ser comprensibles, vale decir, fácilmente aprehendidas, evitando expresiones ambiguas, indeterminadas y equívocas que produzcan incertidumbre en la sociedad. Esta condición se denomina "*Lex Manifesta*" e implica la necesidad del no uso abusivo de conceptos vagos e indeterminados en el establecimiento de una norma y la consiguiente disminución de la discrecionalidad (y nula arbitrariedad) en la aplicación de la misma por parte de los órganos jurisdiccionales.
- e. La sociedad debe tener la posibilidad de prever y calcular los efectos jurídicos de sus comportamientos. Esta condición se denomina "*Lex Previa*" e implica la necesidad de que la norma preexista a la conducta realizada con posteriores efectos jurídicos.

³ Cfr. Pérez: *Op. Cit.* pp. 483 y ss. , Accatino: *Op. Cit.* pp. 1 y ss.

f. Necesidad de que las normas regulen todos los supuestos de hecho presentes en sociedad. Esta condición se denomina “*Lex Plena*” e implica que ningún comportamiento o situación susceptible de tener relevancia jurídica, carecerá de respuestas normativas.

Las exigencias funcionales (o correcciones funcionales) implican que la norma jurídica sea generalmente observada y en especial, que sea efectivamente aplicada por los órganos jurisdiccionales.

Dos ideas para terminar las reflexiones en torno a la seguridad jurídica:

Seguridad jurídica y certeza del derecho; (Lo que en el concepto de PEREZ LUÑO se denomina “seguridad jurídica subjetiva”). La certeza del derecho supone la faceta subjetiva de la seguridad jurídica e implica que los destinatarios de las normas jurídicas pueden organizar su conducta presente y programar resultados para su actuación jurídica futura bajo cánones razonables de previsibilidad; por lo tanto esta idea de certeza se refleja en la conducta de los sujetos de derecho.

Cuatro son las principales manifestaciones que tienen su fundamento en la seguridad jurídica y que al no ser relevantes para nuestra investigación, sólo procederé a enunciar: “prohibición de alegar la ignorancia del derecho”, “principio de irretroactividad de la ley”, “cosa juzgada” y “prescripción”.

Ya claro el concepto de seguridad jurídica, lo confrontaremos con las normas relativas al cuidado personal de los hijos, presentes en nuestro Código Civil en los artículos 222 y siguientes.

2). Seguridad Jurídica y normas civiles sobre Cuidado Personal de los hijos.

Comenzaré este apartado con la siguiente prevención; el siguiente análisis normativo será sólo desde una perspectiva de texto, ya que el análisis del fondo de estas normas será materia de los capítulos posteriores.

Las normas relativas al cuidado personal de los hijos, se encuentran dentro del Título “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”, en los artículos 222 a 228 del Código Civil; éste es el marco legal de la “*tuición*”, un concepto que ha sido reemplazado por el de cuidado personal.

Desde una mirada esquemática, podemos plantear lo siguiente:

El hecho de que exista un marco normativo en torno al cuidado personal de los hijos, tanto en legislación nacional como en Tratados Internacionales (que serán abordados en párrafos posteriores)⁴, implica la existencia de “*Lex Promulgata*” y por tanto protección a la seguridad jurídica.

El rango de las normas sobre cuidado personal de los hijos es de ley, por tanto están acordes a lo establecido por la Constitución Política de la República (aunque en líneas futuras matizaré esta afirmación) y no son modificables por normas de rango infralegal; dando cumplimiento a la condición de “*Lex Stricta*” y protegiendo la seguridad jurídica.

Las modificaciones a las normas civiles en torno al cuidado personal de los hijos se han hecho respetando las jerarquías normativas y ofreciendo la estabilidad necesaria a la sociedad a fin de que pueda prever sus conductas; así podemos decir que el marco legal en torno a la materia en estudio, ha sido acorde al paso de los tiempos y que las instituciones jurídicas han evolucionado de acuerdo a como evoluciona la sociedad (y el Derecho de Familia). Respuestas claras del legislador a la evolución social han sido, en su momento la “Nueva ley de Filiación”, número 19.585 del año 1998 y la ley que crea los Tribunales de Familia, número 19.968 del año 2004. Toda esta reflexión se relaciona con la condición de “*Lex Perpetua*” antes mencionada y la consiguiente protección a la seguridad jurídica.

Ahora, las condiciones de “*Lex Manifesta*”, “*Lex Previa*” y “*Lex Plena*” en relación con las normas relativas al cuidado personal de los hijos, requieren de un análisis más profundo, a fin de asegurar o no si se protege la seguridad jurídica en esta materia.

De acuerdo a lo que sostenemos; tres son los artículos principales referidos al cuidado personal de los hijos; artículos 222, 225 y 226 del Código Civil. Su tenor es el siguiente:

Artículo 222 Código Civil:

Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres.

La preocupación fundamental de los padres es el **interés superior del hijo**, para lo cual procurarán su mayor **realización espiritual y material posible**, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.

La sola lectura del artículo nos plantea interrogantes; algunas podrían ser:

¿Qué es el interés superior del hijo?

¿Cómo se protege el interés superior del hijo?

¿Qué es la mayor realización espiritual a que se refiere éste artículo?

⁴ Sobre este punto me referiré principalmente a la Convención Internacional sobre Derechos del Niño.

Artículo 225 Código Civil:

Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.

No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

En todo caso, **cuando el interés del hijo lo haga indispensable**, sea por maltrato, descuido u **otra causa calificada**, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.

Haciendo el mismo ejercicio que en el artículo anterior, nos podemos plantear como interrogante:

¿Cuáles son aquellas causas calificadas a las que se refiere el artículo 225?

El acuerdo a que se refiere el artículo 225; ¿puede tener como objeto entregar el cuidado personal del hijo a una persona diferente al padre o madre; si es que el interés superior del menor, así lo requiere?

Artículo 226 Código Civil:

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.

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes.

Nuevamente la lectura del artículo regala interrogantes, así nos podemos plantear:

¿De que magnitud tienen que ser las inhabilidades físicas de ambos padres, a fin de que el juez otorgue el cuidado personal a otro familiar?

¿Cuándo los padres son inhábiles moralmente para ejercer el cuidado personal de los hijos?

¿Con qué criterio moral decide el juez?

Es claro el objetivo de las frases en letras ennegrecidas; son conceptos jurídicos indeterminados, en un ámbito en que la técnica legislativa tiene que ser óptima, atendiendo a los especialísimos intereses en disputa, y, en consecuencia, la seguridad jurídica se presenta incierta, siendo esta situación uno de los puntos centrales de la investigación, realizando una mirada a la ley y a la decisión judicial.

Ahora desde la práctica jurídica, en los hechos; ¿De qué forma tiene que vivir un padre a fin de obtener en juicio el cuidado personal del hijo?; dando respuesta a las necesidades

materiales del menor, dando respuesta a las necesidades espirituales del menor, propiciando su buena salud y educación o propiciando el vivir en casa propia y no en calidad de allegados a otra familia. ¿Sólo algunas de estas hipotéticas opciones, o alguna otra, o todas?

Todas estas interrogantes son ciertas y presentes en el contexto de la norma y se ven como atentatorias contra la seguridad jurídica.

En resumen; la actual legislación en materia de cuidado personal de los hijos no es comprensible por sus destinatarios (por ejemplo; el concepto de interés superior del menor requiere, a mi parecer, de conocimientos de derecho nacional e internacional), contiene expresiones ambiguas e indeterminadas y da campos excesivos de discrecionalidad al juez, en un conflicto especial; diferente a un conflicto jurídico en razón de propiedad o dinero; sencillamente porque estamos hablando del cuidado personal de un hijo. En definitiva, válido es decir que la condición de "*Lex Manifesta*" que exige la seguridad jurídica, en este punto es a lo menos deficiente.

Pensando ahora en el ejercicio profesional de abogado y la pregunta de un cliente - padre en orden a demandar el cuidado personal de su hijo a la madre. ¿De qué forma debe organizar su vida este padre a fin de ganar el juicio? ¿Puede el interés superior del hijo superar la convicción legal de que la madre cuida mejor al menor? La interrogante es inmensa, y por tanto la posibilidad de prever resultados en juicio en base a conductas presentes es poco clara. En resumen, la seguridad jurídica en este punto también es relativa; si bien existe ley previa, la poca claridad de la misma atenta contra la condición de "*Lex Previa*" antes expuesta.

Por último, las relaciones entre padres e hijos evolucionan de la mano de la evolución de la sociedad, y por ejemplo el caso de los padres homosexuales (y su relación con la moralidad imperante en nuestra sociedad) o la tuición compartida, son instancias no consideradas por las normas relativas al cuidado personal de los hijos, atentando contra la condición de "*Lex Plena*" y en consecuencia contra la seguridad jurídica.

En las siguientes líneas reflexionaré en torno a la forma como creo que los Tribunales de Familia abordan la problemática de una mala técnica legislativa y los variados conceptos jurídicos indeterminados en la normativa del cuidado personal de los hijos.

3). Sobre los Criterios de Equidad en la Resolución del Juez de Familia.

Mis postulados parten de la siguiente idea: El Juez de Familia aplica y da contenido a conceptos civiles en base a criterios de equidad; y, el uso de criterios de equidad en la resolución

del Juez de Familia, en materia de cuidado personal de los hijos, implica falta de certeza jurídica al dar valor (relativo o decisivo) a la subjetividad, afectando el principio de seguridad jurídica. (Esta es la hipótesis de la investigación que desarrollo).

Pero, ¿Qué entenderemos por equidad?

Subrayo una idea, la de dejar la Filosofía del Derecho de lado y recurrir al significado de las palabras de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, recordando el hecho que estamos ante una investigación de Derecho Civil.

Entenderemos por equidad, la acepción número 5 del concepto; vale decir que equidad es “aquella disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece”.

En conclusión, esta idea de equidad implica que el juez, da solución a un caso concreto en razón de cuestiones que justifican que se tome tal decisión; y esa decisión puede ser diferente a otra, siendo los hechos que la motivan, similares o iguales.

La equidad se refiere al como el juez afronta el caso; que camino toma hacia la resolución; y por que se deja guiar en la búsqueda de la justicia para el caso concreto.

La existencia, distinción y clasificación o inexistencia de estos criterios de equidad será tema de estudio en el análisis jurisprudencial y en las conclusiones que esta investigación contempla.

Capítulo II. Sobre el Cuidado Personal de los Hijos

1). Análisis de las normas civiles en torno al cuidado personal de los hijos

Siguiendo a RAMOS⁵, el cuidado personal de los hijos es una materia encasillada dentro de los efectos de la filiación, que se entienden como los derechos y obligaciones que derivan de la misma y que abarcan: la autoridad paterna, la patria potestad, el derecho de alimentos y los derechos hereditarios.

En lo que a nosotros importa, es necesario detenernos en el concepto de autoridad paterna, para luego llegar al tema central de nuestra investigación. La autoridad paterna es definida por RAMOS⁶ como “el conjunto de derechos y obligaciones de contenido eminentemente moral, existente entre padres e hijos”. El Código Civil dedica varios artículos a este tema, ubicados entre los numerales 222 y 242, siendo posible con fines pedagógicos distinguir:

Derechos de los hijos para con sus padres y ascendientes, que a su vez distingue: deber de respeto y obediencia a los padres y deber de cuidado.

Derechos – deberes de los padres para con los hijos, que a su vez distingue: derecho – deber de cuidado, derecho de visitas (derecho a mantener una relación directa y regular), crianza y educación, y gastos de crianza y educación.

El punto central de este esquema, y que interesa a esta investigación, es el derecho - deber de cuidado de los padres para con los hijos, llamado también derecho de tuición⁷. Siguiendo a SCMIDT⁸ entenderemos por tuición “el derecho de los padres de tener a sus hijos en su compañía y doctrinariamente se le denomina deber de convivencia o unidad de domicilio”.

El marco legal del cuidado personal o tuición, lo dan los artículos 225 a 228 del Código Civil, que tratan conjuntamente la tuición del hijo matrimonial o no matrimonial. El criterio clave por el cual optó el legislador en este punto es la realidad, vale decir el hecho de si los progenitores viven juntos o separados.

Así, siguiendo a ABELIUK⁹, analizaré los siguientes puntos:

⁵ Cfr. Ramos, R., *Derecho de Familia. Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile, Quinta Edición, Santiago, Chile, año 2005, pp. 423 y ss.

⁶ Ibid. p. 424.

⁷ Respecto de la denominación, la Corte Suprema declaró que “tuición”, “cuidado personal”, “cuidado” y “crianza y educación” son términos sinónimos para el legislador, y que el término “tuición” es propio de la ley de menores. (RDJ., t.59, sec1ª, pág. 145.)

⁸ Schmidt, C., “De las relaciones parentales conforme al nuevo estatuto filiativo” en Urrejola B. (coord.), *Instituciones de Derecho de Familia*, Editorial LexisNexis, Primera Edición, Santiago, Chile, año 2004. p. 99.

⁹ Cfr. Abeliuk, R., *La filiación y sus efectos*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, Primera Edición, Santiago, Chile, año 2000, pp. 321 y ss.

1,1). Situación en la filiación matrimonial y no matrimonial.

De la sola lectura del artículo 224¹⁰ del Código Civil, podemos esquematizar la normativa de la siguiente forma.

- a. En la filiación matrimonial toca de consuno el cuidado de los hijos a los padres o al padre o madre sobreviviente.
- b. En el caso del hijo no concebido o nacido dentro del matrimonio, se aplica la regla anterior en el evento de que ambos padres hayan reconocido al menor.
- c. En el evento de que el menor no concebido o nacido dentro del matrimonio sea reconocido por uno de sus padres, a ese corresponde el cuidado personal.

1,2). Situación de los padres que viven separados.

El texto del artículo 225¹¹ del Código Civil es claro, y ahora no existen distinciones en cuanto a la forma de separación de los padres; por tanto incluye el hecho de que los padres no se hayan casado, estén divorciados, anulados, separados de hecho o separados judicialmente.

El cuidado personal de los hijos corresponde en el caso en estudio a la madre, sin necesidad de posteriores trámites de declaración judicial o inscripción.

Cierta parte de la doctrina ha analizado esta norma a la luz del principio de igualdad constitucional. En ese sentido SCHMIDT¹² sostiene que: “Desde el punto de vista del principio de la igualdad ante la ley de los padres como progenitores y del interés superior o primordial del menor en todo lo relacionado con su persona y bienes se ha planteado la inconstitucionalidad de esta atribución legal. En efecto, señala Enrique BARROS BOURIE ‘habida consideración del principio de igualdad ante la ley, tengo dudas de la constitucionalidad del artículo 225 I y III, si estas normas fuesen interpretadas como constitutivas de un derecho de la madre, del que sólo puede ser privada a título de sanción; en verdad, también puede haber discriminación en contra del padre, aunque ello no suene correcto en el debate actual. Y ello es más grave si tal discriminación actúa eventualmente, en perjuicio del hijo’. Agrega ‘una regla tan fuerte es discutible desde el punto de vista del bien del niño y favorece que éste sea usado en caso de separación, como pieza táctica en la negociación económica entre los padres’”.

¹⁰ Artículo 224. Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.

El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez.

¹¹ Ya citado en páginas anteriores.

¹² Schmidt: *Op. Cit.* p. 62.

LATHROP¹³ también comparte la dudosa constitucionalidad del precepto en estudio, así sostiene que “además de vulnerar el principio de igualdad ante la ley, no respeta lo establecido en los tratados internacionales, y en la misma Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (artículo 16 letra d). No justifica esta discriminación, la creencia generalizada que estima más conveniente entregar a la madre el cuidado personal de los hijos de corta edad, aduciendo razones de mejor aptitud en comparación con el padre e incluso de mejor interés para el niño, o que simplemente por razones de lógica y por obra de la naturaleza, los hijos deben estar al lado de la madre”.

Por último es interesante el fundamento que da el legislador a esta discriminación legal; en razón de que “los motivos para fortalecer la preferencia legal por la tuición de la madre eran dictar normas acordes con la realidad general de la crianza, que respetaran las costumbres y que disminuyeran los litigios en torno a la tuición de los hijos”¹⁴.

1,3). El pacto de tuición.

El artículo 225 inciso segundo del Código Civil¹⁵, permite dar solución extrajudicial a conflictos derivados del cuidado personal de los hijos; es lo que podemos denominar una atribución convencional dada por la ley a los progenitores.

Los progenitores que viven separados pueden acordar que el cuidado personal de sus hijos o de uno de ellos, corresponda al padre, alterando la criticada regla estudiada en el párrafo anterior.

Este acuerdo presenta algunas particularidades que procedo a reseñar:

- a. El pacto deben hacerlo ambos padres de común acuerdo, no bastan declaraciones unilaterales de voluntad.
- b. Es un acuerdo solemne. La solemnidad se traduce en la constancia en escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil.
- c. Para que este acuerdo produzca efectos respecto de terceros, se debe proceder a la subinscripción al margen de la inscripción del nacimiento del hijo, dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento.

¹³ Lathrop, F. , *Cuidado Personal de los hijos. Análisis de la Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia*. Editorial PuntoLex, Primera Edición, Santiago, Chile, año 2006, p. 14.

¹⁴ Undurraga, V. , “Interés superior del niño/a y tuición de la madre o padre homosexual” en www.unicef.cl/archivos_documento/192/revista%20derechos%203_4.pdf, p. 322.

¹⁵ Ya citado en páginas anteriores.

- d. El acuerdo es revocable. Dicha revocación debe cumplir con las formalidades que se cumplieron en el evento del nacimiento del pacto.

1,4). Resolución del juez a favor de uno de los padres

El juez puede entregar el cuidado personal de los hijos al otro progenitor, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a. Cuando el padre o la madre que ejerce el cuidado personal del hijo lo maltrate. (De acuerdo al artículo 225 Inciso 3° del Código Civil).
- b. Cuando el padre o la madre que ejerce el cuidado personal del hijo lo descuide. (De acuerdo al artículo 225 Inciso 3° del Código Civil).
- c. Cuando respecto del padre o la madre concurra otra causa calificada. (De acuerdo al artículo 225 Inciso 3° del Código Civil).
- d. Cuando el padre o la madre hubieren abandonado al hijo. (De acuerdo al artículo 238 del Código Civil).

El juez puede entregar el cuidado personal de los hijos a un tercero competente (prefiriendo a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes), en el evento de inhabilidad física o moral de ambos padres. (De acuerdo a lo establecido en el artículo 226 del Código Civil).

Ya en el capítulo primero de esta investigación se hizo referencia a lo vago del artículo en comento, pero, no se hizo referencia a cierto catálogo de inhabilidades que estableció el legislador, a través de una norma con objeto interpretativo y en una ley diferente.

Así, el artículo 42 de la Ley de Menores sostiene lo siguiente:

Artículo 42. Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

- 1. ° Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;
- 2. ° Cuando padecieren de alcoholismo crónico;
- 3. ° Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;
- 4. ° Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;
- 5. ° Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;
- 6. ° Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;
- 7. ° Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.

Como observación a este artículo, sostendremos que la aclaración que pretende ser del artículo 226 del Código Civil es a lo menos deficiente, en orden a que con palabras ambiguas o situaciones de difícil prueba busca dar contenido a conceptos jurídicos indeterminados.

Es necesario subrayar que el artículo 226 del Código Civil se centra en el caso de inhabilidad física o moral de **ambos** padres, mientras que el artículo 42 de la Ley de Menores habla de **uno o ambos padres**. Ello no se condice con la realidad que establece el Código, en orden a que es el artículo 225 Inciso 3° del, el que contempla la situación de uno de los padres, en el maltrato, descuido u otra causa calificada.

Diremos sólo eso en este momento, puesto que el artículo 226 del Código Civil; su configuración y aplicación, será un tema revisado en el análisis jurisprudencial de párrafos posteriores.

1,5). El juicio de tuición

Desde el punto de vista civil, el artículo 227¹⁶, incorpora una regla acorde a la legislación internacional y a la protección integral de los menores; el llamado “Derecho del niño a ser oído”; que será párrafo aparte en esta investigación. La norma también incluye la idea del que el juez oirá a los parientes en el proceso de otorgar el cuidado personal de un menor a su padre, madre o un tercero.

La duda que nace de la sola lectura del texto en análisis es el como el juez debe oír al niño y a los parientes; por ejemplo mediante un informe psicológico del menor, que contenga esta idea, o mediante una audiencia especial, o ante una diligencia ordenada por el juez a un Consejero Técnico del Tribunal. La norma no establece la forma, por lo que nos atreveremos a dar una respuesta a esta interrogante en el capítulo de análisis jurisprudencial.

Ahora, desde una mirada procesal, diremos que de acuerdo al artículo 8° número 1 de la ley 19.986, que crea los Tribunales de Familia, establece que corresponde a los Tribunales de Familia el conocer y resolver las causas relativas al derecho de cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes.

En lo que se refiere al procedimiento aplicable en esta materia, sostendremos que es variable atendiendo a la gravedad del conflicto y a la voluntad con que lleguen las partes a demandar.

¹⁶ Artículo 227. En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oirá a los hijos y a los parientes. Las resoluciones que se dicten, una vez ejecutoriadas, se subinscribirán en la forma y plazo que establece el artículo 225.

En efecto; podemos decir que si el conflicto en torno al cuidado personal de los hijos se centra en sus padres, vale decir en las relaciones domésticas entre padres e hijos, o incluso entre padres, sin que los conflictos sean considerados de vital gravedad por la sociedad y no existan derechos fundamentales comprometidos, el procedimiento a aplicar es el Procedimiento Ordinario ante los Tribunales de Familia, que nace por demanda oral o escrita, y que tiene una audiencia preparatoria y una audiencia de juicio como etapas.

Ahora, si los hechos implican una amenaza o vulneración de derechos hacia el niño, niña o adolescente, el procedimiento que se aplica es otro, el de Aplicación de Medidas de Protección de los Derechos de los Niños, con un inicio, etapas y plazos diferentes al Procedimiento Ordinario y que no es objeto de análisis en esta investigación.¹⁷

Por último, y de acuerdo al artículo 92 de la ley que crea los Tribunales de Familia, dentro del procedimiento relativo a los actos de Violencia Intrafamiliar, se establece como una medida cautelar en protección de la víctima niño, niña o adolescente, la determinación de un régimen provisorio de cuidado personal, de acuerdo a las normas civiles ya estudiadas.

Hay, para terminar estas ideas, tres aspectos que quiero analizar en razón de su relevancia frente al cuidado personal de los hijos.

El primero se refiere al concepto de conciliación y su establecimiento como una forma de término al juicio en la ley que crea los Tribunales de Familia. Dicha ley tiene una serie de principios, que procederé sólo a nombrar: oralidad, concentración, intermediación, actuación de oficio, protección de la intimidad, interés superior del niño, niña o adolescente y colaboración. Es en este último principio donde la conciliación tiene su fundamento, en orden a que durante el procedimiento y en la resolución del litigio, se deben buscar por parte del juez, alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas.

Ahora, centrados en el procedimiento ordinario ante los Tribunales de Familia en materia de cuidado personal de los hijos, debemos detenernos en el artículo 61 numeral 5 de la ley en análisis; en virtud del cual el Juez de Familia debe promover una conciliación total o parcial, conforme a las bases que él proponga o conforme a las bases que establezcan las partes.

¹⁷ El legislador establece en el artículo 71 de la Ley que crea los Tribunales de Familia, un catálogo de medidas cautelares especiales que pueden modificar quien ejerza el cuidado personal del menor, en razón de la amenaza o vulneración de sus derechos. Así el juez puede entre otras opciones: Confiarlo (al niño, niña o adolescente) al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza; o dispones el ingreso del niño, niña o adolescente a un programa de familias de acogida o centro residencial, por el tiempo que sea estrictamente indispensable.

En resumen, la ley de Tribunales de Familia crea una nueva forma de otorgar el cuidado personal del niño, niña o adolescente a sus padres o a un tercero demandante (nueva forma en relación a las opciones dadas por el Código Civil: pacto de tuición y resolución judicial), consistente en la conciliación en audiencia preparatoria del procedimiento ordinario ante los Tribunales de Familia (incluso y de acuerdo a los principios del procedimiento ya enumerados, la conciliación podría darse en la audiencia de juicio), sobre este punto se volverá brevemente en el análisis jurisprudencial del capítulo siguiente, aunque desde ya se puede sostener que la conciliación se visualiza como una solución al conflicto de familia cuantitativamente considerable en la judicatura estudiada.

Otra manifestación de la colaboración, y como segundo punto final de análisis es la mediación. Sobre este equivalente jurisdiccional sólo diremos que el legislador lo define en el artículo 103 de la ley que crea los Tribunales de Familia como “aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos mediante acuerdos” y que de acuerdo al artículo 104¹⁸ de la misma ley, procede en materia de cuidado personal de los hijos; por tanto estamos ante una nueva opción de otorgamiento de este derecho – deber, de una manera diferente a las establecidas en el Código Civil.

Por último, y como una nueva vía de otorgamiento del cuidado personal de los hijos, no presente en la normativa del Código Civil, nos encontramos con la Ley de Matrimonio Civil y el establecimiento de acuerdos reguladores de las relaciones de cuidado personal de los hijos frente a las crisis matrimoniales de divorcio de común acuerdo¹⁹, separación judicial²⁰ y separación de hecho²¹. Mayores líneas no se dedicaran a este punto, al no ser objeto de estudio de la investigación.

¹⁸ Artículo 104 ley que crea los Tribunales de Familia.- Procedencia de la mediación. Las materias de competencia de los juzgados de familia, exceptuadas las señaladas en el inciso final, podrán ser sometidas a un proceso de mediación acordado o aceptado por las partes. En los asuntos a que dé lugar la aplicación de la ley N°19.325, sobre Violencia Intrafamiliar, la mediación procederá en los términos y condiciones establecidos en los artículos 96 y 97 de la presente ley.

Sin embargo, no se someterán a mediación los asuntos relativos al estado civil de las personas, salvo en los casos contemplados por la Ley de Matrimonio Civil; la declaración de interdicción; las causas sobre maltrato de niños, niñas o adolescentes; y los procedimientos regulados en la ley N° 19.620, sobre Adopción.

¹⁹ Artículo 55 Ley de Matrimonio Civil.- Sin perjuicio de lo anterior, el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año.

En este caso, los cónyuges **deberán acompañar un acuerdo** que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita.

²⁰ Artículo 27 Ley de Matrimonio Civil.- Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar al tribunal que declare la separación, cuando hubiere cesado la convivencia.

Si la solicitud fuere conjunta, los cónyuges **deberán acompañar un acuerdo que regule** en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita.

²¹ Artículo 21 Ley de Matrimonio Civil.- Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, **de común acuerdo**, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio.

En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado.

Los acuerdos antes mencionados deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciabiles.

2). Sobre el interés superior del niño, niña o adolescente. Breve introducción

Un concepto clave y presente en las normas relativas al cuidado personal de los hijos es el de interés superior niño, niña o adolescente, ya mencionado y citado en el artículo 222 del Código Civil²².

Atendiendo a la relevancia del concepto, se omitieron reflexiones sobre el mismo en párrafos anteriores, para realizar a continuación un estudio pormenorizado del tema. Válido es decir que la consideración de este concepto es clave en el análisis doctrinario sobre el cuidado personal de los hijos; ello se concluye además, de la sola lectura de las normas relativas al cuidado personal de los hijos, que establecen este concepto como central en esta área del derecho. Ahora, si el concepto en análisis es central, en lo que se refiere a la aplicación del Derecho de Familia, es una interrogante que en párrafos futuros analizaremos, en el capítulo de análisis jurisprudencial.

Como primera cuestión diremos que el legislador opta por designar el concepto en estudio de manera diferente; así, la denominación del concepto es variada en las leyes que lo consagran: “interés superior del hijo”, “interés superior del niño”, “interés superior del niño, niña o adolescente” e “interés superior del menor” deben ser tomados como conceptos sinónimos y no como eventuales conceptos diferentes.

Como segunda cuestión diremos que la consagración legal del concepto interés superior del hijo es variada e incluye legislación nacional e internacional. Dentro de la variedad de normas sostendremos que las principales fuentes legales que consagran el concepto en estudio son: artículo 222 inciso 2º del Código Civil²³, artículo 16 de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia²⁴ y artículo 3º de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño²⁵.

A continuación dedicaremos unas breves líneas a ciertas reflexiones jurídicas en torno al interés superior del niño, niña o adolescente.

²² Basta una simple lectura a las normas civiles para ver este concepto en otras áreas del Derecho de Familia, a saber: deber de mantener una relación directa y regular con el hijo, derecho de alimentos y patria potestad entre otras.

²³ Ya citado en páginas anteriores.

²⁴ Artículo 16 ley 19.986: Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. 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.

Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.

²⁵ Artículo 3º Convención Internacional sobre Derechos del Niño: 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.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

2,1). Interés superior del menor como concepto jurídico indeterminado

El concepto en análisis, es de aquellos que la doctrina denomina “concepto jurídico indeterminado”. Así, la doctrina coincide en la tesis central de que el interés superior del niño es un concepto de difícil determinación. Esto es una postura mayoritaria (e incluso unívoca); y así se pronuncian los profesores CILLERO, TOLEDO y UNDURRAGA²⁶.

Una buena reflexión en torno a la idea de indeterminación de un concepto jurídico nos la da RIVERO²⁷: “... por medio de ellos (conceptos jurídicos indeterminados), la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite sea precisado luego en el momento de su aplicación. Se trata, en este caso como en otros que el legislador recurre a estos *standards* (la buena fe, la negligencia, la diligencia de un buen padre de familia), de conceptos de valor o de experiencia referidos a realidades que inicialmente no permiten una mayor concreción, pero que, trasladadas a situaciones específicas, a supuestos determinados, su aplicación conduce a una solución y no a otras....”

El hecho de que sean diversas disposiciones legales las que se refieran al concepto en estudio, configura lo que en doctrina se denomina “Cláusula General”. Esta técnica implica que los conceptos no se definen en la ley, sino que ésta se refiere a realidades eventuales que hay que concretizarlas de acuerdo a los supuestos del caso práctico en relación con la resolución de un conflicto determinado²⁸.

En definitiva, la indeterminación del concepto es un punto de partida cierto para el estudio que iniciamos y comenzaremos a configurar este concepto con la idea de CILLERO²⁹, que relaciona el concepto en análisis con los derechos del niño, y con la plena satisfacción de estos derechos.

Es necesario reflexionar ciertos puntos, a fin de entender que es el interés superior del niño, niña o adolescente.

a. Reconocer al niño, niña o adolescente como sujetos de derecho y considerar la visión que el niño tiene de su vida, como titular de derechos en eventual disputa en relación a sus intereses.

²⁶ Cfr. Cillero, M. , “El interés superior del niño en el marco sobre la Convención Internacional sobre Derechos del Niño” en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, N° 1, Santiago, Chile, 1999. pp. 45 a 62; Toledo, P. , “Derechos Humanos y Tuición, Anuario de Derechos Humanos 2005” en www.anuariodh.uchile.cl; Undurraga, V. , “Interés superior del niño/a y tuición de la madre o padre homosexual” en www.unicef.cl.

²⁷ Rivero, F. , “Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos, Comentario de la STC 141/2000 de 29 de mayo” en *Materiales de estudio, Magíster Derecho U.A.Ch.* 2006, p.272.

²⁸ Cfr. Lathrop: *Op. cit.* pp 34

²⁹ Cfr. Cillero: *Op. cit.* p.54.

b. El niño, niña o adolescente es una persona; por tanto el ordenamiento jurídico tiene que proteger aquella esencia de persona del menor; protegiendo sus derechos fundamentales y el resto de derechos reconocidos por el sistema jurídico³⁰. ROCA³¹ realiza una interesante reflexión en torno al común olvido de que los niños tienen la calidad jurídica de persona; así sostiene que “...quizá la base de la discusión se encuentre en que algunos autores no acaban de comprender que los niños tienen la categoría jurídica de personas. La falta de capacidad para decidir, la necesidad de sometimiento a instituciones de protección, sean privadas o públicas, hace que en algunas teorizaciones se les excluya de categoría y este punto de partida es lo que viene a plantear una gran parte de los problemas...”

c. También destaca la doctrina la idea de futuro, desarrollo o devenir que va de la mano con un niño, niña o adolescente en desarrollo. En efecto, el proteger el interés superior del menor implica considerar el futuro del sujeto de derecho, incluso más que el presente del mismo; atendiendo que el proceso de desarrollo y configuración de la personalidad está en constante evolución y desarrollo³².

d. El enfoque que se le puede dar al interés superior del niño, niña o adolescente también es variado. Una doctrina tradicional y con actitud autoritaria ubica el interés superior del menor en la idea de educación dirigida, sin consideración a las inclinaciones del niño. Otra postura identifica el concepto con los gustos y deseos del niño y una tercera posición mezcla el autoritarismo de la primera con las necesidades afectivas de la segunda, dando preponderancia a la edad del niño; así en una menor edad se busca estabilidad emocional y en una mayor edad se busca dar respuesta a los típicos deseos de libertad.³³

En este punto es interesante hacer la referencia a la “Teoría del Balancín” expuesta por COUSO³⁴ y que aporta desde la ciencia psicológica un dato clave a la discusión jurídica. Según esta teoría los intereses de los niños son naturalmente opuestos a sus deseos, y es necesario equilibrar unos y otros sin inclinar demasiado “el balancín” hacia los deseos del niño, perjudicando sus intereses. Considero que debemos matizar esta teoría en razón a la amplitud etarea que conlleva el concepto niño; la idea de oposición entre interés y deseo en un niño de 17 años implica, por su naturaleza, reflexiones diferentes a las ideas de un niño de 5 años, siendo ambas personas niños de acuerdo a la ley.

³⁰ Cfr. Rivero: *Op. cit.* p. 275.

³¹ Roca, E., “*Familia y cambio social (De la casa a la persona)*”. Civitas Ediciones, Madrid, España, 1999, p.216.

³² Idem.

³³ Cfr. Lathrop: *Op. cit.* pp 34

³⁴ Cfr. Cousó, J. “El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído” en *Derecho de Familia e Infancia, Seminario Internacional Academia Judicial de Chile*, Santiago, Chile, año 2005. p.p. 4 y ss.

e. La consideración al interés superior del menor es un acto que debe realizar el operador jurídico en variadas materias procesales, así, como ejemplo, podemos plantear la responsabilidad penal adolescente y las medidas de protección a menores. En el caso de nuestro estudio, la consideración la debemos centrar en las decisiones judiciales relativas al cuidado personal. En ese sentido, ZANON MASDEU, (citado por LATHROP), distingue entre el interés moral y el interés material del hijo³⁵; el interés moral del hijo se relaciona con su formación espiritual, educativa y psicológica, mientras que el interés material se relaciona con la posición económica de los padres en relación al como salvaguardan los intereses de los hijos.

f. GÓMEZ³⁶ señala que el principio en estudio tiene una triple función: Es una garantía para el menor, en orden a que las decisiones judiciales y administrativas que le afecten, deben considerar sus derechos. También el principio se presenta como una norma orientadora para legisladores, jueces e instituciones públicas y privadas. Por último, es una norma de interpretación y de resolución de conflictos. (Aunque en este último punto debemos decir que es la aplicación y configuración de la norma la que soluciona un conflicto, y no la norma propiamente tal, en razón de su indeterminación).

2.2).Opción doctrinaria; determinando un concepto jurídico indeterminado

Ante la clara realidad de un concepto indeterminado e importante para el derecho, buscaremos su determinación de acuerdo a criterios doctrinarios y jurisprudenciales.

La determinación en concreto de este concepto no es tarea fácil. Un buen resumen en torno al tema en cuestión nos lo da RIVERO³⁷ "...Esa labor (la determinación del concepto interés superior del menor) no es, sin embargo fácil por muchos motivos. El primero proviene de la propia estructura del concepto jurídico indeterminado y su funcionamiento en el esquema legal en que se inserta. Hay luego, otra dificultad específica, propia de la aplicación de conceptos determinados (por ejemplo: la mayoría de edad se obtiene a los dieciocho años) basta la constatación del dato vinculado al concepto (la fecha del nacimiento) para la aplicación del mismo y la producción del efecto jurídico, en los conceptos indeterminados la premisa mayor del silogismo típico de la subsunción legal ha de formar la persona u órgano que ha de aplicar dicho concepto, lo que comporta una doble labor: precisar el significado y contenido del concepto (qué es o en qué consiste el interés del menor), y después, comprobar en qué situación y circunstancias concretas de las posibles se da lo que más conviene a un niño determinado. En los del primer tipo la determinación del significado y contenido del concepto la hace la ley; en el segundo se hace en el momento de su aplicación. Por ello, en ese último (en los indeterminados), esa labor

³⁵ Cfr. Lathrop: *Op. cit.* p.p. 37 y ss.

³⁶ Gómez, M. , "El interés del Menor", en *Gaceta Jurídica de los Tribunales*, N° 238, abril, 2000. pp. 23 a 26.

³⁷ Rivero: *Op. cit.* p.p. 280 y ss.

comprende una particular valoración, un plus axiológico (y mayor complejidad) respecto de lo que ocurre en otros casos (conceptos determinados).”

La indeterminación del concepto “interés superior del menor” también ha sido observada por la jurisprudencia. Así en fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 1 de Septiembre de 2004 se sostuvo lo siguiente; cito los considerandos correspondientes: “...5° Que el interés del menor constituye un concepto jurídico indeterminado, de contornos imprecisos y de profusa utilización en el derecho comparado. No obstante, puede afirmarse que alude a asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales; y a posibilitar la mayor suma de ventajas, en todos los aspectos de su vida, en perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad; concepto, en todo caso, cuyos contornos deben delimitarse en concreto, en cada caso; 6° Que para esta determinación en concreto, y acudiendo a criterios estudiados en la doctrina, resulta necesario analizar el caso de autos en relación, al menos, a los siguientes factores: a) las necesidades materiales, educativas y emocionales del menor y la probabilidad de que sean cubiertas por quien pretende la tuición; b) la capacidad y condiciones de la solicitante para asumir la tuición; c) el efecto probable de cualquier cambio de situación en la vida actual del menor; y d) si existiere algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo por consecuencia de la tuición. Este fallo fue comentado por TURNER³⁸ con una postura doctrinaria acorde a las reseñadas; así “... se destaca la concreción hecha por el sentenciador del principio interés superior del niño. Reconociendo el carácter indeterminado del concepto, el sentenciador no cae, sin embargo, en la tentación de invocarlo como fundamento de su decisión sin expresión del contenido que se le asigna en el caso concreto. Desglosa el principio en cuatro aspectos precisamente determinados...”

Por último, otra doctrina³⁹ centra la determinación del concepto desde una mirada práctica. Así el interés superior del menor se traduce en permitir al menor la indagación en torno a su filiación cuando no está determinada, garantizar los derechos que surgen de la calidad de persona humana del niño, niña o adolescente, permitirle manifestar su opinión y tomarla en cuenta de acuerdo a su madurez, ello en instancias judiciales o extrajudiciales, y buscar el bienestar físico e intelectual del menor.

Ante el fructífero desarrollo doctrinario en torno al concepto estudiado, optaremos de acuerdo a la doctrina mayoritaria, con identificar el concepto con la plena satisfacción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y con la configuración del concepto caso a caso, aunque ello afecte la seguridad jurídica. Los hechos del caso harán que en el evento de colisión de intereses (por ejemplo una buena educación para el menor frente a una buena salud para el

³⁸ Turner, S. , “Jurisprudencia comentada: Sentencia sobre determinación del cuidado personal de los hijos menores (Corte de Apelaciones de Santiago)”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, volumen 17, Valdivia, Chile, 2004, p. 278.

³⁹ Cfr. Gómez, M. , *El sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago, Chile, año 2007, p. 47.

menor) sea el juez quien decida, de forma impredecible para las partes en conflicto (los padres u otros familiares), ello en razón de que lo que ellos quieren para el menor, no necesariamente es lo mejor para su persona.

Esta opción confía de sobremanera en los jueces y más aún en el criticado sistema de justicia de familia. Pero argumentaré en base a tres razones:

a. El actual sistema de familia incorpora la figura del Consejo Técnico como órgano asesor del Juez en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de su especialidad. Dicho órgano tiene un carácter interdisciplinario y con especialización técnica en materias de familia e infancia. En definitiva se incluye en el conflicto de familia la opinión de un especialista ajeno al derecho, pero con una opinión que produce efectos jurídicos en la resolución del juez. Consideramos que el texto de la ley y la realidad de un caso concreto requieren más que un ejercicio intelectual de unir un supuesto de hecho con la letra de la norma, y, en definitiva, la visión de un ajeno al derecho aporta a la comprensión del conflicto entre partes y es un acierto del nuevo sistema de justicia de familia.

b. El conflicto familiar es un punto en el cual se debe poner atención. Este tema ha sido analizado por TURNER⁴⁰; “El conflicto familiar se caracteriza por la posición en que se encuentran las partes durante su desarrollo y una vez concluido. El que las partes tengan alguna relación jurídica previa al surgimiento de la controversia, no tiene nada de particular, desde que esta característica constituye, por ejemplo, la base de la responsabilidad contractual. El conflicto entre arrendatario y arrendador por la época de restitución del inmueble supone el nexo del contrato de arrendamiento entre ellos. Sin embargo, durante el transcurso de la contienda judicial, ninguno de ellos está obligado a prestar protección personal al otro, ni a proveerlo de alimentos, ni a compartir un hogar común. Asimismo, si se declara la terminación del contrato de arriendo, desaparece, al menos para el futuro, el nexo primitivo que unía a las partes del conflicto y, por lo tanto, arrendador y arrendatario dejan de ser tales. Parece innecesario agregar, a continuación, que un padre o una madre, no pierden tal condición por la dictación de una sentencia”. La idea de conflicto especial también es recogida por otros autores, así GAZMURI⁴¹ habla de “especiales características del contencioso familiar” y VARGAS⁴² habla de que “...los conflictos de familia por su naturaleza poseen una complejidad mayor que amerita una intervención distinta a la que ofrece hoy nuestro sistema (en relación al antiguo sistema). Por una parte, no solo involucran a dos personas que disputan un derecho en juicio sino, por lo general, incumben a otras personas –

⁴⁰ Turner, S. , “Los Tribunales de Familia” en *Revista Ius et Praxis*, volumen 8 N° 2, Talca, Chile, año 2002. p.

⁴¹ Cfr. Gazmuri, C. , “Ley 19968 que crea juzgados de familia; comentarios acerca de sus aspectos principales” en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3, Santiago, Chile, año 2004. p. 236.

⁴² Vargas, M. , “Nueva ley de tribunales de familia” en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3, Santiago, Chile, año 2004. p. 247.

principalmente los niños en tanto hijos – quienes son los destinatarios directos de las decisiones tomadas por los adultos...”

En consecuencia, un conflicto especial requiere una aplicación del derecho especial. Ahora, si dicha situación afecta la seguridad jurídica, sostengo que estamos ante un mal necesario e incluso aceptado por la sociedad, en razón de que esta forma de aplicar el derecho es acorde a los deseos de protección de la familia (y de la infancia) de la gente de hoy.

c. El hecho de configurar caso a caso el concepto jurídico indeterminado “interés superior del niño, niña o adolescente” es una actitud judicial acorde a la evolución del Derecho de Familia y la protección de los derechos de la infancia que la sociedad nacional e internacional propicia. En esa línea, de protección a la infancia CORRAL habla de un Derecho de Familia Contemporáneo que no tiene como centro el matrimonio sino que evoluciona a ser un “Derecho Puerocéntrico”; es decir un sistema en el cual el “niño” pasa a ser la figura que recibe todos tipo de privilegios y beneficios legales, incluso a veces a despecho y en contraposición de sus propios padres o ascendientes⁴³. Así podemos ejemplificar como un privilegio para el niño, la aplicación especial del derecho de familia en pro de sus intereses presentes y futuros más que en acuerdo con el texto de la ley.

En la misma idea de evolución, TAPIA⁴⁴ sostiene que “...La familia en el derecho moderno, como afirmó lucidamente Jean Carbonnier, pasa a tener un carácter funcional, es “un instrumento entregado a cada uno para el desarrollo de su personalidad” En efecto, el derecho Civil en materia de familia dejó de trazar normativamente un modelo de vida y pasó simplemente a preocuparse de remediar los conflictos (patrimoniales y personales) que surgen cuando se frustran los proyectos familiares. La función didáctica fue reemplazada por una visión terapéutica, y refleja una concepción del Estado Liberal más bien dirigida a asegurar una neutralidad frente a los súbditos que a dirigir sus vidas íntimas...” Con esta idea me quiero quedar; lo que buscan las partes es la solución a un conflicto (que como todo conflicto se quiere acabe pronto). En este sentido las soluciones colaborativas que propicia la judicatura de familia y la aplicación de equidad (y por que no decirlo también de sentido común) en el caso concreto, acercan el frío conflicto jurídico a la realidad de las partes.

⁴³ Cfr. Corral, H. , “Claves para entender el Derecho de Familia contemporáneo” en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 29 N° 1, Santiago, Chile, 2002. pp. 25 a 34.

⁴⁴ Tapia, M. , *Código Civil, 1855-2005. Evolución y Perspectivas*. Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago, Chile, 2005, p. 105.

Capítulo III. Análisis de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Familia de Valdivia en torno al cuidado personal de los hijos

1. Sobre el Tribunal de Familia de Valdivia y la recopilación jurisprudencial

El Tribunal de Familia de Valdivia es un tribunal con competencia única en materia de familia (no es de aquellos que la ley denomina tribunales mixtos), está conformado por cuatro juezas, que ejercen competencia sobre las comunas de Valdivia y Corral.

La recopilación jurisprudencial no fue tarea fácil, en orden a que se debían relacionar de forma perfecta los deseos de protección a la intimidad de las partes en juicio, por parte del Tribunal, y los deseos de estudio de jurisprudencia por parte del investigador.

Fue necesario el paso del tiempo, las constantes entrevistas con la Administradora del Tribunal de Familia y la enorme ayuda del Encargado de Causas del Tribunal de Familia, para que luego de 3 meses, se tuviera acceso a la jurisprudencia necesaria para el desarrollo del estudio.

La judicatura de familia funciona con un sistema informático de respaldo de los procesos judiciales (que se ve complementado con el tradicional sistema de carpeta y papel); cada causa puede ser revisada mediante el ingreso a un sistema informático nacional, que requiere de ciertas claves de seguridad y de conocer datos que individualicen la causa, como el Rol de Ingreso al Tribunal (número correlativo de ingreso que se conoce con la sigla RIT) o los apellidos de las partes en conflicto.

En resumen, mi recolección de jurisprudencia contó con dos apoyos: el primero fue una lista con los “RIT” relativos al cuidado personal de los hijos desde el año 2005 (Octubre de 2005, cuando entra en vigencia la Ley que crea los Tribunales de Familia), hasta Mayo de 2007 y como segundo apoyo, las dependencias del Tribunal de Familia, en orden al uso de un computador, de una oficina y el acceso al sistema informático.

La recolección jurisprudencial se realizó con pleno respeto a los deseos de protección a la intimidad de las partes en juicio, que exigía el Tribunal de Familia de Valdivia.

El resultado de la recopilación jurisprudencial fue el siguiente: 36 causas en el período 2005 (octubre a diciembre) 104 en el año 2006 y 52 en el período de enero a mayo 2007. Por lo tanto el universo de procesos que revisó esta investigación es de 192 causas.

Con el sólo ejercicio de recolección jurisprudencial, sin la lectura y análisis de procesos judiciales, este investigador se encontró con la primera sorpresa; la cantidad de procesos relativos al cuidado personal de los hijos que llegan a audiencia de juicio y que por tanto terminan con una sentencia y un ejercicio argumentativo por parte del Juez de Familia son mínimos en relación a los procesos que ingresan al tribunal. En efecto, tan sólo 23 causas llegaron a audiencia de juicio y por tanto tan sólo en dicho número de causas buscaremos aquellos “criterios de equidad”.

Pero, ¿qué pasa con las causas que no llegan a audiencia de juicio? La gran mayoría de las causas obtiene una solución gracias a la “conciliación en audiencia preparatoria”, que en párrafos anteriores habíamos reseñado como una nueva alternativa al otorgamiento del cuidado personal de los hijos, que se presenta como un acuerdo en sede judicial y que es acorde a los deseos de colaboración que propicia el nuevo sistema de justicia de familia.

Sobre las conciliaciones en audiencia volveremos en los párrafos finales de este análisis jurisprudencial, y sólo diremos que en materia de cuidado personal de los hijos, esta es la regla general de aplicación del derecho; una opción que considero cercana a las partes e inteligente, en orden a evitar mayores conflictos en un contencioso que ya asumimos como especial

2. Sobre la sentencia que otorga el cuidado personal de los hijos

Ya centrados en nuestras 23 sentencias que otorgan el cuidado personal de los hijos a uno de los padres o a otro familiar, me referiré a los siguientes puntos:

2,1). Estructura de la sentencia que otorga el cuidado personal de los hijos

Como primera característica de la sentencia podemos decir que la forma de escritura y su estructura son diferentes a las de otras áreas del derecho; son sentencias cortas (máximo 11 considerandos, cada uno con una idea central clara), están en un lenguaje entendible para las partes, sin tecnicismos jurídicos ni referencias a posturas doctrinarias, y con referencias a determinados artículos de la legislación civil y procesal, que se han aplicado en la resolución judicial pero, sin entrar en un análisis normativo en torno a las disposiciones.

Dos puntos se relacionan con ésta idea: el primero es el de la comparecencia personal de las partes en esta materia de competencia del Tribunal de Familia. La asistencia letrada en estos procesos es mínima; y sostengo que ello es considerado por la judicatura (y por la ley) al centrarse las resoluciones en el análisis de los hechos, que es aquello que las partes entienden, más que en el análisis del derecho.

La importancia de los hechos también se visualiza en el como se inicia el procedimiento ordinario ante los Tribunales de Familia, de acuerdo a los artículos 56 y 57 de la Ley que crea los Tribunales de Familia. De acuerdo a dichas normas, el proceso puede iniciarse por demanda oral o escrita. En el evento de demanda oral, el funcionario del tribunal que corresponda procederá a poner por escrito los términos de la pretensión en acta que levantará al efecto, la que será suscrita por la parte, previa lectura de la misma. Por otra parte, la demanda escrita deberá contener la individualización de la persona que la presenta y de aquella contra la cual se dirige, y una exposición clara de las peticiones y de los hechos en que se funda. En resumen, desde el inicio del proceso, la referencia al derecho en esta área procesal es diferente al resto de la aplicación del derecho (basta recordar los requisitos de la demanda civil) y acorde a ello es la respuesta judicial a la solución del conflicto.

Así, la sentencia se estructura, por regla general de la siguiente manera:

El primer considerando individualiza a las partes; individualiza la relación del demandante con el menor (padre, madre u otro familiar) y hace referencia a la eventual asistencia letrada de alguna de las partes o ambas.

Luego se centra la sentencia en la figura del demandante, su demanda y los fundamentos de hecho de la misma, además subraya en términos categóricos el argumento central del demandante. Así podemos ejemplificar con el considerando 2º de la causa RIT C-1961-2006: “El demandante funda su demanda, señalando que la madre estaría inhabilitada por haber ejercido maltrato psicológico y físico grave y reiterado en contra de su hijo. Que la demandante ha restringido y obstaculizado las visitas con su hijo, que la madre incluso inició una medida de protección por supuesto abuso sexual de su hijo por parte de la asesora del hogar que trabajaba en su casa, lo que no se logró acreditar, y que es su propio hijo quien desea vivir con él”.

El considerando siguiente es la respuesta del demandado, también centrada en los hechos y con clara respuesta al demandante (recordar que este es un proceso oral). A fin de aclarar y ejemplificar seguiré con el proceso reseñado en el párrafo anterior; así la demandada sostiene “... el rechazo de la demanda señalando que no son efectivos los hechos expuestos por la parte demandante, que nunca ha existido maltrato, su hijo cursa primer año básico en el colegio Inmaculada Concepción, con buen rendimiento y buen estado de salud, vive en un hogar digno, la demandante adquirió una propiedad que recibirá en diciembre de 2007. Ella trabaja en una empresa de servicio forestal. Que además el demandado carece de idoneidad, es padre de cuatro niños no matrimoniales de diferentes madres y en este Tribunal hay una causa de investigación de paternidad en tramitación. Que no ha cumplido con su obligación de proporcionar alimentos,

habiéndose despachado diversas órdenes de arresto en su contra por no pago de los mismos. También hace presente con respecto a su idoneidad informe psicológico practicado en causa Rol C-195-05 del Juzgado de Letras de San José de Mariquina, por lo que pide el rechazo con costas”. (Esta idea de costas claramente implica la existencia de asistencia letrada en este caso)

Luego la sentencia hace referencias a las eventuales convenciones probatorias y a los hechos a probar. En este punto quiero detenerme; los hechos que deben ser probados se establecen en la resolución que cita a juicio y emanan de la audiencia preparatoria de juicio. Dentro de los hechos a probar, es común encontrar el de “existencia de causa calificada que inhabilite a la madre para ejercer el cuidado personal del hijo”. Sólo diré en este punto que es aquí donde aparece el concepto de “habilidad e inhabilidad para ser padre”, que tiene una relevancia considerable en el proceso de otorgar el cuidado personal de los hijos y será analizado en párrafos posteriores.

Sigue la sentencia con la referencia a las pruebas. Dichas pruebas se rigen por los artículos 28 y siguientes de la ley que crea los Tribunales de Familia y tienen como principio la idea de “libertad de prueba”, vale decir que todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto familiar sometido al conocimiento del juez podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley. Esta idea de libertad de prueba queda claramente ejemplificada con el siguiente medio probatorio: RIT – 864 – 2006: Considerando 5º número 5, referido a la prueba del demandante: “Diario de vida de la madre, consistente en un cuaderno escrito con letra manuscrita. En él se pegaron bonos de atención médica, ecografías a nombre de la madre del menor de autos. Los textos expresan problemas con la pareja afectiva con el que se supone es el padre del bebé por nacer y posterior al nacimiento. No existe constancia del autor”

Importante también son en materia de prueba, aquellas diligencias que decreta el tribunal. A nuestro modo de ver, destaca por su valor en juicio, la diligencia en que el niño ejerce su derecho a ser oído, en audiencia especial con el juez. Sobre este punto volveremos más adelante.

La sentencia termina con el ejercicio intelectual del juez de dar determinados hechos por probados, fundamentar la decisión en base a esos hechos y de oficio establecer un régimen de relación directa y regular entre el padre que no ejerce el cuidado personal del hijo y su hijo, de acuerdo al artículo 48 inciso 2º de la ley 16.618.

2,2). ¿Quiénes y por qué demandan el cuidado personal de los hijos?

Teniendo como total las 23 causas que llegaron a audiencia de juicio de cuidado personal de los hijos, podemos decir lo siguiente:

15 demandas fueron presentadas por padres.

4 demandas fueron presentadas por madres.

3 demandas fueron presentadas por abuelos.

1 demanda fue presentada por otro familiar.

Al ser las demandas fundamentadas en hechos; variables de acuerdo a cada especial conflicto de familia, es difícil categorizar el porqué se demanda. Sin embargo, de acuerdo a las siguientes ideas intentaremos cierta clasificación.

Padres que fundamentan la demanda de cuidado personal en razón de que la madre ejerce de manera incorrecta la tuición; incluyendo por ejemplo en estos fundamentos el peligro físico y moral que implica la situación y la idea de madre inhábil para ejercer el cuidado personal de un hijo. (8 causas: C-502-05, C-438-06, C-1430-06, C-1961-06, C-1986-06, C-14-07, C-436-07, C-584-07).

El cuidado personal del menor lo ejerce determinado familiar, y la demanda se fundamente en ello, vale decir en una regularización de los hechos por parte del juez. (9 causas: C-622-05, C-912-05, C-207-06, C-284-06, C-1535-06, C-1694-06, C-2357-06, C-2370-06, C-984-07).

El padre ofrece mejores condiciones socioeconómicas y de compañía que la madre. (3 causas: C-693-05, C-991-06, C-52-07).

Otras causas: Tranquilidad emocional de los hijos (C-910-05), Madre que desea recuperar el cuidado personal de un hijo de acuerdo a la ley (C-508-06) e interés superior del menor (C-864-06).

A fin de realizar un ejercicio de comparación histórico – judicial, una memoria de título emanada de nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales⁴⁵ postuló como principales causales por las que se demanda la tuición de los niños las siguientes:

Las principales causas en que se fundamentan las demandas de los padres son: abandono de la madre, peligro físico por descuido del menor, peligro moral del menor, en razón de que la

⁴⁵ Cfr. Olave, I. , “Tuición e interés superior del niño. Estudio empírico en el juzgado de menores de Valdivia”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2004, p.p. 25 y ss.

madre se lleva al menor para cobrar pensión de alimentos y en razón de que la madre no vela correctamente por el cuidado de los hijos.

Las principales causales en que se fundamentan las demandas de las madres: motivos económicos y maltrato del padre o de su cónyuge.

En resumen, el paso del tiempo no implica un gran cambio en los fundamentos al demandar. Considero si, que las referencias al maltrato físico ya no son fundamento de demandas en torno al cuidado personal de los hijos, sino que son fundamento del inicio de procedimientos relativos a Violencia Intrafamiliar o a Medidas de Protección de Menores, que pueden llevar a un resultado de cambio de régimen de tuición.

2,3). Interés superior del menor; valor en juicio y determinación.

Ya dimos una mirada al concepto de interés superior del menor desde una perspectiva doctrinaria. Recordaremos sólo tres ideas: la primera, que es un concepto jurídico indeterminado, que la normativa civil y la doctrina consideran como clave en la resolución de un conflicto relativo al cuidado personal de los hijos y que, ante la indeterminación del concepto, optamos por una configuración del mismo, de acuerdo a los supuestos de hecho del caso, en forma particular, y, aunque ello conlleve una vulneración al valor de la seguridad jurídica.

Ahora nace la pregunta ¿cuál es el valor en juicio del concepto interés superior del menor? La primera idea que nos guía hacia la respuesta es la siguiente: de nuestro universo de 23 sentencias emanadas de audiencia de juicio relativas al contencioso ordinario de cuidado personal de los hijos, tan sólo 5 hacen referencia al interés superior del menor en el proceso de decisión y argumentación que realiza el Juez de Familia, ello en los siguientes términos:

C-622-2005, **Considerando Tercero, segundo párrafo:** “Que este Tribunal teniendo presente el **interés superior del niño** y en especial que esta resolución no hace más que constatar una situación de hecho, que se viene dando desde el año 2003 en adelante, en que el cuidado personal le ha correspondido al padre, sin que la madre haya tenido algún contacto con sus hijos, que los niños se encuentran en perfectas condiciones ambientales, emocionales y afectivas y visto también lo dispuesto en los Artículos 225 y siguientes del Código Civil, disposiciones pertinentes de la Ley 19.968, 16.618, se declara...”

C-912-2005, **Considerando Sexto:** “Que ponderado de conformidad a la Ley los elementos de las pruebas rendidas durante la audiencia de juicio, es decir de acuerdo a las reglas de la sana crítica, sin contradecir los principios de la lógica, la máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, el Tribunal estima por acreditado los siguientes hechos:

1º) Que hasta Diciembre del año 2005, y por resolución dictada en causa Rol 598-2000, del Juzgado de Menores de esta ciudad, la tuición del niño Robinsón Ariel le fue confiada al padre don Sergio, con fecha 18 de Octubre del año 2000.

2º) Que en cumplimiento a las visitas decretadas en la misma causa, en el mes de Diciembre del año 2005 y hasta la fecha el niño se encuentra bajo el cuidado y protección de su madre, atendido el propio deseo del joven y habiéndose decretado como medida cautelar en este Tribunal de Familia, que permaneciera junto a su progenitora, tendiendo especial consideración el **Interés Superior del Niño...**”

C-864-2006, **Considerando Noveno:** “Que al ponderar los medios de prueba la sentenciadora ha debido necesariamente considerar el **interés superior del niño**, el cual debe ser respetado en su individualidad, siendo sujeto de derecho, debe aplicarse lo dispuesto en las normas civiles pertinentes pero siempre considerando su bienestar, de tal manera que atendido los medios de prueba acompañado principalmente los informes médicos el primer interés es que el niño supere su trauma por el fallecimiento trágico de su madre, presenciado por el y sus ascendientes deben obligadamente velar porque el tratamiento que se requiere sea cumplido en su integridad...”

C-436-2007, **Considerando Noveno:** “Que ponderando de conformidad a la ley los elementos de prueba rendidos durante la audiencia de juicio, es decir de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia, ni los conocimientos científicamente afianzados, el tribunal estima que, en cuanto al primer hecho a probar “La existencia de causa calificada que inhabilite a la parte demandada para ejercer el cuidado personal de su hija”, es necesario hacer presente que si bien la demandada, según los informes del Centro de Tránsito y Diagnóstico, y el informe psicológico, ha demostrado falta de destreza en algún grado referida a sus competencias parentales, estas no son de la gravedad exigida por el ordenamiento jurídico para considerarla una madre inhábil, porque si bien el consejero técnico, el psicólogo Sr. Patricio Inzunza, señala que sólo son superables a largo plazo, porque mas que falta de habilidades, se refieren a la estructura de base de la personalidad de la demandada, ella ha demostrado durante todos los años que ha tenido el cuidado personal de su hija, que ésta no ha sufrido ningún tipo de riesgo o daño.

Sin embargo, una interpretación armónica de la legislación en materia de familia, y el expreso mandato del artículo 242 del Código Civil y artículos 3 y 9 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño –ratificado por el Estado de Chile -, implica la obligación de considerar primordialmente el **interés superior del niño**, incluso por sobre los derechos de sus progenitores, entendiendo por éste, aquel estado que le permita el máximo ejercicio de sus derechos...”

C-584-2007, **Considerando Noveno:** “Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 225 del Código Civil, si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos, a menos que el **interés del hijo** lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada. Que en estos antecedentes no se ha acreditado maltrato, descuido ni otra causa calificada, que amerite una modificación en el cuidado personal, y si bien la madre de la niña ha demostrado falta de destreza en algún grado referida a sus competencias parentales, estas no son de la gravedad exigida por el ordenamiento jurídico...”

Del análisis de los considerandos citados podemos decir lo siguiente en torno al concepto jurídico en estudio.

a. El hecho de que solo 5 sentencias de un total de 23, relativas al cuidado personal de los hijos, consideren el concepto de interés superior del menor dentro del trabajo de redacción de sentencia y argumentación jurídica, implica por una parte que hay otros criterios que influyen en la decisión

judicial, distintos al que estudiamos y que, por tanto, la importancia que la doctrina da al concepto no es la misma que la jurisprudencia confiere al concepto.

b. Podemos decir en todo caso, que el hecho de que no se explicita la idea de interés superior del menor, por regla general, en el texto de la sentencia, no implica que el interés superior del menor no sea considerado en el proceso; de hecho, sostengo que la forma en que se configura el proceso, desde la demanda fundada en hechos, hasta el desarrollo de la audiencia, con especial hincapié en la mayor evitación de la controversia y la búsqueda de la colaboración entre las partes y el respeto o consideración a la opinión del niño, son formas de proteger su interés superior, desde una mirada práctica y que no está necesariamente presente en la escrituración de un fallo.

c. Las sentencias no consideran la idea de “concepto jurídico indeterminado” en relación al interés superior del menor, de la forma que lo hace la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo citado en páginas anteriores. Considero que esa omisión tiene una clara explicación, acorde con ideas presentes a lo largo de estos párrafos. Reflexionar en torno a la problemática de un concepto jurídico que el legislador no precisó y que queda en manos del juez configurar, siendo este juez en los hechos un legislador-juez y relacionar ello por ejemplo con la separación de poderes (o división de funciones) son tecnicismos jurídicos que esta judicatura no considera, al buscar una sentencia cercana y entendible para partes que por regla general no tienen conocimientos de derecho y que sólo buscan solución a un conflicto jurídico y la vez, porque no decirlo, un conflicto con ciertos tintes sentimentales que ya calificamos como “especial”.

d. En definitiva, las sentencias que analizamos abordan la idea de interés superior del menor de dos formas (y aquí nos referiremos a como se da contenido al concepto). La primera es usar el concepto sin darle contenido, como es el caso del proceso C-622-2005 (que tiene presente el interés superior del niño, pero no dice que entiende por tal concepto), el proceso C-912-2005 (que tiene especial consideración en el interés superior del niño) y el proceso C-584-2007 (que cita la normativa civil referente al concepto, sin precisarla en el caso concreto). La segunda forma es usar el concepto dándole un contenido, que claramente y de la sola lectura de los considerandos citados, ha puesto atención a las propuestas doctrinales nacionales e internacionales y también considera la idea de “configuración caso a caso” que proponemos en esta investigación.

Así, dando claro contenido al concepto en el caso concreto y con especial consideración a hechos de relevancia en la vida del menor se presenta la argumentación jurídica del proceso C-846-2006. Por otra parte, el proceso C-436-2007 tiene clara relación con los ya analizados postulados de CILLERO, al relacionar el interés superior del menor con la plena satisfacción de sus derechos.

Como última idea; la variable actitud del Juez de Familia en el tratamiento que hace del concepto en estudio; al no considerar en el texto de la sentencia la idea de interés superior del menor, o considerarla sin darle contenido, o configurándola en el caso concreto, implica falta de certeza jurídica, al no poder prever las partes la consideración o no del interés superior del menor en la solución del caso concreto.

2,4). Habilidad e inhabilidad para ejercer el cuidado personal de los hijos

La reflexión con la que parte el análisis jurisprudencial en este punto es preguntarse 2 cosas:

- a. ¿Es necesario configurar una inhabilidad para cambiar el titular del cuidado personal de un menor? o ¿dicho titular puede variar en razón de otras situaciones?
- b. ¿Cuándo alguien es inhábil para ejercer el cuidado personal de un menor?, en el evento de que la respuesta a la primera pregunta que nos planteamos sea positiva.

Conoceremos la opinión de la jurisprudencia y reflexionaremos posteriormente en torno a sus resoluciones y forma de aplicar el derecho.

C-502-2005, **Considerando Octavo número 3**: “Respecto del cuidado personal no se logró acreditar que la madre estuviera **inhabilitada** o incapacitada para ejercerlo, o que los niños estuvieran descuidados o sufrieren maltrato u otra causa calificada que justifique un cambio en su actual régimen de vida...”

C-693-2005, **Considerando Sexto**: “...se concluye que no existen **inhabilidades** de ambos para ejercer el cuidado de ellos, observándose en la madre dependencia de su cónyuge en sus decisiones y en el padre rasgos obsesivos de personalidad, ambos subsanables con adecuado tratamiento...”

C-910-2005, **Considerando Octavo número 7**: “Que las circunstancias de la infidelidad de la madre sólo aparece en la audiencia de juicio, sin que se haya invocado en la demanda, y que las declaraciones de los testigos no son suficientes para acreditarla y menos aún en caso de ser efectivo, sea causal de que **inhabilite** a la madre para mantener con ellos las responsabilidades de una buena madre, para lo cual se ha considerado presentemente lo expuesto por la adolescente...”

C-912-2005, **Considerando Séptimo**: “Que en consecuencia con la prueba rendida por la demandante y la decretada por el Tribunal ha quedado por establecido que a la madre no la afecta causal alguna que la **inhabilite** para ejercer el cuidado personal de su hijo...”

C-284-2006, **Considerando Noveno número 5**: “Que no se logró acreditar que ninguno de los padres estuviera **inhabilitado** para ejercer el cuidado personal de la niña, pero la situación psicosocial de Ignacia y su etapa evolutiva

actual, justifican un cambio en su actual régimen de vida, correspondiéndole a la madre el cuidado personal de la niña...”

C-991-2006, **Considerando Octavo número 4:** “...no existe motivo para alterar el actual régimen de vida de la niña, quien se encuentra en perfectas condiciones, querida, bien cuidada y considerando, especialmente que la madre se encuentra pronta a traerla a Valdivia a vivir con ella, además, no se logró acreditar que la madre estuviera **inhabilitada** o incapacitada para ejercer el cuidado personal, o que Francisca estuviere descuidada o sufrieren maltrato u otra causa calificada que justifique un cambio en su actual régimen de vida...”

C-1961-2006, **Considerando Décimo:** “Que, en cuanto al primer hecho a probar “La existencia de causa calificada que **inhabilite** a la parte demandada para ejercer el cuidado personal de su hijo”, es necesario hacer presente que si bien la madre, según la declaración e informe evacuado por el psicólogo Gastón Lara Sobarzo, ha ejercido algún tipo de maltrato en contra de su hijo, esta única prueba aportada por la demandante para acreditar el primer punto de prueba, no es de la gravedad y precisión exigida por el ordenamiento jurídico para considerarla una plena prueba sobre la inhabilidad de la madre, teniendo especialmente presente que los informes psicológicos realizados a las partes, dan cuenta de características en el padre que podrían llevar a la manipulación del niño en orden a obtener sus fines. La madre, si bien pudo haber realizado conductas atentatorias contra los derechos del niño, se ve como una mujer con mayores recursos a nivel personal para superar su inmadurez y descontrol. Sus testigos dan cuenta de una persona que fue madre muy joven, a los 17 años, logrando luego estudiar una carrera, tener un trabajo estable, vivir con su hijo en forma independiente, darle a éste una buena educación y adquirir una vivienda. Es la única de ambos padres que inició un tratamiento psicológico como se estableció en la sentencia de medida de protección, lo que demuestra su interés en obtener herramientas para manejar el peso que muchas veces significa ser una madre jefa de hogar...”

C-1986-2006, **Considerando Noveno:** “Que, en cuanto al primer hecho a probar, la existencia de causa calificada que inhabilite a la parte demandada para ejercer el cuidado personal de las hijas, es necesario hacer presente que si bien la madre de las niñas ha demostrado falta de destreza en algún grado referida a sus competencias parentales, estas no son de la gravedad exigida por el ordenamiento jurídico para considerarla una madre **inhábil**. Que efectivamente las niñas tienen un peso bajo, pero dentro del rango de normalidad, no existiendo ninguna prueba médica que acredite un estado de desnutrición. Que, incluso, los motivos en que se basa el Informe del CTD para señalar la negligencia de la madre, son superables con una supervisión y ayuda psicológica adecuada que ayude a la madre a aceptar consejos, sugerencias, instrucciones y mejores posibilidades materiales y educacionales para sus hijas...”

C-14-2007, **Considerando Noveno,** “Que en consecuencia con la prueba rendida por la demandante y la decretada por el tribunal no se ha acreditado la existencia de causales de **inhabilidad** que tuviere la madre para ejercer su cuidado personal, la que si bien tiene algunas deficiencias, éstas no son de la envergadura que justifique un cambio en el régimen de vida del niño. Que además el demandante presenta inconvenientes a nivel de personalidad y de su situación socio-económica, que no lo hacen apto para obtener el cuidado personal de su hijo...”

Se han citado nueve procesos en los que la idea de inhabilidad tiene relevancia en lo argumentativo y dispositivo de la resolución judicial (Pudiendo haberse citado más procesos que consideran la idea de inhabilidad en este trabajo argumentativo: C-508-2006, C-1694-2006, C-52-2007, C-14-2007). Podemos decir por tanto que, desde una perspectiva cuantitativa, los conceptos de habilidad e inhabilidad para ser padres toman mayor importancia jurisprudencial

que el concepto de interés superior del menor. Vale decir que sucede lo contrario a lo postulado por la doctrina, que no reflexiona en torno a los temas que son considerados por los jueces de familia.

Ahora debemos preguntarnos ¿Qué fundamento legal tiene el buscar la inhabilidad para ser padre como causal de modificación a la titularidad del cuidado personal de un hijo?

El tema de la inhabilidad para ser padres tiene consagración legal en el artículo 226 del Código Civil (ya citado en páginas anteriores) y centra su aplicación en el evento de “inhabilidad física o moral de **ambos padres**”. Es aquí donde quiero detenerme; considero que centrar la discusión jurídica y probatoria, además del trabajo argumentativo del juez, sobre la idea de habilidad o inhabilidad es una opción equivocada, porque estos conceptos se relacionan con otra situación, cual es un problema que afecta a ambos padres y no sólo a uno. En definitiva, al buscar el juez las pruebas y argumentaciones para declarar inhábil a una madre, está aplicando una norma jurídica errónea, en razón de que el concepto de inhabilidad se relaciona con otros supuestos de hecho, relacionados con ambos padres y no con uno. Además la aplicación de la norma en análisis tiene como resultado que el cuidado personal de un hijo deja de ser ejercido por sus padres para quedar radicado en otro familiar, prefiriendo a los consanguíneos más próximos y sobre todo a los ascendientes.

¿Cuál es la correcta solución a estos casos? Desde la perspectiva crítica, el juez no debería centrarse en el concepto de inhabilidad, sino que centrarse en el artículo 225 del Código Civil, que regula la situación de que determinado padre ejerce de manera errónea el cuidado personal del hijo y en razón de ello se modifica la titularidad del derecho de cuidado. (Este artículo da respuesta a lo que se demanda, que por regla general es que el padre o la madre no ejerce de manera correcta el cuidado personal, por lo que se busca el cambio de quien ejerza dicho cuidado).

En definitiva, la argumentación jurídica y la valoración de las pruebas deben ir de la mano con la configuración de un maltrato, un descuido u otra causa calificada, además del evento de que el interés superior del menor haga indispensable un cambio del padre que ejerce el cuidado personal.

La crítica en torno a la aplicación del derecho que planteamos tiene, dentro de nuestro universo de sentencias analizadas, tan solo un caso que aplica el derecho de la forma que postulamos como correcta, así, la causa C-584-2007, en su considerando noveno establece que:

“... de conformidad a lo dispuesto en el artículo 225 del Código Civil, si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos, a menos que el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada. Que en estos antecedentes no se ha acreditado maltrato, descuido ni otra causa calificada, que amerite una modificación en el cuidado personal, y si bien la madre de la niña ha demostrado falta de destreza en algún grado referida a sus competencias parentales, estas no son de la gravedad exigida por el ordenamiento jurídico...”

Quiero terminar este análisis en torno a la habilidad e inhabilidad para ser padres con tres ideas finales.

Como primer punto, considero que el Juez de Familia, al centrar la argumentación jurídica, mayoritariamente, en torno a la idea de habilidad o inhabilidad, en relación con demandas de cuidado personal presentadas por padres en contra de madres, realiza un aplicación del derecho con un discutible apego a la ley (de la forma como lo analizamos en párrafos anteriores), pero, acorde a la protección de un valor al que la sociedad da una vital importancia, cual es la maternidad.

En ese sentido, pensar sólo en procesos biológicos como gestación, embarazo, parto y lactancia y relacionarlo con determinados hechos en que una madre no realiza bien sus deberes de cuidado personal del hijo ¿Justifican separar a la madre del hijo? Considero que la respuesta jurisprudencial es claramente negativa, optando por proteger la maternidad y configurándola como un proceso que acepta errores y que se deben corregir.

Estoy de acuerdo con ésta aplicación del derecho que, subrayo nuevamente, acepta en razón de argumentos que se han dado a lo largo de esta investigación, un desapego al texto de la ley en razón a un conflicto especial. Hago la prevención de que en el evento de maltrato físico o psicológico, y por tanto aplicación de un procedimiento de Violencia Intrafamiliar o Medidas de Protección a Menores, el criterio debe ser diferente y el centro de atención debe ser el bienestar y la protección de los derechos fundamentales del menor y ya no la maternidad.

Tan solo una sentencia reconoce la maternidad como un hecho especial para el derecho. Así, en el proceso C-964-2007 se sostiene que:

Considerando Quinto: “En cuanto a la conveniencia que el cuidado personal quede en manos de los abuelos maternos –los peticionarios- la naturaleza de las cosas hace que casi siempre se creen lazos más fuertes entre los nietos con sus abuelos maternos, pues las madres, que son las que viven el proceso del embarazo, del parto y la lactancia y son además las que con mayor énfasis se abocan a la crianza de los hijos, tienden a vincularlos afectivamente con mayor facilidad a los abuelos maternos, a los que, además, preferentemente recurren a la hora de satisfacer necesidades de sus hijos que a veces ellas no pueden cubrir, como ser, cuidarlos en algunas oportunidades...”

Como segundo punto de análisis podemos decir que clara ya ha quedado la relación entre inhabilidad para ser padre y ejercicio del cuidado personal de un hijo. Ahora bien, en la jurisprudencia analizada, los jueces nunca han configurado una inhabilidad, ni fallado en base a ella, sino que siempre han unido los hechos con cierta gravedad, pero, que no es de la dimensión que exige el ordenamiento jurídico para modificar un régimen de tuición. Tan solo hay un caso, en el cual la madre de un menor, demanda a la abuela del mismo, sin obtener óptimos resultados en juicio, vale decir que no se modifica el régimen de cuidado personal que ejerce la abuela. En este caso, los jueces no usan la idea de “madre inhábil”, pero los hechos y el fondo de la resolución judicial (que en este caso no considera la maternidad y rompe la regla del artículo 225 del Código Civil) dan ciertas luces de lo que podemos considerar como inhabilidad⁴⁶:

C-508-2006, **Considerando Cuarto**: “Que la prueba rendida por la actora no es suficiente para acreditar la conveniencia de que el niño Alex Jonatan quede bajo su cuidado personal. En efecto, se ha traído a la vista causa de medida de protección seguida ante el juzgado de menores de esta ciudad, en la que luego de oír al menor y por los antecedentes de maltrato que contiene, se decidió como medida de protección entregar el cuidado del menor en forma definitiva a su abuela. Que frente a esos antecedentes la demandante debió probar que se encontraba en apropiadas condiciones tanto psicológicas como sociales para poder recibir al menor bajo su cuidado. Sin embargo no lo hizo. Las declaraciones de los testigos, si bien se aprecian sinceras y bien intencionadas, aparecen teñidas de la parcialidad propia de ser parientes tan cercanos de la demandante. Por otro lado, ha quedado establecido que la demandante no tiene trabajo, y ningún antecedente social hay respecto de la casa habitación de la demandante, de su barrio, en resumen no hay ningún antecedente socioeconómico que permita adoptar una decisión acertada al respecto. En cuanto al informe psicológico de la demandante, aquel, no obstante haber sido costado por ella misma, llama la atención lo adverso a la actora y lo poco profesional atendidas las conclusiones que se consignaron en el considerando precedente, siendo un nulo aporte a la decisión de esta causa. Que por otro, lado tampoco ha quedado fehacientemente comprobado que la demandante ya no se encuentre conviviendo con el agresor de su hijo, sobre este punto es menester señalar que aquel es padre de dos hermanitos de Alex y que vive en Iquique, por lo que es bastante probable que concurra al domicilio de la demandante a lo menos a visitar a sus hijos, situación que conlleva el riesgo de que Alex vuelva a ser objeto de sus maltratos. Por otro lado y como antecedente importante, el conviviente o exconviviente de la actora tiene una causa en el Ministerio Público por abuso sexual de la hermana menor de Alex. Que por lo anteriormente señalado no se acogerá la demanda por no haberse acreditado la conveniencia de cambiar la situación actual de Alex Jonatan que se encuentra bajo el cuidado de su abuela, la demandada en estos autos, y que fue establecida por sentencia ejecutoriada con el objeto de resguardar la integridad de los derechos del menor y su desarrollo integral...”

Por último, es necesario detenerse en lo siguiente: al centrar el juez la solución del caso en la idea de habilidad e inhabilidad para ser padres, está reflexionando en el fondo en torno a la calidad de cómo se va a ejercer el cuidado personal del hijo. En definitiva, mirando la situación

⁴⁶ En el mismo sentido, pero considerando en la resolución judicial el concepto de inhabilidad, se presenta la causa rol 34-2006 de fecha 26 de abril de 2006, emanada de la Corte de Apelaciones de Temuco, en el siguiente tenor: “ Se han acreditado los hechos y circunstancias denunciadas en la demanda, es decir que la conducta de la madre demandada es disipada, proclive al consumo excesivo de alcohol en lugares públicos y desde todo punto de vista nociva para la formación de la menor de que se trata. Acreditada dicha condición, como ha quedado demostrado, se hace necesario separar a la madre del cuidado personal de su hijo. Los sentenciadores tienen presente que romper la regla general del inciso primero del artículo 225 del Código Civil implica reconocer previamente la existencia de hechos de tal naturaleza y gravedad que ameriten una medida así...”

desde la óptica del hijo, el juez escogerá lo más beneficioso para el menor, dando por esta vía una nueva protección al interés superior del niño, sin explicitarlo en el texto de la sentencia. En resumen el padre que es hábil según el juez, ejercerá el cuidado personal del hijo en razón a que es lo mejor, de acuerdo al interés superior del mismo.

2,5). Opinión del menor en el proceso; el derecho del niño a ser oído.

Es necesario analizar algunas ideas legales y doctrinarias, previo a realizar el estudio jurisprudencial sobre este punto.

Sobre el fundamento legal a la consideración de la opinión del niño en juicio, podemos decir que se visualiza en normativa nacional e internacional y que se encuentra presente en tres disposiciones legales:

1. Artículo 227 Inciso Primero Código Civil:

En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oirá a los hijos y a los parientes.

2. Artículo 16 ley 19.986, que crea los Tribunales de Familia (ya citado en esta investigación).

3. Artículo 12 Convención sobre Derechos del Niño.

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

En relación a la idea de fundamentación antes expuesta, LATHROP⁴⁷ sostiene que “el fundamento del derecho del niño a ser oído tiene su eje central en que la participación constituye un derecho esencial de todos los seres humanos, idea que subyace en las diversas consagraciones que de dicho derecho se hacen en beneficio de los adultos, pero también a favor de la niñez y la adolescencia. No se restringe a la idea de defensa en juicio o al alcance de la capacidad procesal de dicho grupo etareo, sino que es un derecho humano que, circunscrito muchas veces a la garantización de la participación en juicio, desborda ese marco y se eleva a un derecho humano cuyo ejercicio tiene lugar en todos los ámbitos de la vida”.

Veremos a continuación, como la jurisprudencia ha considerado la opinión del menor en el proceso de cuidado personal y luego haremos algunas reflexiones.

⁴⁷ Lathrop, F. , “El derecho del niño a ser oído” en Urrejola B. (coord.), *Instituciones de Derecho de Familia*, Editorial LexisNexis, Primera Edición, Santiago, Chile, año 2004. p.

C-502-2005, **Considerando Octavo número 3:** "...Los niños se sienten a gusto viviendo junto a su madre, y manifiestan su deseo de continuar viviendo con ella, lo que se comprobó personalmente por esta juez al entrevistarse con ellos en audiencia especial..."

C-622-2005, **Considerando Segundo:** "Que se tendrá presente que esta Juez escuchó a los niños en audiencia especial a Tiare y Bryan, quienes manifestaron su deseo de vivir con su padre, se manifestaron felices de estar con él y con su nueva pareja..."

C-910-2005, **Considerando Séptimo:** "Que se ha oído a la adolescente Jocelyn a, quien manifiesta su deseo de permanecer con la madre porque con ella se siente más ligada afectivamente; que también quiere al padre, pero estima que tanto ella como su hermano podrían visitarlo libremente..."

C-284-2006, **Considerando Octavo:** "Que debe tenerse presente que en audiencia especial esta sentenciadora escuchó a la niña, manifestando que deseaba vivir junto a su madre en la ciudad de Coyhaique..."

C-1961-2006, **Considerando Séptimo, número 1:** "Se escuchó al niño en una audiencia privada con esta Juez el día 20 de junio de 2007 a las 08:30 horas, en presencia de la consejera técnica la Sra. Andrea Bücher, quien hace presente en la audiencia de juicio que éste se mostró ansioso toda la entrevista, con una conducta oposicionista, exigía explicaciones, fue muy inquieto, conducta que da cuenta de ansiedad y emociones contenidas. Cree que necesita apoyo terapéutico. Vive en un departamento con su mamá, no le gusta mucho porque no tiene amigos, los fines de semana sale con su papá y lo pasa bien, va al cortocircuito. Se ve enojado con el mundo, dice que después de llegar del colegio ve televisión. Lo que más le gusta de la mamá es dormir con ella y lo que menos le gusta es no poder jugar con ella porque llega cansada del trabajo. Lo que más le gusta del papá es cuando le compra cosas y lo que menos le gusta es cuando no le compra cosas. Dice que no cambiaría nada de su vida..."

C-1986-2006, **Considerando Séptimo, número 2:** "Se escuchó a las niñas en una audiencia privada con esta Juez el día 24 de mayo de 2007 a las 10:00 horas, en presencia de la consejera técnica la Sra. Andrea Toloza. En dicha audiencia, en términos generales Constanza manifestó que le gustaba estar con su madre y vivir con ella y Daniela señaló que no quería ir a la casa de su mamá. La consejera técnica presente en dicha audiencia, dio su opinión en la audiencia de juicio, manifestando que ella opinaba que las niñas debían permanecer con su madre, atendido lo establecido por la psicóloga presentada por la parte demandada..."

Se han expuesto 6 causas en que la opinión del niño es parte del proceso de cuidado personal del mismo. El número de selecciones no es antojadizo, en orden a que tiene como objetivo el destacar que estamos ante un hecho cuantitativamente de mayor importancia que la referencia en juicio al interés superior del menor. (En total son 11 causas las que consideran la opinión del niño en el proceso de cuidado personal; a las causas citadas podemos agregar: C-912-2005, C-864-2006, C-1694-2006, C-436-2007, C-584-2007).

Ahora, respecto del valor en juicio de la opinión del menor, la postura judicial es clara: dicha opinión no es vinculante para el juez. Así se expone en la siguiente causa:

C-436-2007, **Considerando noveno, penúltimo párrafo:** “Que si bien el citado artículo 242 obliga a tener en cuenta la opinión de la niña, ésta no es vinculante, sino que será tenida en cuenta, atendida su edad y madurez...”

Realizando nuevamente una comparación histórica, mediante la reseña a la memoria de título “Tuición e Interés Superior del Niño. Estudio empírico en el Juzgado de Menores de Valdivia”, ya citada en esta investigación, podemos decir que la opinión del menor y su consideración en el proceso de tuición ha variado. De hecho, sostiene esta investigación que entre los años 1989 y 2002 sucede lo siguiente: “La opinión del menor es un criterio fundamental al momento de tomar una decisión. La juez de menores de la ciudad de Valdivia ha tomado en cuenta los deseos de los niños como un elemento primordial, teniendo en cuenta la edad y el grado de discernimiento de los niños. En el 100% de las sentencias, la magistrado, antes de tomar una decisión, ha interrogado a los niños por su deseo de seguir viviendo en su hogar o si desean irse con el padre, madre, abuelo, abuela, etcétera que está solicitando su cuidado”⁴⁸

Claramente la importancia de la opinión del menor en el proceso de cuidado personal, ha variado con el tiempo. En todo caso, nace cierta duda en torno a la razón de porque el menor no ha ejercido su derecho a ser oído. Una posibilidad cierta es que simplemente no pueda ejercer dicho derecho, por no poder comunicarse, debido a su mínima edad. La edad del menor es un factor importante a considerar, factor que lamentablemente, este investigador no maneja, ya que en razón de la protección a la identidad de las partes en juicio, fue un dato que se omitió en la recopilación jurisprudencial.

También podemos decir que hay otro factor que aminora la importancia de la opinión del menor en el proceso de otorgar el cuidado personal, cual es la regla general de solución de conflictos en esta materia; la conciliación en audiencia preparatoria. De acuerdo a lo expuesto en párrafos pasados, dicho acuerdo, al ser entre demandante y demandado olvida al menor como sujeto en juicio y simplemente lo transforma en objeto del mismo. Volveré sobre este punto más adelante.

Como último punto quiero referirme a la instancia en que el menor ejerce su derecho a ser oído, y por tanto, el juez conoce la opinión del menor en relación a la mantención o cambio de quien ejerce el cuidado personal del hijo.

Claro está que el proceso de declaración del menor no se rige por las mismas reglas de un testigo cualquiera. Así, las sentencias hablan de “audiencia especial” o “audiencia privada” en la que el juez toma conocimiento de la opinión del menor. En dicha audiencia es común la presencia de un Consejero Técnico, como órgano auxiliar del juez, que desde una mirada técnica, en razón a su formación social o psicológica, emitirá una opinión o conclusión en razón de la diligencia.

⁴⁸ Olave: *Op. cit.* p. 29.

Ahora, curiosamente la Corte de Apelaciones de Valdivia ha ampliado (a mi parecer de forma extrema), la instancia en que el menor puede ejercer su derecho a ser oído, dando valor a opiniones que el menor ha dado fuera del juicio, ante personas diferentes al juez.⁴⁹

C-864-2006, **Resolución de la Corte de Apelaciones de Valdivia, Considerando Cuarto:** “Que el niño ha manifestado su deseo de vivir con el padre, (informe psicológico pericial de fojas 55; en concreto, en la página 58). Por lo demás, él y su grupo familiar poseen los recursos económicos y emocionales que favorecen actualmente una condición más estable para el niño...”

En el caso en cuestión, la Corte de Apelaciones confirma lo que sostuvo el Tribunal de Familia, pero en razón de un argumento diferente. Si se vuelve sobre las jurisprudencias citadas, esta causa fue un buen ejemplo de tratamiento jurídico del concepto interés superior del menor, idea que la Corte no tuvo en consideración.

⁴⁹ Tan solo 3 causas han sido apeladas.

Capítulo IV. Breve estudio de las Conciliaciones en Audiencia Preparatoria como regla general de término al contencioso de Cuidado Personal de los Hijos

Este breve estudio se centrará sólo en el año 2006, que es el año completo de recolección jurisprudencial que considera este estudio.⁵⁰

En el año 2006 hubo un ingreso de 104 causas relativas al cuidado personal de los hijos, que se tramitan de acuerdo al procedimiento ordinario ante los Tribunales de Familia.

La forma de término de esas 104 causas es la siguiente: 13 procesos llegaron a audiencia de juicio, 10 procesos fueron decretados como abandonados, 11 procesos fueron desistidos por las partes, 7 procesos, a la fecha de la recopilación jurisprudencial, aparecen como pendientes o sin término, 5 procesos terminaron en mediación, 2 procesos se acumularon a otras causas, en 1 proceso el tribunal se declaró incompetente y en 55 procesos se puso fin al conflicto mediante una conciliación en audiencia preparatoria.

Centrados ahora en los 55 procesos que vieron fin a los conflictos en razón de un acuerdo, podemos decir lo siguiente:

40 de estos acuerdos fueron celebrados entre el padre y la madre de un menor.

12 de estos acuerdos fueron celebrados entre el padre y/o la madre de un menor y otro familiar del menor.

3 de estos acuerdos no cuentan con los datos de las partes que celebraron el acuerdo (Esto en la recopilación jurisprudencial base de esta investigación; obviamente en el sistema informático del tribunal estos datos si existen).

Analizando ahora las 40 conciliaciones entre padres:

En 13 acuerdos los padres deciden que el cuidado personal de un hijo lo ejerza la madre.

En 21 acuerdos los padres deciden que el cuidado personal de un hijo lo ejerza el padre.

En 5 acuerdos los padres deciden que el cuidado personal de un hijo lo ejerzan ambos (tuición compartida).

En 1 acuerdo los padres deciden que el cuidado personal de un hijo lo ejerza otro familiar.

Quiero hacer 2 comentarios en este punto: el primero es el hecho (que puede resultar sorprendente) del alto porcentaje de cuidado personal de los hijos que ejercen los padres, en relación a las madres, producto de los acuerdos en audiencia preparatoria de juicio. El comentario va en el sentido de que ésta realidad no es considerada por la ley civil, que con criterios machistas y de larga data histórica (arraigada en nuestras costumbres) ve en la madre el cuidado personal óptimo de un hijo.

⁵⁰ Recordemos que la jurisprudencia estudiada del año 2005 es de los meses octubre a diciembre, en razón de que en octubre, según la ley, entran en vigencia los Tribunales de Familia. Por otra parte, la jurisprudencia estudiada del año 2007 es recolectada sólo hasta el mes de mayo, debido a que hasta esa fecha había procesos relativos al cuidado personal de los hijos con sentencia definitiva, en relación a la época en que se tuvo acceso al Tribunal de Familia y a la recopilación jurisprudencial.

El segundo comentario se relaciona con la idea de “tuición compartida”. Siguiendo a GOMEZ⁵¹ podemos decir que “la ley no planteó la posibilidad de que el cuidado del niño sea ejercido, en forma alternativa o rotativa, por los padres en igualdad de condiciones, en lo que se llama tuición compartida o guarda alternada”. Dicha postura es obvia, y nace de la sola lectura de las normas relativas al cuidado personal de los hijos. Considero que el antiguo Código Civil, nuevamente se ve modificado por la moderna forma de aplicar el derecho que establece la ley que crea los Tribunales de Familia, y que mediante los acuerdos entre las partes, permite crear una institución no considerada por su normativa.

Centrado ahora en las 12 conciliaciones entre padres y otros familiares podemos decir que:

En 8 acuerdos se decide que el cuidado personal del menor lo ejercerá sus abuelos.

En 2 acuerdos se decide que el cuidado personal del menor lo ejercerá su madre.

En 1 acuerdo se decide que el cuidado personal del menor lo ejercerá una hermana.

En 1 acuerdo se decide que el cuidado personal del menor lo ejercerá una tía.

En definitiva, y de acuerdo a lo dicho en páginas anteriores, claramente la práctica judicial, fundamentada en normas procesales, crea una nueva vía de otorgamiento del cuidado personal de un menor, en que las partes participante de un acuerdo, van más allá de los padres de un niño, niña o adolescente.

Si bien, estos acuerdos están lejos de ser una fuente de conocimiento jurídico, llaman a concluir que son la regla general en materia de cuidado personal de los hijos, y que no considerarlos en esta investigación hubiera sido un error, ante los objetivos de conocer la realidad valdiviana en torno a como funciona el derecho, en relación al cuidado personal de los hijos.

A continuación se presentan algunos ejemplos de conciliaciones que ponen término al proceso de cuidado personal de un hijo:

C-86-2006: Valdivia, Ocho de Septiembre de Dos Mil Seis

VISTOS Y OIDOS: Que los comparecientes Judith Irene y don Gumersindo Rodrigo, han llegado al siguiente acuerdo: **Primero:** Que son padres de la niña Scarlett Judith de 08 años de edad. **Segundo:** Que a partir de esta fecha el cuidado personal de la niña corresponderá al padre don Gumersindo Rodrigo por lo tanto la niña vivirá con su padre. **Tercero:** En cuanto a la relación Directa y Regular a que tiene derecho la madre con su hija, ésta se realizara los fines de semana por medio, partiendo este fin de semana desde el día viernes 08 de Septiembre en que la retirará del hogar paterno a las 19:00 horas y la retornará el día domingo 10 del mismo, a las 15:00 horas y así sucesivamente. **Cuarto:** Se ordena que la niña sea ingresada al Programa de Reparación de Maltrato Grave del

⁵¹ Gómez, M. , *El sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago, Chile, año 2007, p. 146.

Proyecto Ayelen, oficiase para tales efectos, asimismo se ordena que el padre de la niña, don Gumersindo Rodrigo Catalán Jerez, sea ingresado a un programa de intervención breve en el C.T.D. Ambulatorio de esta ciudad con la finalidad de potenciar y facilitar el proceso de incorporación y ajuste de la niña al hogar. El Tribunal tiene por aprobado el acuerdo al que han llegado las partes, el que tiene el valor de una sentencia judicial ejecutoriada. Las partes quedan personalmente notificadas de lo resuelto.

C-280-2006: Valdivia, Dos de Febrero del Dos mil seis.

VISTOS Y OIDOS: Que los comparecientes Fernando y Claudia, han llegado al siguiente acuerdo: **Primero:** Que son padres de la niña Constanza, nacida el 11 de Febrero del año 2000, de 5 años de edad, estudiante que se encuentra al cuidado de la madre. **Segundo:** Que el padre Fernando proporcionara una pensión alimenticia a favor de su hija ya individualizada en la suma ascendente a \$40.000, mensuales reajustables de acuerdo al ingreso mínimo legal mensual incrementado, la pensión alimenticia fijada comenzará a regir a partir del mes de Marzo del año en curso, mediante un deposito en la cuenta de ahorro a la vista que la solicitante ya tiene en el Banco Estado de esta ciudad y cuyo número es conocido por el alimentante; Pensión que será depositada entre los días 10 y 15 de cada mes. **Tercero:** Además el alimentante todos los años le comprara los útiles escolares y el Uniforme a su hija. **Cuarto:** En cuanto a la relación directa y regular a que tiene derecho el padre, se regula de la siguiente manera: Vacaciones de Verano, la niña pasará un mes con cada padre alternando el mes, es así como en el año 2006, al padre le corresponde Febrero, en el 2007, le corresponde al padre Enero y así sucesivamente, el año que al padre le corresponda Enero podrá retirar a su hija el 30 de Diciembre para pasar el año nuevo juntos; Vacaciones de Invierno, una semana con cada padre y 18 de Septiembre, optativo según los días feriados y si es conveniente o no viajar, para lo cual los padres se contactaran telefónicamente. En cada período madre y padre asumirán el costo de pasajes uno de ida y el otro de vuelta, o sea compartirán los gastos. El Tribunal tiene por aprobado el acuerdo al que han arribado las partes, el que tiene el valor de una sentencia judicial ejecutoriada. Regístrese, anótese, dese copia si se solicita y archívese oportunamente.

C-867-2006: Valdivia, veintidós de Septiembre de dos mil seis.-

ACTA DE CONCILIACIÓN: En cuanto al cuidado personal del niño Yerko, nacido el 10 de Febrero de 2002, se continuará ejerciendo de la forma establecida en la Causa Rit P-66-2005 de este Juzgado de Familia, esto es, se mantendrá la tuición compartida. El padre proporcionará una pensión alimenticia en favor de su hijo Yerko en la suma de \$ 20.000.- mensuales, por los meses de Octubre y Noviembre del presente año. Desde el mes de Diciembre del año 2006, la suma se aumentará a la cantidad de \$30.000.- mensuales, depositada entre los días 20 y 25 de cada mes. La pensión alimenticia deberá ser depositada en la libreta de ahorro a la vista Banco Estado.

El Tribunal tiene por aprobado el acuerdo a que han llegado las partes, en todo lo que no sea contrario a derecho.

Las partes quedaron personalmente notificadas de lo resuelto. Anótese, dese copia si se solicita y archívese oportunamente.

Capítulo V. Los criterios de equidad en la resolución del Juez de Familia ¿existencia o inexistencia?

Tan solo con la lectura de la investigación desarrollada, uno puede visualizar una aplicación del derecho que podemos calificar como “especial”, en relación a otras áreas de la práctica jurídica. Dicha idea la podemos ejemplificar en cuestiones como la estructura de la sentencia que otorga el cuidado personal de un hijo, el desapego al texto de la ley en razón de la protección a la maternidad, en relación a lo estudiado sobre la inhabilidad para ser padres, el valor de la colaboración como principio del procedimiento ordinario ante los Tribunales de Familia y el inmenso valor de los hechos en juicio, en relación con el derecho aplicable.

En base a ello podemos afirmar, en principio, lo siguiente: existen criterios de equidad en la resolución del Juez de Familia, en materia de cuidado personal de los hijos y dicha situación vulnera la seguridad jurídica.

Nos debemos detener en la primera parte de esta afirmación; haciendo un matiz. Sostendremos que existe un criterio de equidad (y no criterios de equidad) en la resolución del Juez de Familia en materia de cuidado personal de los hijos. Dicho criterio de equidad es dar a cada uno lo que merece en relación a los particulares hechos del caso, con eventuales desapegos al texto de la ley y, por tanto, con la construcción de una decisión judicial poco predecible y variable, en la aplicación de una misma norma.

Esta idea se observa, claramente, en la protección a la maternidad que realiza el Juez de Familia, al buscar la inhabilidad de la madre en el proceso de cuidado personal de un hijo. No encontrar dicha inhabilidad es proteger el hecho de ser madre; es ese hecho que prima sobre el texto de la ley, y, en ese hecho, se visualiza la idea de dar a cada uno lo que se merece. La maternidad es un proceso que acepta errores; la opción correcta de acuerdo a nuestra judicatura es la corrección de esos errores, antes de cambiar al titular del cuidado personal de un hijo. Dar a cada uno lo que merece es dar a la madre una oportunidad de enmendar los errores que cometió en el desarrollo del cuidado personal de su hijo, sencillamente porque lo merece en razón del hecho de ser madre.

También la idea de dar a cada uno lo que merece en razón de los hechos, se visualiza en aquellas instancias en que se regulariza el cuidado personal de un menor. En dichas situaciones es la realidad la que se superpone a la ley, y en base al bienestar del menor, se opta por mantener el régimen de cuidado personal en personas diferentes a los padres, con independencia de la existencia de los mismos. Así, la causa C-2370-2006 opta por mantener como titular del cuidado personal del menor a la abuela paterna en desmedro de la madre, sin configurar en ésta una

inhabilidad. Por tanto es la realidad la que fundamenta la decisión del juez; la realidad hace que la abuela merezca mantener el cuidado personal del menor, con independencia de las reglas legales.

Ahora, pasando al tema de la seguridad jurídica, podemos decir que existe vulneración a la seguridad jurídica en la tipificación de las normas relativas al cuidado personal de los hijos y en la aplicación de dichas normas, ello en razón de una técnica legislativa con variados conceptos jurídicos indeterminados y una técnica judicial de justicia caso a caso en base a hechos más que a derecho.

Pero podemos ir más allá; asumiendo que el Derecho de Familia es más que derecho, en razón de que la aplicación de éste derecho se ve complementada en el sistema actual de justicia de familia, con otras ciencias y opiniones ajenas a lo jurídico, tales como las ciencias sociales y la psicología (Ya hicimos referencia a la existencia del Consejo Técnico como órgano auxiliar el Juez de Familia; dicho Consejo Técnico está conformado principalmente por Asistentes Sociales y Psicólogos), y en razón de ello la previsión de resultados en juicio es más difícil aún, puesto que la persona se encuentra ante una norma indeterminada, aplicada con criterios variables y fundamentada en hechos sociales o psicológicos hechos por expertos. Ejemplificando esta idea, un padre, que demanda a la madre el cuidado personal de un hijo no va a conocer el contenido de la norma aplicada, no va a entender la aplicación de la norma (comparando dicha aplicación con casos similares de diferentes resultados) y no prevé que determinada conducta o determinado actuar puede ser considerado como importante por los profesionales del área social y como nociva para el eventual cuidado personal en disputa. (Por ejemplo una depresión no diagnosticada, ciertos conflictos de personalidad o poca tolerancia al fracaso).

Por último creo que la seguridad jurídica se ve atacada también por el especial conflicto de familia. Invito a asumir aquí la existencia de ciertos tintes sentimentales en el conflicto de familia, que considero también pueden tener cierta injerencia en la aplicación del derecho.

En definitiva, la vulneración a la seguridad jurídica es una realidad; que sostengo tiene una discutible gravedad. La razón de esta reflexión es una constante en los postulados de esta investigación; estamos ante un conflicto especial, que aplica el derecho de forma especial. Si a eso agregamos la ideas de comparecencia personal de las partes, evitación de tecnicismos jurídicos en la escrituración de la sentencia y mínimos porcentajes de apelación de las resoluciones (además de recordar la gran cantidad de conflictos solucionados en base a conciliaciones), nos damos cuenta que la vulneración a la seguridad jurídica es una observación que realiza el ojo técnico del jurista, pero que es una realidad aceptada por la sociedad, en razón a la solución entendible (e incluso rápida y efectiva) a un conflicto.

Quiero volver a la ley que crea los Tribunales de Familia y reflexionar en torno a un punto relevante para nuestro estudio. El artículo 65 de la ley en comento se refiere a la sentencia, como parte final de la audiencia de juicio en el procedimiento ordinario. Dicho artículo establece que el juez comunicará de inmediato su resolución (a las partes) indicando los fundamentos principales tomados en consideración para dictarla. El texto de la sentencia, y su redacción, es conocido por las partes en un plazo máximo de cinco días, ampliables por otros cinco en base a razones fundadas.

En resumen, la fundamentación en derecho de la sentencia es un proceso posterior a la decisión, puesto que al centrarse el desarrollo de la audiencia y la exposición de las pruebas en los hechos (que recordemos son el fundamento de la demanda), en base a ello fundamenta el juez.

Estamos en definitiva, ante la una decisión primaria en hechos que luego se fundamenta en el derecho. Ahora, siempre esos hechos se adecuan al derecho, pero con criterios variables; inhabilidad, interés superior del menor, realidad, opinión del menor, todas estas opciones, sólo algunas, etc.

Siguiendo a BERIZONCE diremos que el Juez de Familia, en el proceso que otorga el cuidado personal de un hijo es un “juez activista” (diferenciándolo de un juez activo): “Activo significa protagónico, por su virtud de obrar, operante, actuante, ejecutante, y además dinámico. Por el contrario, pasivo implica inactivo por su quietud e indiferencia. “Activista”, en cambio, denota no una cualidad puramente mecanicista o física, cual sería la activación o la diligencia, sino un sentido mucho más profundo que deriva del actuar activo pero, además aderezado a la obtención de una finalidad en la que predominan los valores fundamentales. El juez que pronuncia sus decisiones y cumple sus deberes funcionales diligentemente dentro de los plazos legales, podrá ser considerado activo, ser “activista” si, además, a partir de una visión progresista, evolutiva, reformadora, sabe interpretar la realidad de su época y le confiere a sus decisiones un sentido constructivo y modernizador, orientándolas a la consagración de los valores esenciales en vigor⁵².

Terminaré este capítulo con la siguiente frase. Existe un criterio de equidad en la resolución del Juez de Familia que otorga el cuidado personal de un hijo. Dicho criterio de equidad es dar a cada uno lo que merece en razón a los particulares hechos del caso y dando preponderancia a estos hechos, incluso sobre el derecho. Dicha situación produce inseguridad jurídica, lo que es un mal necesario en razón de la solución a un conflicto especial.

⁵² Cfr. Berizonce, R. , Monografía, en http://www.legalmania.com/rincon_envidia/uzos8.htm#6

Conclusiones

1. Al confrontar las normas relativas al cuidado personal de los hijos con los requisitos que la doctrina establece para la existencia de seguridad jurídica en un ordenamiento legal, concluimos que la legislación nacional no da respuesta óptima a estos requisitos, y por tanto no hay una correcta protección de tan importante principio general del derecho.
2. Si bien existen normas relativas al cuidado personal de los hijos, que respetan las jerarquías normativas y que gozan de estabilidad en el tiempo, son normas poco claras, al ser configuradas con variados conceptos jurídicos indeterminados, al no dar solución a supuestos de hechos no considerados por la norma y al no permitir prever los efectos jurídicos de determinada conducta.
3. El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, así lo reconoce la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de alzada reseñada en esta investigación.
4. La jurisprudencia valdiviana no hace alusión a la indeterminación del concepto interés superior del menor y, más aún, no ve en este concepto un tema clave en la resolución de un conflicto relativo al cuidado personal de los hijos, al considerarlo solamente en 5 causas de un total de 23.
5. En los casos en que la jurisprudencia valdiviana considera el concepto interés superior del menor, no se hace un tratamiento unívoco del concepto, ya que en ciertas ocasiones se le dota de contenido en el caso concreto y en otras ocasiones no; configurándose así una nueva vulneración a la seguridad jurídica.
6. El hecho de que el interés superior del menor no se exteriorice en el texto de la jurisprudencia estudiada, no implica que el juez olvide actuar en protección del interés superior del menor.
7. Importante es para la solución del conflicto relativo al cuidado personal de un hijo, en la jurisprudencia valdiviana, el concepto de habilidad e inhabilidad para ser padre.
8. La jurisprudencia valdiviana, al solucionar conflictos relativos al cuidado personal de los hijos, en base al idea de inhabilidad para ser padre realiza un ejercicio argumentativo de discutido fundamento legal, puesto que de acuerdo a lo sostenido en esta investigación se aplica una norma civil (artículo 226 del Código Civil) a un supuesto erróneo. La jurisprudencia mayoritaria busca construir una inhabilidad del padre para sancionarlo y cambiar el titular del cuidado personal, dejando de lado los supuestos de maltrato, descuido u otras causas calificadas que establece el artículo 225 del Código Civil, y que son los temas a discutir en una demanda entre padres por el cuidado personal de un hijo.

9. Si bien la aplicación del derecho recién expuesta no es la óptima de acuerdo al texto de la ley, y es una nueva instancia de vulneración a la seguridad jurídica, la consideramos una aplicación del derecho acorde a los deseos sociales de protección a la maternidad y protección a los intereses del menor, en orden a que un padre hábil, procurará la protección del interés superior del menor. En definitiva la idea de habilidad, es también una protección judicial a los intereses en comento.

10. La opinión del menor en el proceso de cuidado personal es un ámbito que la jurisprudencia valdiviana considera de manera significativa, aunque dicha consideración no es obligatoria para el juez. Por otra parte y que de acuerdo a lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Valdivia la opinión del menor hecha en sede extrajudicial tiene valor en juicio.

11. La ley que crea los Tribunales de Familia, en base a su principio de colaboración, crea una nueva forma de otorgar el cuidado personal de un hijo a sus padres, no contemplada en el Código Civil, cual es la conciliación en audiencia preparatoria de procedimiento ordinario relativo al cuidado personal de los hijos.

12. La conciliación en audiencia preparatoria de procedimiento ordinario relativo al cuidado personal de los hijos, es la regla general de solución, en torno a los conflictos derivados por esta competencia del Tribunal de Familia. Así ha quedado demostrado con el amplio porcentaje de conciliaciones en audiencia celebradas el año 2006, en relación a los procesos que terminan con sentencia en audiencia de juicio.

13. La resolución judicial que otorga el cuidado personal de un hijo, da mayor importancia a los hechos que al derecho, siendo ello una característica de la actual justicia de familia, que queda claramente graficado en la forma como se inicia el procedimiento ordinario ante los tribunales de familia, al demandar solo fundamentando en hechos y no en normas jurídicas.

14. Existe una consideración de equidad en la resolución del Juez de Familia en materia de cuidado personal de los hijos, cual es dar a cada uno lo que merece en razón a los particulares hechos del caso, subordinando el derecho a los hechos; por tanto la hipótesis de esta investigación es parcialmente correcta.

15. Si bien las normas relativas al cuidado personal de los hijos y su aplicación implican falta de seguridad jurídica, ello no se visualiza como un problema para los destinatarios directos de las normas, a diferencia de lo que sucede con los teóricos del derecho.

Bibliografía

1. Abeliuk, R. , *La filiación y sus efectos*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, Primera Edición, Santiago, Chile, año 2000.
2. Accatino, D. , “La seguridad jurídica” en Materiales de estudio, Introducción al Derecho, Universidad Austral de Chile, año 2007, p.1
3. Berizonce, R., Monografía, en http://www.legalmania.com/rincon_envidia/uzos8.htm#6
4. Cillero, M. , “El interés superior del niño en el marco sobre la Convención Internacional sobre Derechos del Niño” en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, N° 1, Santiago, Chile, año 1999. p.p. 45-62.
5. Corral, H. , “Claves para entender el Derecho de Familia contemporáneo” en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 29 N° 1, Santiago, Chile, año 2002. p.p. 25-34.
6. Cousó, J. “El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído” en *Derecho de Familia e Infancia, Seminario Internacional Academia Judicial de Chile*, Santiago, Chile, año 2005. p.p. 7-20.
7. Gazmuri, C. , “Ley 19968 que crea juzgados de familia; comentarios acerca de sus aspectos principales” en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3, Santiago, Chile, año 2004. p.p. 235-245.
8. Gómez, M. , “El interés del Menor”, en *Gaceta Jurídica de los Tribunales*, N° 238, abril, 2000. pp. 23 a 26.
9. Gómez, M. , *El sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago, Chile, año 2007, p. 47.
10. Lathrop, F. , *Cuidado Personal de los hijos. Análisis de la Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia*. Editorial PuntoLex, Primera Edición, Santiago, Chile, año 2006.
11. Lathrop, F. , “El derecho del niño a ser oído” en Urrejola B. (coord.), *Instituciones de Derecho de Familia*, Editorial LexisNexis, Primera Edición, Santiago, Chile, año 2004. p.
12. Olave, I. , “Tuición e interés superior del niño. Estudio empírico en el juzgado de menores de Valdivia”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2004.
13. Pérez, E. , “Seguridad Jurídica” en Materiales de estudio, Introducción al Derecho, Universidad Austral de Chile, año 2002.
14. Ramos, R. , *Derecho de Familia. Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile, Quinta Edición, Santiago, Chile, año 2005.
15. Rivero, F. , “Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos, Comentario de la STC 141/2000 de 29 de mayo” en Materiales de estudio, Magíster Derecho U.A.Ch. 2006, p.272.
16. Roca, E. , “*Familia y cambio social (De la casa a la persona)*”. Civitas Ediciones, Madrid, España, 1999, p.216.

17. Schmidt, C. , “De las relaciones parentales conforme al nuevo estatuto filiativo” en Urrejola B. (coord.), *Instituciones de Derecho de Familia*, Editorial LexisNexis, Primera Edición, Santiago, Chile, año 2004. p.p. 35-144.
18. Toledo, P. , “Derechos Humanos y Tuición, Anuario de Derechos Humanos 2005” en <http://www.anuariodh.uchile.cl/anuario1/14derechos-humanos-tuicion.pdf>.
19. Turner, S. , “Jurisprudencia comentada: Sentencia sobre determinación del cuidado personal de los hijos menores (Corte de Apelaciones de Santiago)”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, volumen 17, Valdivia, Chile, año 2004. p.p. 273-278.
20. Turner, S. , “Los Tribunales de Familia” en *Revista Ius et Praxis*, volumen 8 N° 2, Talca, Chile, año 2002. p.p. 413-443.
21. Tapia, M. , *Código Civil, 1855-2005. Evolución y Perspectivas*. Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago, Chile, año 2005.
22. Undurraga, V. , “Interés superior del niño y tuición de la madre o padre homosexual” en www.unicef.cl/archivos_documento/192/revista%20derechos%203_4.pdf.
23. Vargas, M. , “Nueva ley de tribunales de familia” en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3, Santiago, Chile, año 2004. p.p. 247-254.