

Procedimiento aplicable a los juicios que versen sobre el cuidado personal de los hijos

Fernando José Rabat Celis

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Introducción

Hemos sido testigos, tanto por la profusa información aparecida durante el último tiempo en los medios de comunicación social, así como por la experiencia adquirida en nuestro ejercicio profesional, que en la actualidad la judicatura de menores, salvo honrosas excepciones, se encuentra sumida en una profunda crisis.

Creemos encontrar una de las causas de dicha crisis en las diversas reglas aplicables al procedimiento que rigen las materias en que intervienen menores de edad, siendo de admitir que el procedimiento, en general, está recogido principalmente en la Ley 16.618, publicada en el Diario Oficial de fecha 8 de marzo de 1967.

Estimamos que la Ley 16.618, en lo que se refiere a la concesión y ejercicio de los recursos procesales, es tremendamente restrictiva, lo cual impide que los Tribunales Superiores de Justicia ejerzan, durante la tramitación del pleito, un control constante y efectivo respecto de la corrección del procedimiento y de la legalidad de las resoluciones que durante él se dictan, quedando en general reducida la competencia de nuestras Cortes a conocer de los procesos sólo una vez que se ha dictado sentencia definitiva en ellos.

Como de costumbre ocurre en nuestro país, se ha planteado que la solución a los problemas que aquejan a la judicatura de menores se encuentra en una modificación legislativa, especialmente en la creación de los llamados Tribunales de Familia. Si bien estimamos que tal cambio será profundamente beneficioso, no nos cabe duda que para verlo en funcionamiento deberemos esperar aún varios años más.

En razón de lo anterior, creemos que una solución real a las dificultades que se perciben en los procedimientos de menores, **al menos en lo que se refiere al cuidado personal de los hijos**, se encuentra en una interpretación judicial correcta del artículo 227 inciso 1° del Código Civil, la que será precisamente la tesis que plantaremos en este artículo.

Situación actual del procedimiento en los juicios de menores

En general, a aquellos asuntos que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 26 de la Ley 16.618, sean de competencia de los jueces de letras de menores, se les aplicará el procedimiento contemplado en los artículos 34 y siguientes de la misma ley.

Existen, en todo caso, algunas excepciones, como son, a modo de ejemplo, el procedimiento referido a la adopción, conforme lo dispone la Ley 19.620, o los asuntos regidos por la Convención Internacional sobre Aspectos Civiles del Secuestro de Niños, y la regulación del derecho a mantener una relación directa y regular del menor con sus padres, de acuerdo a lo dispuesto por el actual artículo 48 bis de la Ley 16.618.

En síntesis, dispone el artículo 34 de la referida ley que **en los asuntos contenciosos** se aplicará el procedimiento sumario señalado en el Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil, con las siguientes modificaciones:

1. El comparendo de estilo y la prueba de testigos tendrán lugar el día y hora que señale el tribunal;
2. No puede decretarse la sustitución del procedimiento conforme a las normas del juicio ordinario;
3. La sentencia definitiva sólo debe contener los requisitos que para las sentencias interlocutorias exige el artículo 171 del Código de Procedimiento Civil;
4. Las notificaciones se practicarán, en forma en general, por el secretario del tribunal o por carta certificada;
5. La prueba será apreciada por el juez en conciencia, gozando, además, de amplias facultades para requerir todo tipo de información; y
6. Sólo son admisibles los recursos de queja y de apelación en contra de la sentencia definitiva. Además, es procedente el recurso de reposición cuando la resolución tenga la naturaleza jurídica de un auto o de un decreto.

Para aquilatar debidamente los problemas e injusticias que acarrea la aplicación de este procedimiento, señalaré a continuación sólo tres ejemplos

que, a mi juicio, ilustrarán al lector, con toda claridad, en la necesidad de los cambios jurisprudenciales que proponemos.

Estos ejemplos son:

1. Por aplicación del artículo 37 de la Ley 16.618, sólo son objeto de recursos procesales en un juicio de menores, los decretos, los autos y las sentencias definitivas, **dejando a las sentencias interlocutorias que, entre otros efectos, establecen derechos permanentes a favor de las partes**, como resoluciones dictadas en única instancia, sin que siquiera se pueda solicitar a quien la dictó que la revise.

2. La Excma. Corte Suprema, en una jurisprudencia actual, a nuestro juicio del todo errada, ha resuelto que son inadmisibles los recursos de queja intentados en contra de una sentencia pronunciada por las Cortes de Apelaciones en materia de menores, no obstante haber texto expreso de ley que concede el recurso y de haberse concedido a una de las salas especializadas de la Corte Suprema el conocimiento de dichos recursos.

3. En los juicios sobre entrega de un menor, se puede producir una situación altamente perjudicial para los intereses de éste. En efecto, en estos procesos se demanda la entrega de un niño quien se encuentra bajo el cuidado de una persona determinada. Si el tribunal accede a la demanda, el menor deberá ser entregado al actor, pudiendo el demandado deducir recurso de apelación, el que se concederá **sólo en lo devolutivo** (artículo 37 inciso 2° de la Ley 16.618). Si, luego, la Corte de Apelaciones, conociendo del recurso, **revoca la sentencia definitiva**, entonces el menor **tendrá que volver al cuidado del demandado**.

De esta manera, en esta clase de procedimientos, puede ocurrir que un menor –pensemos en un infante– puede cambiar, en virtud de una decisión judicial, a lo menos en tres oportunidades la persona que lo tenga a su cuidado, con graves consecuencias para su integridad psíquica.

En resumen, queda de manifiesto que el procedimiento contemplado en la Ley 16.618, lejos de satisfacer el interés superior del niño y de respetar el debido proceso, ocasiona una serie de iniquidades que, como lo diremos a continuación, a nuestro entender pueden ser rectificadas, al menos en lo que se refiere al cuidado personal de los hijos.

Procedimientos aplicables a los asuntos que versen sobre el cuidado personal de los hijos

Estimamos que en los juicios relativos a la tuición o al cuidado personal de los menores, **el procedimiento aplicable es el juicio sumario contenido en los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y no el procedimiento sumario con las modificaciones incorporadas por los artículos 34, 35, 36 y 37 de la Ley 16.618.**

En apoyo de esta tesis, se encuentran los argumentos que señalamos a continuación:

I. La especialidad

1. En aquellas materias que son de competencia de un juez de menores, conforme lo dispone el artículo 34 inciso 2° de la Ley 16.618, y siempre que se trate de un asunto contencioso, deberá aplicarse el procedimiento sumario, con las modificaciones expresadas en el mismo cuerpo legal.

Es ésta la **regla general** aplicable a todos aquellos asuntos en que exista controversia y que sean de competencia de los Tribunales de Menores, salvo que en otra ley se disponga un procedimiento especial.

2. En lo que se refiere al cuidado personal de los hijos, existe una **regla particular o especial** y, por lo tanto, **ella es aplicable con preferencia** a lo dispuesto en los artículos 34 a 37 de la Ley 16.618, conforme lo ordena el artículo 13 del Código Civil.

En efecto, el artículo 227 inciso 1° del mismo Código, modificado por la Ley 19.585, que entró en vigencia en el mes de octubre de 1999, dispone: "En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez conocerá y resolverá breve y sumariamente, oyendo a los hijos y a los parientes".

3. El artículo 227 recién transcrito, como se dijo, contiene una **regla especial**, tanto en lo relativo a la **materia**, como en lo que dice relación con el **procedimiento aplicable** a los asuntos en que se trate del cuidado personal de los hijos, reglas que lo distinguen de los demás pleitos en que interengan menores de edad.



A. Especialidad en cuanto a la materia

1. El artículo 227 se aplica sólo *“a las materias a que se refieren los artículos precedentes”*.

La referencia a *“los artículos precedentes”* debe entenderse hecha a los artículos 224 a 226 del Código Civil, esto es, precisamente, a todo lo relativo al cuidado personal del menor, a qué se extiende éste y quién lo ejerce. Es decir, todos los demás asuntos relativos a los menores, tales como el derecho a mantener una relación directa y regular con los padres, la autorización para salir del país, el derecho de alimentos, etcétera, no están incluidos entre las materias contenidas en el artículo 227 y, por lo tanto, como se dirá más adelante, ellas sí se tramitan conforme el procedimiento establecido por la Ley 16.618.

2. A la misma conclusión –en cuanto a la especialidad de la materia a que se refiere el artículo 227 inciso 1° del Código Civil– se llega si en su interpretación se recurre a la historia fidedigna del establecimiento de la disposición, toda vez que:

a. El artículo 226, vigente con anterioridad a la reforma de la Ley 19.585, disponía que *“el juez procederá para todas estas resoluciones breve y sumariamente, oyendo a los parientes”*.

La expresión *“estas resoluciones”* estaba referida a los antiguos artículos 222 a 225 del Código Civil, los que regulaban el cuidado personal y la crianza de los entonces hijos legítimos.

b. En la tramitación del proyecto de la Ley 19.585¹, específicamente en su discusión en el Senado de la República, el actual artículo 227 estaba redactado en los términos siguientes: *“El juez procederá en los asuntos relativos al cuidado personal de los hijos, breve y sumariamente”*.

De lo anterior, se sigue con toda claridad que la intención del legislador fue que el artículo 227 inciso 1° sólo fuera aplicable a aquellas materias que dijeren relación con la comúnmente llamada tuición de los hijos.

En suma, queda demostrado que el artículo 227 del Código Civil, en cuanto a la materia que él regula, *es una norma especial*, ello porque sólo rige y se aplica a aquellos asuntos relativos al cuidado personal de los hijos, y no en los demás asuntos en que intervengan o tengan interés los menores de edad.

¹ Diario de Sesiones del Senado, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, sesión número 12ª, página 1650.

B. Especialidad en cuanto al procedimiento

1. El artículo 34 de la Ley 16.618 establece el *procedimiento general* aplicable a todos los juicios de menores. Cuando en estos procesos existe legítimo contradictor, entonces se aplica el procedimiento sumario con varias modificaciones, como son aquellas ya referidas y que dicen relación con la prueba testifical, la fecha del comparendo de estilo, las notificaciones, los medios de prueba y la interposición de los recursos procesales.

2. En cambio, el artículo 227 del Código Civil establece un *procedimiento especial*, distinto al anterior, aplicable sólo en aquellos pleitos en que lo discutido diga relación con el cuidado personal del menor.

3. Para proceder del modo recién señalado, debemos tener en consideración los siguientes antecedentes:

a. El artículo 227 señala que *"el juez conocerá breve y sumariamente"*.

A este respecto, el profesor Mario Casarino² enseña que el legislador, entre las fórmulas que emplea para dar a entender que **desea que una determinada acción se ventile de acuerdo con el procedimiento sumario, se encuentra justamente aquella en que se ordena proceder breve y sumariamente.**

De este modo, el legislador ha utilizado en forma precisa la expresión "breve y sumariamente", queriendo significar con ello únicamente que estos asuntos deben tramitarse y resolverse conforme a las normas del juicio sumario y no otras.

b. Para sustentar la afirmación anterior, basta con examinar el artículo 680 número 1 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone que "el procedimiento de que trata este Título... deberá aplicarse, además: N° 1: **A los casos en que la ley ordene proceder sumariamente, o breve y sumariamente, o en otra forma análoga**".

Nótese, desde ya, que esta disposición está redactada en términos *imperativos*, ya que utiliza los vocablos "*aplicará*" y "*deberá*", de manera tal que cuando el legislador emplea la expresión "breve y sumariamente", debe el juez, en forma necesaria, aplicar el procedimiento sumario a la materia de que se trate.

² *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*, Mario Casarino Viterbo, 4ª edición actualizada, tomo V, año 1985, página 48.

Por otro lado, el inciso 1° del artículo 680 en comento, establece la regla general en cuanto a la aplicación del procedimiento sumario, en el sentido de que éste tendrá lugar en “los casos en que la acción deducida requiera por su naturaleza, tramitación rápida para que sea eficaz”. El mismo inciso 1° contiene una excepción, en orden a que no se recurrirá al juicio sumario cuando exista “una regla especial”.

Es importante destacar que la excepción referida, cuya interpretación debe ser restrictiva, sólo tiene lugar cuando se trata de la regla general contenida en el inciso 1° del artículo 680 precitado y **no respecto de las demás situaciones enumeradas en dicha norma**, por lo que sería errado concluir que el procedimiento establecido en los artículos 34 a 37 de la Ley 16.618 es precisamente un caso de excepción al artículo 680 tantas veces referido.

c. El mismo artículo 227 inciso 1° del Código Civil dispone que el Juez “*deberá oír a los hijos y a los parientes*”.

De este modo, la llamada audiencia de parientes se establece como un **trámite esencial** en los juicios de tuición.

Pero, a su vez, importa una **variante radical** respecto de los demás juicios regidos por los artículos 34 a 37 de la Ley 16.618, **ya que en ninguna de estas disposiciones el legislador estableció la audiencia de parientes**, ni como trámite esencial ni como simple diligencia de prueba. Así las cosas, es posible colegir que al establecerse la audiencia de parientes como un trámite obligatorio en los juicios de tuición, lo que el legislador persigue es alterar las normas de procedimiento contenidas en la Ley 16.618.

Por otro lado, el **artículo 42 del Código Civil** señala quiénes se entenderán comprendidos dentro del concepto de parientes y la forma en que ellos serán citados, *remitiéndose a este respecto a las normas del Código de Enjuiciamiento Civil* y, en particular, al artículo 689 del Código de Procedimiento Civil, el que determina la forma en que se citará a los parientes.

Nótese a este respecto, que el **artículo 689 precitado se encuentra incluido precisamente dentro del Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil**, el que se refiere justamente al juicio sumario, con lo cual aparece con toda nitidez que es éste el procedimiento a que deben sujetarse los conflictos a que dé origen el cuidado personal de un hijo.

4. En consecuencia, atendida la especialidad en cuanto al procedimiento, resulta evidente que el legislador ha querido que los juicios sobre el cuidado personal del menor se tramiten conforme a las reglas establecidas

para el **procedimiento sumario "normal"**, ello porque el artículo 227 del Código Civil exige que el juez conozca en forma "breve y sumaria", lo que reconduce esta materia al artículo 680 número 1 del Código de Procedimiento Civil; y porque al referirse el artículo 227 del Código de Bello a la audiencia de parientes, debemos recurrir a lo dispuesto en el artículo 42 del mismo Código, el que nos transporta a lo señalado en el artículo 689 del Código de Procedimiento Civil, ubicado justamente en el título en que se regula el juicio sumario, todo lo cual nos permite obtener una interpretación del artículo 227 en perfecta correspondencia y armonía con las demás disposiciones legales citadas.

5. Confirma el criterio de la especialidad, la circunstancia de que, si bien el Código Civil regula una serie de materias en que tienen interés o que dicen relación con menores, **sólo en el caso del artículo 227 ha señalado el procedimiento aplicable a dicho asunto.**

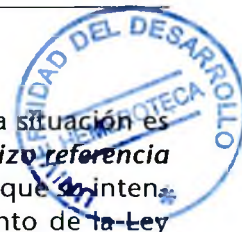
En efecto, a modo de ejemplo, el artículo 229 del Código Civil nada dice respecto de cómo se substanciarán los conflictos surgidos con ocasión del derecho a mantener una relación regular y directa con los padres; ni en los artículos 321 y siguientes del mismo Código se hace referencia alguna al procedimiento a seguir en los juicios de alimentos.

En consecuencia, aparece de manifiesto que respecto al cuidado personal de los hijos, **el legislador ha cambiado la técnica legislativa, ya que sólo en este caso en particular, y no en los demás contenidos en el Código Civil relativos a los menores, ha señalado qué procedimiento se aplicará.** Por ello, el artículo 227 es también especial.

II. Argumento de interpretación lógica

1. El artículo 26 número 1 de la Ley 16.618 señala que a los jueces de menores les corresponderá conocer acerca de **quién ejercerá la tuición de un menor.**

2. A raíz de lo anterior, si no existiera el artículo 227 del Código Civil, no cabría duda que el procedimiento aplicable a los juicios de tuición sería aquel contemplado en la Ley de Menores, **y no habría sido necesario ni tendría sentido el artículo 227** ya referido, toda vez que, como de hecho ocurre en las demás materias relativas a los menores recogidas en nuestro Código Civil, no se habría hecho referencia alguna al procedimiento aplicable, por cuanto, en dichos casos, la intención del legislador fue que ellos se ventilaran conforme al procedimiento de la Ley 16.618.



3. Pero en lo relativo al cuidado personal de los menores la situación es diametralmente distinta, ya **que el legislador expresamente hizo referencia al procedimiento aplicable** a esta materia, de lo cual se sigue que su intención fue precisamente sustraer estos juicios del procedimiento de la Ley 16.618.

4. Es evidente que las diferentes disposiciones de un cuerpo legal deben interpretarse de manera tal que ellas **puedan tener un efecto práctico**. Así, entonces, si llegáramos a la conclusión, errada a nuestro juicio, de que en esta materia el procedimiento aplicable es el de la Ley 16.618, el artículo 227 inciso 1º del Código Civil **no tendría sentido alguno** y, por lo tanto, **esa interpretación debe desecharse desde el momento en que ella nos lleva a un absurdo**.

III. El interés superior del menor

La Ley 19.585 introdujo en forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico civil el principio del interés superior del menor.

Así, desde un punto de vista judicial, el artículo 242 inciso 2º del Código Civil dispone que "en todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo". De este modo, al interpretarse las normas en que estén involucrados menores de edad, debe considerarse, en forma primordial, el interés de éste.

No cabe duda que todos los asuntos en que intervienen menores de edad son relevantes, pero, entre ellos, hay unos más importantes que otros.

Tal vez, el más sustancial sea el referido al cuidado personal de los hijos, ya que éste importa una relación constante y diaria con el menor, que repercutirá en su educación y formación futura.

Es por ello que el legislador ha querido extremar la aplicación del principio del debido proceso y, en particular, la exigencia del racional y justo procedimiento.

Estimamos que **este resguardo que persigue el legislador** se obtiene de mejor manera aplicando a estas materias el **juicio sumario normal**, ya que en éste existe un control constante del Tribunal Superior, por la vía de los recursos procesales, respecto de las actuaciones del inferior, lo que evita la consumación de una serie de actuaciones contrarias a derecho.

Así, por ejemplo, de aplicarse el juicio sumario "normal", la apelación que se deduzca en contra de la sentencia definitiva deberá concederse en ambos efectos, de acuerdo al artículo 691 inciso 1° del Código de Procedimiento Civil; o, en conformidad a la misma norma, podrán interponerse recursos procesales en contra de las sentencias interlocutorias; o deducirse recursos de apelación, en forma subsidiaria, en contra de un auto o de un decreto en los casos en que lo permite el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil.

A mayor abundamiento, el principio del interés superior del menor como elemento de interpretación sistemático se encuentra recogido en una serie de tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes en el país, como son la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (artículos 23 y 34) y el Pacto Internacional de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10), todos los cuales disponen que al menor debe dársele una protección especial, la que, como ha quedado dicho, nos parece que se logra de mejor forma aplicando a esta clase de juicios las normas contenidas en los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

IV. Otros antecedentes

1. Por su versación en los temas planteados en este artículo, nos parece muy ilustrativo citar la opinión de don Eduardo Fuchslocher³. En efecto, este autor sostiene que **son de tal magnitud las modificaciones que introduce la Ley 16.618 al juicio sumario, que en realidad *el procedimiento de la Ley de Menores no puede ser asimilado, bajo ningún aspecto, al juicio sumario.***

Agrega este autor que "las cosas son por lo que en esencia son, y no por el nombre que le da el hombre o la ley. Por mucho que se dijese que tal acción se tramitará conforme al juicio ejecutivo, si la ley cambia sus características esenciales, como la de suprimirle el procedimiento de apremio o de embargo, por mucho que se le caratule de ejecutivo, será cualquier otro procedimiento, menos ejecutivo".

En mérito de lo anterior, se sigue entonces que cuando el artículo 227 del Código Civil utiliza las expresiones "breve y sumariamente", se está remi-

³ *Derecho de Menores*, Eduardo Fuchslocher Petersen, tomo II, año 1970, pp. 277 y 279.

tiendo al procedimiento contemplado en los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y no a la Ley 16.618, ya que esta última ley establece reglas tan especiales, que no puede decirse que ella contemple un procedimiento sumario, sino que, simplemente, la Ley de Menores contempla un proceso "sui géneris", sin forma de juicio rígido, atendida la materia.

2. Por otro lado, el mismo profesor Fuchslocher⁴ sostiene que "la ley de Menores *no ha establecido una forma fija e invariable de procedimiento* que ha de seguirse ante estos tribunales en las diversas materias de que conocen".

En consecuencia, el procedimiento contemplado en la Ley 16.618 **no es único ni imperativo**, ya que nada impide que el legislador, para algunas materias especiales relativas a los menores, como ocurre, por ejemplo, con el cuidado personal de los hijos, establezca un procedimiento diverso que el contemplado en la Ley 16.618, de manera tal de obtener un resguardo más efectivo de sus derechos.

3. Por último, en sus *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, don Luis Claro Solar⁵, al comentar el antiguo artículo 226 del Código Civil, el que disponía que "el juez procederá para todas estas resoluciones, breve y sumariamente, oyendo a los parientes", estima que el origen de esta norma se encuentra en que "el legislador creyó necesario anticiparse a consignarlas aquí, *en silencio de las leyes procesales* que regían a la época de la promulgación del Código Civil".

De esta afirmación del profesor Claro Solar, se sigue que, con la dictación de las diversas leyes de menores y, en particular, con la publicación de la Ley 16.618, se produjo una derogación tácita del artículo 226 del Código Civil, toda vez que esta disposición contiene una regla procedimental que no puede conciliarse o que se contradice con aquella recogida en el artículo 34 de la Ley 16.618.

Si se acepta esta tesis, entonces no cabe duda alguna que con la introducción, por la Ley 19.585, del artículo 227 del Código Civil, se ha producido, sólo en lo relativo a las materias referidas al cuidado personal de los hijos, una derogación tácita, esta vez de los artículos 34 a 37 de la Ley 16.618, por el referido artículo 227 inciso 1° del Código Civil.

⁴ Fuchslocher, op. cit., página 295.

⁵ *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las Personas*, Luis Claro Solar, Editorial Jurídica de Chile, Volumen II, Tomo III, página 178.

Conclusión

En la actualidad, la judicatura de menores pasa por un momento en que son necesarias profundas innovaciones que aseguren de un modo real y efectivo los derechos de quienes se encuentran sujetos a la competencia de dichos tribunales.

En todo caso, con la entrada en vigencia de la Ley 19.585, y, en especial, con la modificación del artículo 227 inciso 1° del Código Civil, es posible salvar en parte los problemas a que nos hemos referido, ello porque en todos aquellos asuntos en que se vea envuelto el cuidado personal de los hijos, el juez de menores deberá aplicar el procedimiento sumario contemplado en los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, con lo que se logrará una participación constante y activa de los Tribunales Superiores de Justicia, quienes, por intermedio de la interposición de los recursos procesales, podrán velar por la corrección del procedimiento y por la legalidad de la resoluciones que durante él se dicten.