

EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR
DEL NIÑO:
ORIGEN, SIGNIFICADO
Y PRINCIPALES MANIFESTACIONES
EN EL DERECHO INTERNACIONAL
Y EN EL DERECHO INTERNO*

THE PRINCIPLE OF SUPERIOR INTEREST
OF THE CHILD:
ORIGIN, MEANING
AND MAIN MANIFESTATIONS
IN INTERNATIONAL LAW
AND IN INTERNAL LAW

*Emilio José Bécar Labraña***

RESUMEN: El presente trabajo tiene como propósito formular un estudio descriptivo y crítico sobre el principio de interés superior del niño, a la luz de la principal normativa, doctrina y jurisprudencia nacional. Se explica en qué consiste este principio, destacar su origen histórico y significado, y sus principales manifestaciones en el derecho chileno. Se presenta una revisión de las principales normas del derecho internacional de los derechos humanos

* El presente manuscrito corresponde a un trabajo presentado y expuesto ante el Curso de Interpretación del Derecho, dictado en el programa de doctorado en Derecho de la Universidad de Talca por la Dra. Liliana Gandámez Z.

Este trabajo fue expuesto en la jornada abierta "Cuestiones contingentes en la justicia de familia", organizada por el programa de Magister en Derecho de la Universidad Católica del Norte, e impartido el 4 de septiembre de 2018. Se agradece la invitación formulada por el subdirector del programa Dr. Christian Scheechler Corona para participar en esta actividad.

** Doctor en Derecho, Universidad de Talca. Licenciado en Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción. Becario Conicyt del Programa de Doctorado Nacional 2017. Jefe de carrera, profesor de Derecho Civil y Derecho Concursal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte. Dirección postal: Larrondo 1281, Coquimbo (Chile). Correo electrónico: emilio.becar@ucn.cl

que tratan sobre el principio de interés superior del niño. Asimismo, se ofrece una revisión crítica acerca del principio, a partir de la revisión del derecho interno e internacional.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del niño, principios jurídicos, sujeto de derecho, derecho internacional.

ABSTRACT: This paper is intended to formulate a descriptive and critical study on the principle of the *best interests of the child*, through the national law, doctrine and jurisprudence. It explains what is this principle, highlighting its historical origin and meaning, and its main manifestations in Chilean law. It contains a review of the main norms of international human rights law that deal with the principle of the best interests of the child. Likewise, a critical review is offered about the principle, based on the review of domestic and international law.

KEYWORDS: Best interests of the child, Legal principles, Subject of law, International law.

“In every child who is born, under no matter what circumstances, and no matter what parents, the potentiality of the human race is born again”.

(James AGEE)

1. INTRODUCCIÓN

El objeto y propósito del mismo consiste en explicar en qué consiste el principio de interés superior del niño, destacar su origen histórico y significado, y sus principales manifestaciones en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho chileno, y cuáles han sido las principales dificultades que genera su comprensión.

Como se pretenderá exponer, el principio en análisis pretende colocar su énfasis en la necesidad de que las instituciones jurídicas de los Estados se orienten en el sentido de brindar respeto y protección a la infancia como, asimismo, tutelar su libre desarrollo espiritual y material, a partir de situar el centro de las principales decisiones existentes en el derecho, en la necesidad de asegurar su protección. La infancia, considerada como el inicio del desarrollo de la existencia humana, debe ser protegida, en el entendido que a través de ello es posible asegurar la adecuada formación de la persona, lo cual tiene importantísimas consecuencias para el desenvolvimiento futuro

de esa infancia, la cual será la que tome las principales decisiones y tenga el protagonismo del futuro de la sociedad.

En consecuencia, se tratarán los principales antecedentes que dieron vida dogmática al principio en estudio (1), y se discutirás la manera en que dicho principio se ha manifestado tanto en el derecho internacional de los derechos humanos (3), como en el derecho nacional (4). Se formularán algunas críticas hacia esta noción y, sobre todo, la aplicación que se ha hecho del mismo (5), cerrando con un conjunto de conclusiones (6).

En la confección del presente trabajo se ha procedido a una recopilación de alguna jurisprudencia nacional e interamericana, que destaca tanto el concepto como los criterios de apreciación y funciones que le son asignados al principio de interés superior del niño. De igual forma, se han recopilado las principales normas internas chilenas que se refieren de manera explícita a este principio¹.

El propósito de esto es revisar críticamente la manera en que ha sido descrito tanto el concepto de interés superior del niño como sus principales funciones, destacando los méritos y las principales críticas que pudieren formularsele.

2. ANTECEDENTES

2.1. *El niño, niña y adolescente en cuanto "persona"*

Todo derecho compete a un sujeto, llamado "persona". La idea de la personalidad, frente al derecho, resulta necesaria para dar una base a los derechos y obligaciones².

Esta importancia clave del fenómeno jurídico se describe desde el derecho romano. Según el jurisconsulto romano Hermogeniano (fines siglo III d.C.), "todo el derecho se ha creado por razón de los hombres"³.

La *persona*, desde el momento del inicio de su existencia y hasta la conclusión de la misma, es sujeto de derecho. De este modo, tiene la calidad de tal cualquiera sea su edad, de modo que en su calidad de tal es sujeto de derechos sin necesidad de contar con una habilitación legal al efecto.

Esta circunstancia queda en evidencia, pensando en el solo caso del derecho chileno, desde el momento que se declara que son personas "todos"

¹ De este modo, el material aquí utilizado solo constituye una muestra, la cual por razones de espacio no es posible profundizar por el formato del presente trabajo.

² ALESSANDRI *et al.* (1998), núm. 490, p. 353.

³ Omne ius hominum causa constitutum est.

los individuos de la especie humana, cualquiera sea, entre otros elementos, su “edad” (art. 55 del CCCh).

Cuando la norma civil señala que es persona “todo” (del latín *totus*), se quiere significar que “se toma o se comprende enteramente en la entidad o en el número”. De este modo, se quiere dar a entender que no hay exclusiones de ningún tipo a la hora de efectuarse este reconocimiento. De este modo, los seres humanos, sin excepción alguna, son personas y, en cuanto tal, titular de derechos y sujeta a obligaciones⁴.

La frase contenida en el art. 55 del CCCh pretende ser extensiva en el propósito de evitar cualquiera clase de distinción de carácter arbitrario. Es por ello que se anuncia que cualquiera “edad” que tenga el ser humano, ya sea muy joven o muy viejo, tiene la calidad inherente de persona. Se es persona desde el primer momento de la existencia de la vida humana hasta su conclusión por causa material o jurídica.

La norma tiene como mérito no condicionar la calidad de persona a algún supuesto acto de reconocimiento oficial por parte del Estado. Se es persona (natural) por el solo hecho de formar parte de la raza humana. En definitiva, el titular de los derechos y obligaciones, el sujeto de derecho, es la persona⁵, sin distinciones.

Esta estructura normativa, cual es el reconocimiento de la personalidad al ser humano, con prescindencia de cualquiera clase de distinción, se va reproduciendo en forma constante en las declaraciones universales de derechos humanos, tratados internacionales y cartas fundamentales.

De este modo, y bajo un prisma de la protección de los derechos fundamentales, se tiene que la tutela de la infancia nace a la par de las manifestaciones constitucionales e internacionales de protección de los derechos humanos. Entendida la cuestión de esta manera, un niño, niña o adolescente es titular de derechos fundamentales por el solo hecho de ser persona y, como tal, sus derechos deben ser reconocidos tanto ante el Estado como frente a la sociedad. De este modo, el niño, niña y el adolescente, así como el mayor de edad y el anciano, son sujetos de derecho, son persona y titulares de derechos fundamentales, “y no plantearlo así constituye una discriminación arbitraria en razón de la edad de la persona”⁶.

⁴ Esta redacción tiene un antecedente histórico, constituyendo una reminiscencia de los ideales de la Revolución francesa, los cuales se plasmaron en el *Código Civil* de Francia, que es fuente fundamental para el *Código* de Andrés Bello. Actualmente ya no existen los esclavos (seres humanos que no eran persona), ni tampoco personas a las cuales se les priva de su personalidad por el hecho de tomar un voto solemne en un instituto monástico reconocido por la Iglesia católica. DUCCI (1980), núm. 107, p. 144.

⁵ *Op. cit.*, núm. 106, p. 143.

⁶ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2014), p. 139, con cita de *Informe 2010* de la misma entidad.

2.2. *La necesidad de una protección especial para los derechos fundamentales de la infancia*

No obstante que ya las declaraciones, tratados internacionales y constituciones políticas operan sobre la base que los niños, niñas y adolescentes gozan de derechos fundamentales, se advirtió prontamente que los ordenamientos jurídicos nacionales no brindaban una eficaz protección de la infancia.

En efecto, durante los siglos XVIII, XIX y XX, cual es el periodo en que se los menores de edad se encontraron bajo una posición jurídica inferior al del mayor de edad, y las legislaciones internas no contenían mayores indicadores de medios jurídicos tendientes a la protección de su vida, integridad física y psíquica, sexual y laboral, entre otros aspectos. En este sentido, se advierten fenómenos de trabajo infantil en condiciones de seguridad y de indemnidad inferiores a las del trabajador mayor de edad, de explotación y comercio sexual de los infantes, vulneración de sus derechos culturales básicos, como lo es la educación, altas tasas de desnutrición infantil por vía de no asegurarse las condiciones de alimentación y salud mínimas.

Estos fenómenos se ven particularmente incrementados, frente a los fenómenos de guerras y conflictos armados mundiales y guerras civiles que han tenido lugar durante el mismo periodo.

Al día de hoy, este escenario sigue latente por vía del desarrollo de conductas de secuestro de niños, niñas y adolescentes, con el propósito de ser utilizados como soldados o mercenarios, y para el adoctrinamiento de grupos paramilitares.

2.3. *Las primeras declaraciones internacionales sobre los derechos del niño*

Precisamente, frente a los nocivos efectos que supuso la Primera Guerra Mundial, fue que la V Asamblea de la Sociedad de Naciones Unidas (24 de septiembre de 1924) procedió a dictar la llamada Declaración de Ginebra o Declaración de los Derechos del Niño⁷.

⁷ Una nota histórica sobre el origen de la normativa internacional de la infancia, en AGUILAR (2008), pp. 227-228 y en DEL PICÓ (2010), p. 133, nota 291.

Se destaca por algunos organismos no gubernamentales en materia de protección de los derechos de la infancia, que el origen de esta Declaración se encuentra en la labor desarrollada por una fundación privada inglesa llamada Save the Children (London 1919), creada por Eglantyne Jebb y Dorothy Buxton, la cual tenía como propósito ayudar y proteger a los niños que resultaron afectados como consecuencia de la Primera Guerra Mundial.

Esta Fundación, hacia el año 1920, se organizaría institucionalmente en torno a la Union Internationale de Secours aux Enfants (UISE), la cual contó a su turno con el apoyo del Comité

En este breve texto, redactado en clave de deberes y obligaciones que debían ser asumidas a favor de la infancia, se adopta un conjunto de medidas mínimas tendientes a procurar una existencia y desarrollo normal, tanto desde un punto de material como espiritual.

Esta primera declaración carecería de fuerza vinculante, y será objeto de revisión por la Sociedad de Naciones, cuya asamblea general aprobó el año 1934 un nuevo texto de la Declaración de Ginebra. En virtud de este texto, que de igual modo carecía de fuerza vinculante para los Estados firmantes, estos se comprometían a incorporar los principios en ella establecidos a su legislación interna.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, el 20 de noviembre del año 1959, fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, la Declaración de los Derechos del Niño, texto internacional que marcó la dictación de una serie de convenios y declaraciones que en forma específica hacían tratamiento de la situación de los niños, niñas y adolescentes, y que significaría, según algunos autores, “el primer atisbo de reconocimiento a los niños de la calidad de sujetos de derecho”⁸.

Tal es el caso de las llamadas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (llamadas igualmente Reglas de Beijing) y la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado⁹.

2.4. *Los derechos del niño en las convenciones internacionales*

Las nuevas convenciones y pactos internacionales en materia de derechos humanos también hicieron referencia a la protección de los derechos del niño y la relevancia de su interés superior. Sin embargo, se las refiere en normas que no tienen el carácter de protagónicas, como si, en definitiva, los derechos establecidos en ellos fuesen aplicables solo a los mayores de edad y que respecto de la infancia existe solo un deber de mera protección.

Es lo que ocurre con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por una parte, y con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por otro.

Internacional de la Cruz Roja, adoptando la figura de “Alianza Internacional Save the Children”. En su IV Congreso General (23 de febrero de 1923), adoptó lo que sería la primera Declaración de los Derechos del Niño, texto que fue ratificada por su V Congreso General (28 de febrero de 1924) y que fuese enviada a la Sociedad de Naciones, la que, en definitiva, la adoptó en la forma explicada.

⁸ PINOCHET (2011), p. 590.

⁹ Una compilación de estas tempranas normas sobre los derechos de la infancia, puede consultarse en MINISTERIO DE JUSTICIA & MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN Y COOPERACIÓN (1994). Una síntesis de estas normas procesales sobre el derecho de la infancia, en D'ANTONIO (1999), pp. 2-5.

Para el caso del sistema interamericano de derechos humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos contiene solo dos referencias hacia los derechos del niño y la tutela del interés superior¹⁰.

La primera de ellas se encuentra en el art. 17 ap. 4, dedicado a la Protección a la Familia. Por este precepto, se dispone:

“los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”.

Como se apreciará, esta norma hace referencia hacia el interés superior del niño en el entendido de imponer a los Estados parte para la adopción de medidas que tiendan a su protección en el contexto de la ruptura matrimonial, la cual provoca efectos negativos para los niños.

La segunda norma, se refiere a los Derechos del Niño. Dice el art. 19 de la Convención: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Puede notarse que, bajo el rótulo mencionado, no hace un mayor tratamiento de las clases de derechos que goza el niño, sino simplemente impone a los Estados parte un deber de protección en atención a sus condiciones especiales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de referirse a la materia, resolviendo en torno a la consagración del principio de interés superior del niño.

Es así que, al igual que lo que ocurre con la constatación que hace en el preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos, la protección del interés superior del niño y la defensa de sus derechos fundamen-

¹⁰ Un estudio más profundizado de la aplicación del principio en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede consultarse en AGUILAR (2008). No obstante las pocas normas relativas al derecho de la infancia, como lo ha reconocido la propia Corte: “Que [...] en su jurisprudencia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, tanto en casos contenciosos como en medidas provisionales, así como en una opinión consultiva, sobre temas vinculados al objeto de la solicitud de la opinión consultiva, que permiten desprender sus criterios sobre el interés superior del niño, la obligación estatal de adoptar medidas positivas a favor de éste, incluyendo medidas legislativas o de otra índole, así como la especial gravedad que revisten las violaciones a sus derechos. A este respecto, incluso la Comisión utiliza dicha jurisprudencia para fundamentar su solicitud. Asimismo, en su Observación General No. 8 el Comité hizo referencia a la los estándares adoptados por esta Corte en la Opinión Consultiva OC-17/02 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño OC17/02 (en adelante la OC-17/02)”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009), § 7.

tales emanan de la propia dignidad que tienen. Lo destaca en su *Opinión consultiva* OC-17/2002:

“Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”¹¹.

Y lo hace nuevamente en su jurisprudencia contenciosa, relativa al caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*:

“El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere ‘cuidados especiales’, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”¹².

Como se apreciará de forma general, luego que se trabajara en la dictación de normas propias para la protección de la infancia, las convenciones internacionales continuaron brindando un tratamiento secundario hacia los derechos de la infancia. Este proceso cambiará de forma definitiva hacia el año 1989, con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño¹³, según se tratará más adelante.

Se notará igualmente la existencia de un cambio de perspectiva respecto del tratamiento al niño. Ya no se le concibe como un “objeto de protección”, sino como un “titular de derechos”; en definitiva, como “persona” en todo el significado jurídico que ello plantea¹⁴.

¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2002), § 56.

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), § 108.

¹³ Usualmente, el relato histórico de la evolución histórica de la tutela jurídica de la infancia se remite de forma directa a este punto, como ocurre en el caso de *ABELIUK* (2012), núm. 10, p. 28.

¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009), § 10.

En el mismo orden, se pronuncia el ministro Antônio Cançado Trindade en su voto concurrente a la presente Opinión consultiva: “41. El niño pasa así a ser tratado como verdadero sujeto de dere-

3. CONCEPTO DE “INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”

3.1. Cuestiones preliminares

Como primera tarea, se debe identificar la existencia de una explicación de lo que se entiende por “interés superior del niño”.

La primera observación que deberá hacerse, previo al estudio de las reglas internacionales y nacionales que consagran este principio, consiste en que ella no ha sido por lo general definida.

Esta circunstancia plantea algunos desafíos de importancia. Por una parte, se debe sostener que se trata de una noción que, por esta situación, se hace sumamente amplia, capaz de ser integrada de las más diversas formas, y en particular en el ámbito en el cual se le pretenda declarar procedente; de este modo, su proceso de integración será desarrollado necesariamente a la luz de la doctrina y jurisprudencia internacional y nacional, dentro de los ámbitos a que una cláusula amplia pudiera conducir. Por otra, se verá que se trata de una noción que, al encontrarse ausente de una definición, tendrá la potencialidad de ir cambiando sucesivamente con el tiempo, conforme a las exigencias de las materias en las cuales tenga incidencia. También deberá destacarse que se trata de una noción que, aunque carece de una definición (análisis estático), sí han sido expresamente previstas las materias y la forma en que se declara procedente el principio (análisis dinámico).

3.2. Definiciones positivas

Existen algunas legislaciones en las cuales se ha tratado de llenar el vacío previsto por la normativa internacional, a través de ofrecer sus propios conceptos dentro de la legislación interna.

Así ha ocurrido en el caso del art. 8.º del *Código de la Infancia y Adolescencia*, dictado en Colombia (Ley 1098/2006), donde se lee:

“Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.

cho, reconocida de ese modo su personalidad propia, distinta inclusive de las de sus padres. Así, la Corte Interamericana sostiene, en la presente Opinión Consultiva, la preservación de los derechos sustantivos y procesales del niño en todas y cualquiera circunstancias (párr. 113). La concepción kantiana de la persona humana como un fin en sí mismo abarca naturalmente los niños, todos los seres humanos independientemente de las limitaciones de su capacidad jurídica (de ejercicio)”.

En el caso del derecho chileno y, aunque tiene una eficacia prevista solo para las materias en que fue consagrada, se refiere a este principio el inc. 1.º del art. 16 de la Ley n.º 19968:

“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.

3.3. *Definiciones doctrinarias*

En doctrina, aunque reconociendo la ausencia de una noción, se plantea que:

“es posible interpretarlo como el respeto de sus derechos fundamentales en tanto niño o, si prefiere, como persona que no ha alcanzado la adultez”¹⁵.

Mauricio Tapia Rodríguez destaca que la noción “interés superior del niño” tiene un marcado carácter “valórico y jerárquico”, de forma tal que puede entenderse de una manera preliminar que “unos intereses (los del niño) priman sobre otros (los de los padres)”¹⁶.

3.4. *Definiciones jurisprudenciales*

Una definición en sí misma muy vaga, se puede encontrar en la *Opinión consultiva* OC-17/2002, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual menciona en su parte final:

“Que la expresión ‘interés superior del niño’, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”¹⁷.

Una mirada a la jurisprudencia chilena permite identificar un esfuerzo en orden a conceptualizar el principio de interés superior del niño. Siendo así, se puede apreciar que en una sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema fue fallado:

¹⁵ DEL PICÓ (2011), p. 142; DEL PICÓ (2010), p. 134.

¹⁶ TAPIA (2005), núm. 73, p. 132.

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2002), § 137 núm. 2.

“Que al respecto, cabe tener presente que en estas materias debe tenerse siempre en consideración el interés del niño, como principio fundamental e inspirador de nuestro ordenamiento jurídico, de relevancia transversal en la legislación de familia y de menores. Así lo dispone, por lo demás, el artículo 16 de la Ley N° 19.968 y, aún cuando su definición se encuentra en desarrollo o constituya un concepto indeterminado, cuya magnitud se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que el mismo, *alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, buscándose a través del mismo, el asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad*”¹⁸.

Proveniente del mismo tribunal, se indica:

“Que, de otro lado, el interés superior del niño constituye un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico y de mayor relevancia para la decisión en este tipo de materias. Dicho principio, aunque difícil de conceptualizar queda claro que *alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente y su finalidad cubre, el desarrollo de los potenciales del menor y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida*”¹⁹.

Otro fallo dictado por la Excma. Corte Suprema parece, esta vez, incluso sostener que el concepto de “interés superior del niño” equivale a decir “derechos del niño”:

“Que, en estas materias debe tenerse siempre en consideración el interés del niño, como principio fundamental e inspirador del ordenamiento jurídico nacional, de relevancia transversal en la legislación de familia y de menores. Así lo dispone, por lo demás, el artículo 16 de la Ley N° 19.968 y aún cuando constituya un concepto indeterminado, cuyo alcance se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que consiste en el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, para procurar el cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales.

Dicho principio se identifica con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derechos, identificándose de esta manera ‘interés superior’ con los derechos del niño y adolescente.

¹⁸ CORTE SUPREMA (2008b), C. 7.º. Se reproduce esta definición en CORTE SUPREMA (2008c), C. 11.º; CORTE SUPREMA (2008d), C. 9.º y CORTE SUPREMA (2015), C. 3.º.

¹⁹ CORTE SUPREMA (2010a), C. 10.º.

Si bien se encuentra presente y se proyecta en todo el sistema jurídico, al erigirse como una garantía de amplitud tal que obliga no sólo al legislador sino que a todas las autoridades e instituciones y a los propios padres, interesa de sobre manera el aporte que tiene en el ámbito de la interpretación, al constituir una norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna²⁰.

3.5. Aspectos comunes

A partir de estas definiciones, se debe identificar los aspectos comunes, con miras a obtener una definición del principio bajo análisis.

En términos generales, se puede advertir que las sentencias suponen que el principio de interés superior del niño genera un “imperativo”, el cual recae no solo en el Estado y sus órganos, sino, también, obligan a todas las personas.

De este modo, se trata de un principio que tendría eficacia no solo vertical, sino, también, horizontal.

En segundo lugar, las definiciones coinciden en que este imperativo significa para todos los actores involucrados la necesidad de respetar los derechos fundamentales de los niños.

Por tanto, opera sobre la base de considerar al niño, niña o adolescente como un sujeto de derecho y, como tal, titular inherente de derechos fundamentales, los cuales deberán ser protegidos por el Estado, tanto frente a sus órganos como respecto de cualquier persona que pretenda vulnerarlos.

En tercer lugar, las definiciones destacan que este principio persigue la satisfacción plena de los derechos de los niños.

Por tanto, la tutela del principio persigue un objetivo, cual es que los niños puedan alcanzar la plenitud de satisfacción de sus derechos.

A partir de esta precisión conceptual, se advierte que constituyen cosas muy distintas los derechos del niño y el principio de interés superior del niño. De hecho, la distinción debe ser debidamente precisada, dado que por el segundo se persigue el respeto y satisfacción de los primeros. Se trata del principio de un medio jurídico a través del cual el niño puede gozar y defender sus derechos, de forma tal que no le puedan ser desconocidos por ninguna autoridad, ni por persona alguna.

Es de suponer que cualquier esfuerzo por identificar y hacer sinónimos estos conceptos, operará sobre la base de un error conceptual, ya que el principio se lo sindicó como un medio para la obtención y respeto pleno del de-

²⁰ CORTE SUPREMA (2010b), C. 10.º. Se reproduce en CORTE SUPREMA (2010d), C. 7.º.

recho del niño. Siendo así, el interés superior del niño constituye un medio propicio para la realización de los derechos fundamentales del niño:

“Este asunto se vincula con los examinados en párrafos precedentes, si se toma en cuenta que la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos”²¹.

Finalmente, y esto quedará de manifiesto cuando se evalúe la situación en la cual se encuentra el derecho interno, se verá que el interés superior del niño es concebido como un “principio jurídico”, es decir, que es concebido como un integrante de aquel conjunto de ideas fundamentales que inspiran al ordenamiento jurídico o una determinada materia del derecho.

Esta calificación resulta del todo importante, ya que si se la considera como un principio jurídico, como tal es capaz de desempeñar tres funciones básicas:

1. FUNCIÓN DE FUNDAMENTO: Los principios inspiran el ordenamiento jurídico, a tal punto que constituyen las raíces del tronco que conforma el ordenamiento. La manera cómo el ordenamiento jurídico o un área del mismo se conforma u organiza de una determinada manera lógica, tanto en lo formal como en lo sustancial, se justificará porque ella obedece a un principio jurídico bajo el cual se ordena.
2. FUNCIÓN INTEGRATIVA: Los principios jurídicos son capaces de resolver un supuesto de hecho respecto del cual no exista una norma legal expresa que permita dirimir la controversia.
3. FUNCIÓN INTERPRETATIVA: Los principios jurídicos son utilizados como elementos de interpretación de los pasajes oscuros o dudosos de las normas legales²².

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2002), § 59.

²² En relación con esta idea, se anota en la observación n.º 14 del COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013), núm. 33, p. 10: “El interés superior del niño se aplicará a todos los asuntos relacionados con el niño o los niños y se tendrá en cuenta para resolver cualquier posible conflicto entre los derechos consagrados en la Convención o en otros tratados de derechos humanos. Debe prestarse atención a la búsqueda de posibles soluciones que atiendan al interés superior del niño. Ello implica que los Estados tienen la obligación de aclarar, cuando se adopten medidas de aplicación, cuál es el interés superior de todos los niños, incluidos los que se encuentren en situación de vulnerabilidad”.

Como se verá más adelante, explícitamente la doctrina nacional ha calificado el interés superior del niño como un principio fundamental tanto del ordenamiento jurídico en general como del derecho de familia en particular.

4. RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL: LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

4.1. Antecedentes

La principal norma internacional existente en materia de derechos del niño, consiste de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, siendo suscrita por el gobierno de Chile con fecha 26 de enero de 1990. Será promulgada, tras su aprobación por el Congreso Nacional, mediante decreto n.º 830, y publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile* con fecha 27 de septiembre de 1990.

La suscripción y promulgación de esta Convención forma parte de un periodo en el cual diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos fueron incorporados al derecho interno, y por intermedio de la reforma introducida el año 1989 a la Constitución Política al inc. 2.º del art. 5.º, significaron un mecanismo de fuerza obligatoria capaz de constituir una limitación al ejercicio de la soberanía nacional²³. Asimismo, tendrá importancia para Chile porque, a partir de este punto y mucho antes de las recientes reformas procesales y sustantivas al derecho de familia, este principio se encuentra en calidad de incorporado y vigente en Chile²⁴.

Como se señala en el preámbulo de la Convención, se reitera como valor universal el “reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Asimismo, que:

“las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

²³ Sobre los antecedentes de formación de la Convención, puede consultarse en detalle AA.VV. (1995), pp. 17-22.

²⁴ Es de esta opinión DEL PICÓ (2011), p. 142.

De estos dos puntos del preámbulo, hasta el momento se reiterara la existencia ya previa de un régimen internacional de los derechos de la infancia, a través de la protección internacional que ya se confería a todas las personas, sin distinciones de ninguna clase, entre las cuales precisamente se podría pensar en la edad.

Pero el preámbulo destaca de igual manera cuál es, en definitiva, el origen y la necesidad de brindar una atención especial a la infancia, mediante la dictación de normas especiales. Así, recuerda que

“en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”,

como igualmente se puede advertir en las convenciones interamericanas e internacionales. Y, como punto esencial de esta tutela internacional especial a la infancia, se sostiene como fundamento de esta protección que como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño,

“el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”²⁵.

Del tenor del preámbulo, se puede destacar como ideas rectoras las siguientes:

1. Que, la protección primaria de la infancia ya se encuentra reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos desde el momento que se lo considera como persona y, en tal calidad, sujeto de derechos.
2. Que, pretender desconocer la titularidad de derechos fundamentales en la infancia es el equivalente a introducir una distinción arbitraria, la cual no se compadece con el carácter universalista de los derechos fundamentales, que se reconocen a todos los seres humanos, sin excepciones.
3. Que, progresivamente se fue observando que la infancia se encuentra en una posición de inferioridad dentro de la sociedad, al considerarse un sujeto de derechos que no tiene la madurez y desarrollo suficiente para desplegarse en el ámbito jurídico. Esta falta de madurez tiene como efecto que no pueden ejercer con libertad sus derechos²⁶.

²⁵ Incluso se ha dicho que la propia nomenclatura “niños” viene en acentuar “su fragilidad y la necesidad de protección”. En este sentido: TAPIA (2011), núm. 3, p. 41.

²⁶ TAPIA (2005), núm. 73, p. 132.

Debe añadirse a la idea anterior que esta falta de madurez redunda más bien en una mayor vulnerabilidad, tanto física como emocional, intelectual y afectiva, que determina que la infancia se encuentre fácilmente en peligros derivados de la actividad de mayores de edad, y con resultados no solo ilegales, sino, también, inmorales y lesivos de su vida, e integridad física, psíquica y emocional. Por esta mayor vulnerabilidad, es que requieren de una mayor atención tanto familiar, como social y estatal²⁷.

4. Que, el tratamiento de la infancia en las principales convenciones y tratados internacionales de derechos humanos era muy secundario, y no era suficiente para asegurar la debida protección de sus derechos.
5. Que, la infancia requiere de una protección especial por parte del Estado, pero sin desconocerle su posición de pleno sujeto de derechos, en particular desde el derecho internacional de los derechos humanos.

A partir de estas premisas, se sostiene que la consagración del principio de interés superior del niño significa la consagración expresa de una excepción al principio de igualdad de derechos (y de intereses) previsto en la Constitución²⁸.

Habiendo ya descrito los principales antecedentes que la Convención toma presente a la hora de la tutela internacional de los derechos de la infancia, es que a continuación se tratará en especial sobre el *interés superior del niño*.

4.2. *El interés superior del niño en la Convención sobre los Derechos del Niño*

Desde un punto de vista histórico-jurídico, el uso del concepto “interés superior del niño”, no sería nuevo, ya que sus primeras manifestaciones se encuentran en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (párr. 2), y con posterioridad en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 b) y 16, párr. 1 d)). De la misma manera, se la aprecia “en instrumentos regionales y numerosas normas jurídicas nacionales e internacionales”²⁹.

En concreto, la Convención en actual vigencia hace una serie de referencias generales hacia el principio de interés superior del niño, destacando su importancia y cuáles son sus principales funciones.

²⁷ DEL PICÓ (2010), p. 133.

²⁸ TAPIA (2005), núm. 73, p. 132.

²⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013), núm. 2, p. 3.

La norma rectora que consagra el *principio de interés superior del niño*, y sus principales consecuencias, es el art. 3.^{o30}, el cual expresa:

“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 niño³¹.”

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”.

Esta norma internacional conforma la manifestación básica del principio de interés superior del niño. Lo declara, en este orden de ideas, como generador de un parámetro para la actuación de todos los órganos públicos de los Estados parte, en la medida que por su intermedio se pretendan adoptar ciertas “medidas” que conciernen a los niños, las cuales deberán hacerse efectivas no solo desde el punto de vista normativo, sino, también, desde el

³⁰ Esta norma tendría como antecedente el Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959), donde se lee: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

³¹ En el concepto del Comité de los Derechos del Niño: “El artículo 3, párrafo 1, establece un marco con tres tipos diferentes de obligaciones para los Estados partes, a saber: a) La obligación de garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños; // b) La obligación de velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión. // c) La obligación de garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado, incluidos los proveedores de servicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernen o afecten a un niño”. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013), núm. 13, p. 5. Un análisis exegético de la norma, en *op. cit.*, pp. 7-11.

punto de vista institucional e incluso material³². Si así ocurre, entonces esas medidas deberán adoptarse bajo un marco en que se considere de una manera “primordial” el interés superior del niño.

Una vez que la Convención ha establecido cuál es el significado general del principio de interés superior del niño, vuelve a referirlo en cuanto fundamento de algunas materias que especialmente ha señalado.

Es así que la declara como un elemento que sirve para graduar cuándo la separación del niño respecto de sus padres debe hacerse necesaria en ciertos casos (art. 9 ap. 1)³³. También se la declara aplicable en materia de adopción, consagrándose para dicha materia como la consideración primordial de aquellos Estados que reglamentan y autorizan esta forma de filiación (art. 21)³⁴. Por tanto, a la hora de dictarse normas y aplicarlas en materia de adopción, se exige aplicar el principio de interés superior del niño.

³² En este sentido se pronuncia la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2002), § 78: “La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. En fin, no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño”.

³³ CDN, art. 9 ap. 1: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

³⁴ CDN, art. 21: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y; // a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; // b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen; // c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; // d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella; // e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes”.

En suma, la Convención sobre los Derechos del Niño plasma el interés superior del niño, advirtiendo que se trata de un principio que impone a todos los órganos públicos del Estado un lineamiento de acción, a la hora de comprometer decisiones que afecten a la infancia; si eso ocurre, entonces debe tenerse presente y a partir de la ponderación de este principio es que podrán adoptarse las medidas en concreto.

Una observación conceptual respecto de este principio, es que no ha sido señalado de modo explícito una noción o expresión de su significado. Solo aparenta existir el señalamiento de esta noción, cuyo significado se hace particularmente amplio por la ausencia de una norma descriptora, y solo se limita la Convención en determinar cuáles son algunas aplicaciones que tiene este interés.

Se previene en la norma en comentario que la consideración al interés superior del niño tiene la calidad de ser “primordial”, de modo que se la sitúa en un plano de preferencia, a la hora de dictarse la norma general (ley) o concreta (sentencia judicial) por parte del actor público respectivo, no siéndole posible desconocer su contenido, ni tampoco proceder a la dictación de la norma o acto sin invocar ni aplicar este principio. Tiene, en consecuencia, un carácter de imperativo jurídico, y que podría ser invalidado si contraviene a dicho principio, en cada uno de los niveles en que se haya dictado una norma lesiva de este principio³⁵.

No obstante, no se trata de un principio “invencible”, ya que se destacará en el presente trabajo que el interés superior del niño constituye, más bien, un medio de apreciación y de solución de conflicto de derechos fundamentales en juego, de modo que no importa la última palabra en la decisión que puedan adoptar las autoridades administrativas, legislativas y jurisdiccionales que la apliquen. Como se indica en una sentencia reciente dictada por la Excma. Corte Suprema:

³⁵ Esta idea se encuentra plasmada por el Comité de los Derechos del Niño, el cual interpreta el ap. 1 del art. 3.º de la Convención de los Derechos del Niño, y declara: “37. La expresión “consideración primordial” significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. La firmeza de esta posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz). Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses. Si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar. // 38. Con respecto a la adopción (art. 21), el derecho del interés superior se refuerza aún más; no es simplemente “una consideración primordial”, sino “la consideración primordial”. En efecto, el interés superior del niño debe ser el factor determinante al tomar una decisión relacionada con la adopción, pero también relacionadas con otras cuestiones”. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013), núm. 37 y 38, p. 10.

“Que, el interés superior del niño no es el único interés que puede ser legítimamente considerado. El artículo 3 de la Convención obliga a que el interés superior del niño sea atendido como ‘una consideración primordial’. La citada Observación General No. 14 destaca que ‘La expresión ‘consideración primordial’ significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones’ (párrafo 37). Pero esto no significa que sea la única consideración primordial, lo que solo ocurre en la decisión de adopción (Convención, art. 21, y Observación General No. 14, párrafo 38). Luego, dicha Observación General agrega que el interés superior del niño, ‘una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres)’ (párrafo 39). Cuando ello ocurre, señala que se debe resolver “caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado” (*ibid*)³⁶.

La ausencia de una debida explicación en torno a este concepto, traerá algunas consecuencias relevantes en lo que respecta a la recepción y tratamiento que se hace de la materia en el derecho interno, tal y como se expondrá a continuación.

4.3. Normas internacionales complementarias e interpretativas de la Convención de Derechos del Niño en materia de interés superior del niño

A la presente fecha, se ha ido desarrollando un trabajo específico en la conceptualización del principio de interés superior del niño y su papel en la materia.

Es así que el 62.º período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, aprueba la observación general n.º 14, “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial” (CRC/C/GC/14)³⁷.

Como se anota en una reciente sentencia nacional, describiendo el objeto de esta observación:

“Dicha observación tuvo por objeto, principalmente, la interpretación del artículo 3.1 de la Convención, ya reproducido en el considerando octavo de la presente sentencia. En lo pertinente, dicho comentario confirma, primero, que el interés superior del niño es difícil de establecer; segundo, que no coincide necesariamente con las opiniones expresadas por el

³⁶ CORTE SUPREMA (2015), C. 17.º

³⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013).

propio niño y, tercero, que dicho interés no excluye la ponderación de otros intereses relevantes a la hora de tomar una decisión”³⁸.

En este documento se destaca cuál es el objetivo del concepto de interés superior del niño, el cual hace radicar en el de “garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”, afirmando que dicho interés sirve como un mecanismo que evita la creación de jerarquías dentro de los derechos del niño:

“El Comité ya ha señalado que ‘lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención’. Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al ‘interés superior del niño’ y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño”³⁹.

El Comité indica que el interés superior del niño constituye “un concepto triple”; es “un derecho sustantivo”, “un principio jurídico interpretativo fundamental”, y “una norma de procedimiento”:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación

³⁸ CORTE SUPREMA (2015), C. 13.º.

³⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013), núm. 4, p. 3.

y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”⁴⁰.

No se comparte la primera función asignada al interés superior del niño. En la forma cómo ha sido concebida por la Convención, se la ha previsto como un mecanismo de limitación del ejercicio de la actividad pública y de los particulares y, asimismo, como un criterio interpretativo. Pero considerar que esta limitación al ejercicio del poder sea concebido como un “derecho” del niño, significa extender la idea del “derecho fundamental” a la de considerarla comprensiva del “derecho de una persona a exigir la limitación del poder estatal”. Siendo así, la técnica jurídica desplegada no parece del todo satisfactoria.

Por lo demás, si se entiende como un derecho, querría significar que se traduce precisamente en la obligación del Estado de “obligarse a coordinar su actividad” bajo los márgenes descritos. Habría una suerte de “redundancia” técnica: “el Estado se obliga a obligarse a limitar”.

Fuera de esta circunstancia, se cree que el Comité ha pronunciado, respecto de los dos conceptos, la clara línea que debe asignarse al interés superior del niño.

Dentro de la *Observación* se encuentra en el reconocimiento de ciertos parámetros que tendrán como propósito brindar pleno efecto al interés superior del niño.

Estos consisten de:

“a) El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño; b) El reconocimiento de los niños como titulares de derechos; c) La naturaleza y el alcance globales de la Convención; d) La obligación de los Estados partes de respetar, proteger y llevar a efecto todos los derechos de la Convención; e) Los efectos a corto, medio y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo”⁴¹.

En relación con lo anterior, la *Observación* refiere la existencia de ciertos elementos que deben tenerse en cuenta al momento de evaluar el interés superior del niño. Ellos consisten de:

⁴⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013), núm. 6, p. 4.

⁴¹ *Op. cit.*, núm. 16, pp. 6-7.

a) La opinión del niño; b) La identidad del niño; c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; d) Cuidado, protección y seguridad del niño; e) Situación de vulnerabilidad; f) El derecho del niño a la salud; y g) el derecho del niño a la educación⁴².

Para concluir, la *Observación* sostiene que el concepto de interés superior del niño tiene un carácter flexible, ajustable a la materia que se trate, y que deberá ser llenado a partir de su aplicación práctica:

“El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá (sic) aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos, la evaluación y la determinación deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos”⁴³.

Empero, aunque se lo sinde como un criterio variable, y cuya aplicación tendrá alguna clase de margen de determinación discrecional, el Comité quiso dejar en claro que existen ciertos límites que no pueden ser sobrepasados:

“La flexibilidad del concepto de interés superior del niño permite su adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil. Sin embargo, también puede dejar margen para la manipulación: el concepto de interés superior del niño ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales para justificar políticas racistas, por ejemplo; por los padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia; y por profesionales a los que no se podía pedir que se tomaran la molestia y

⁴² El análisis detallado, en COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013), pp. 13-18.

⁴³ *Op. cit.*, núm. 32, pp. 9-10.

desdeñaban la evaluación del interés superior del niño por irrelevante o carente de importancia”⁴⁴.

Habiendo ya concluido nuestra revisión del ámbito internacional del principio de interés superior del niño, resta por discutir críticamente sobre su consagración en el derecho interno, y la manera en que ha sido implementada.

5. RÉGIMEN JURÍDICO DE DERECHO INTERNO

El principio de interés superior del niño ha tenido una manifestación relativamente tardía en la legislación interna, pero que de manera rápida se consagrará en normas internas fundamentales, tanto en la órbita de la Constitución Política (5.1.) como en las normas legales (5.2.).

5.1. *Los derechos de los niños ante la Constitución Política*

La primera observación que puede esbozarse sobre la materia es que, no obstante que la Constitución Política es posterior a la Declaración Internacional de los Derechos del Niño, no se plasmó en ella alguna referencia especial a la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

En todo caso, se destacará que la Constitución Política consagra derechos fundamentales que le pertenecen a “todas las personas”, sin formular distinción alguna basada en la edad. Por tanto, la primera observación apunta a que los derechos de los niños se encuentran desde ya tutelados constitucionalmente, a partir del enunciado contenido en el art. 19.

Por otro lado, se debe destacar que ya el capítulo 1 y 3 de la Constitución protegen implícitamente a la infancia, por vía de destacar el valor de la familia dentro del sistema normativo, el deber del Estado de brindarle protección y la consagración de derechos fundamentales que suponen el resguardo de la esfera familiar⁴⁵. La familia sigue, en este sentido, las tendencias

⁴⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013), núm. 34, p. 10.

⁴⁵ Es el diagnóstico ya formulado en Chile durante la década de 1990, tan pronto fueron incorporándose en el sistema las disposiciones internacionales sobre derechos humanos, según se consta en AA.VV. (1995), pp. 25-26. Si bien entienden que la familia constituye un bien jurídico protegido por la Constitución, causa preocupación en el diagnóstico efectuado en esa época que la Carta Fundamental no tomara una adecuada conceptualización de la familia, advirtiendo que las discrepancias que en la época planteaba la doctrina chilena sobre este significado, pudieran importar desprotección para ciertas clases de familias (específicamente, la legítima o matrimonial).

contemporáneas constitucionales que pretenden proteger a la familia desde la Carta Fundamental⁴⁶, y precisamente se entiende que la protección del interés superior del niño emanaría del mandato constitucional proteccionista de la familia⁴⁷.

No obstante esta omisión, lo cierto es que existe una norma clave a la hora de incorporar al derecho interno los principales tratados y convenciones existentes en materia de los derechos del niño, cual es el art. 5.º inc. 2.º de la Const. Pol.

Esta norma genera algunos efectos que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha encargado de precisar, indicando:

“la significación de tales derechos en los referidos instrumentos no puede desatenderse en el presente juzgamiento, sea que se estime su aplicación directa como norma fundante del bloque constitucional de derechos, sea que se entienda su contenido como una referencia o elemento interpretativo determinante en la plena acepción de los derechos involucrados que reconoce la Constitución Política”⁴⁸.

De este modo, los tratados internacionales relativos a los derechos del niño, en la medida que consagren derechos esenciales, cumplen una función normativa e interpretativa.

Desde un punto de vista normativo, el hecho que la Carta Fundamental chilena no haga referencia o protección específica de los derechos del niño, no constituye inconveniente, ya que los órganos del Estado se encuentran limitados en su actuación respecto del tenor del derecho internacional de los derechos humanos en materia de derechos del niño, operando en plena función el inc. 2.º del art. 5.º de la Const. Pol., el cual ha sido implementado como norma a partir de la cual se integran los textos internacionales, y cuya infracción debe formar parte de la discusión de recursos que implican por lo menos una “infracción de ley”⁴⁹. El principio de interés superior del

⁴⁶ Lo destaca TURNER (2011), p. 43.

⁴⁷ ORREGO (2011), p. 156.

⁴⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2014), C. 7.º.

⁴⁹ La inserción de las normas internacionales dentro de la órbita del art. 5.º inc. 2.º de la Const. Pol. se observa en la siguiente sentencia dictada por la CORTE SUPREMA (2015), C. 18.º: “Que las consideraciones anteriores desmienten categóricamente que al pronunciarse sobre una solicitud de autorización de salir del país, los tribunales estén obligados a decidir en conformidad a lo expresado por el niño o niña interesados. Esto es particularmente cierto en un caso como éste, en que cuando expresó sus reparos a establecerse fuera del país, la niña tenía diez años de edad y no tenía la experiencia de vivir en el extranjero. En consecuencia, el hecho de que la niña haya manifestado su opinión desfavorable a establecerse en Londres, no es suficiente para concluir que los jueces infringieron los artículos 3 y 12 de la Conven-

niño constituye un parámetro que deberán seguir las normas del derecho interno, desde la Constitución hasta las normas infralegales.

Desde un punto de vista interpretativo, el principio de interés superior del niño constituye un elemento o herramienta de interpretación de los derechos fundamentales que se encuentran reconocidos a la infancia. Cualquier clase de norma que consagre derechos fundamentales o comprometa derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, deberá considerarse como criterio el principio de interés superior del niño.

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad de la predeterminación del cuidado personal que pudiere consagrar la ley a favor del cónyuge que vive junto con su hijo o hija, basado en el principio de interés superior del niño:

“DÉCIMO: Que preciso resulta asentar que para que la regla cuestionada se haga operativa, se requiere de la concurrencia de una situación de hecho, consistente en la convivencia entre el hijo y el progenitor al que se confiere el cuidado personal, es decir, un vivir juntos, pues el término convivir implica ‘vivir en compañía de otro u otros’ (*Diccionario de la lengua española*). En este caso, entonces, la regla supone que exista una comunidad de vida entre el progenitor al que le atribuye el cuidado personal y el hijo al que dicho cuidado se refiere.

Dicha cuestión, ha afirmado la jurisprudencia, protege el interés superior del niño, niña, o adolescente, al amparar una situación fáctica existente, consagrando la igualdad de condiciones de los padres para el ejercicio del cuidado personal. Y es que la cuestión determinante es que se dé ese supuesto fáctico, no si se trata del padre o de la madre, pues la

ción de los Derechos del Niños al autorizar su viaje. Por estas consideraciones, se rechazará el recurso en relación con la supuesta infracción del inciso segundo del artículo quinto de la Constitución Política en relación con dicha Convención”. Este considerando resulta del todo interesante, porque no solo no rehúsa desechar el recurso de casación en el fondo por la sola circunstancia de no tratarse las normas invocadas como “preceptos legales”, sino al hecho que no ha existido infracción de estas disposiciones, las cuales pueden ser invocadas como infringidas en el contexto de dicha clase de recurso formal civil.

En todo caso, ya existen otras sentencias anteriores en las cuales la infracción del principio de interés superior del niño constituye fundamento suficiente para que se acoja un recurso de casación en el fondo. En este sentido: CORTE SUPREMA (2010d), C. 9.º: “Que la decisión de los sentenciadores es constitutiva de los yerros que han sido denunciados, pues desconoce la existencia y naturaleza de la medida de protección que concedió el cuidado personal del menor a la actora y no aplica a la resolución de la controversia el Principio del Interés Superior del Niño y contraría, además, lo dispuesto por los artículos 225 y 226 del Código Civil y 71 de la ley N°19.968, lo que ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo, desde que se ha negado lugar a la acción intentada, desconociéndose la existencia de los presupuestos de su procedencia”.

regla se puede aplicar a uno u otro, siempre que conviva con su hijo. La regla, en definitiva, privilegia la estabilidad del niño, niña o adolescente, en aras de resguardar su interés superior.

En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido en un fallo reciente que la Ley N° 20.680, que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, tuvo por objeto proteger la integridad del niño en caso de que sus padres vivan separados, regulando materias relativas al cuidado personal de los hijos, la relación directa y regular y la patria potestad. En materia de cuidado personal estableció cambios en las formas de atribución y en el ejercicio de este derecho-deber, inspirados en los principios de autonomía de la voluntad, igualdad de los padres y en el principio rector del interés superior del niño; mantuvo las fuentes de atribución del cuidado personal, esto es, convencional, legal y judicial; esta última, también denominada supletoria, es aquella que opera a falta de acuerdo de los padres: ‘el hijo continuará bajo el cuidado del padre o madre con quien estén conviviendo’, consagrando con ello la igualdad de condiciones de los padres para el ejercicio del cuidado personal de los hijos y protegiendo con ello su interés superior, al mantener su situación fáctica, priorizando su estabilidad material y espiritual” (cons. 3° de la sentencia rol n.° 3666-2014, de 6 de octubre de 2014);

DÉCIMO PRIMERO: Que, como corolario de lo razonado en el considerando que precede, se puede señalar que la regla contenida en el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, por una parte, consagra una igualdad de condiciones entre los progenitores a los efectos del cuidado personal del hijo, pues bien puede aplicarse al padre o a la madre, y, por la otra, ampara la estabilidad del hijo, al mantenerlo bajo el cuidado del progenitor con el que ya vive, resguardando entonces la comunidad de vida existente entre ambos, con lo que se propende además al respeto de su interés superior”⁵⁰.

⁵⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2015), C. 10.° y 11.°.

Más adelante la norma revela cómo desde la perspectiva del principio de interés superior del niño, es posible orientar una interpretación del art. 19 n.° 2.° de la Const. Pol., descartando inicialmente que la atribución predeterminada del cuidado personal que efectuare la ley, en las condiciones actuales, constituye un acto lesivo de la igualdad ante la ley. Señala la misma sentencia: “DECIMOSEXTO: Que, a juicio de este Tribunal, el reproche planteado por el requirente debe ser desestimado, pues la aplicación del precepto no origina una infracción a la garantía de igualdad ante la ley. // Lo anterior por cuanto la regla no resulta, a nuestro juicio, tachable de arbitraria, ello aun en el caso de que se entendiera que introduce una diferencia entre personas que están en una misma situación, cuestión que no se comparte. Lo anterior, por cuanto la norma precisamente se aplica en un supuesto en que los padres no se hallan en una idéntica situación, pues es uno de ellos –no ambos– el que convive con el hijo y lo cuida. Es decir, sólo con uno de ellos el hijo mantiene una comunidad de vida, no así con el otro. // “Y

Siendo así, se aprecia cómo el principio de interés superior del niño forma parte, por lo menos como elemento de interpretación, a la hora de establecer la *constitucionalidad de ciertas materias en las cuales dicho interés resulta comprometido*. Y este uso resulta del todo justificado, ya que en el ejercicio del control de constitucionalidad de los preceptos legales, el Tribunal Constitucional ha quedado obligado a usar como criterio primordial el interés superior del niño; ello, porque constituye un órgano jurisdiccional sujeto al mandato dispuesto por la Convención Internacional de Derechos del Niño.

Puede observarse en la jurisprudencia en materia constitucional la invocación del interés superior del niño, como un parámetro que sirve de cuestionamiento de la actuación tanto de los órganos públicos como de los particulares, cuando estos ejecutan actos u omisiones que importan limitaciones a los derechos fundamentales de la infancia.

Por ejemplo, ha servido para criticar la decisión de los establecimientos educacionales de negarse a renovar la matriculación de alumnos que estiman “políticamente radicalizados” o que manifiestan tendencias políticas que han significado una supuesta alteración del establecimiento educacional⁵¹. Se ce

aun si se entendiera, como lo hace el requirente, que el precepto introduce una diferencia entre sujetos que se encuentran en una misma situación, cual sería ser padres del hijo en común, la misma no puede calificarse de arbitraria, que es lo que en definitiva repudia la Constitución. // Lo anterior, por cuanto la atribución del cuidado personal del niño al progenitor con el que convive, parece razonable e inspirada en el interés superior del niño. Ya hemos visto que tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que la regla en cuestión se muestra respetuosa de la igualdad que debe existir entre los progenitores, pues puede aplicarse tanto al padre como a la madre, a la par que resguarda debidamente el interés superior del niño, reconociendo y amparando una situación ya existente, con lo que se protege su estabilidad. // Y, por lo demás, en el contexto fáctico en que la regla está llamada a operar –vida separada de los padres– no resulta irracional ni desproporcionado que el padre que viva con el hijo sea aquel al que la ley le atribuya su cuidado personal, sin dejar la cuestión en indeterminación, mientras los padres, en ejercicio de la autonomía de la voluntad que en estas materias sensibles se les reconoce y cuyo ejercicio promueve el legislador, arriban a la formalización de algún acuerdo o, bien, recurren al tribunal competente para que zanje quién debe detentar dicho cuidado; // DECIMOSÉPTIMO: Que si bien puede haber otras opciones legislativas diversas a la establecida en el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, la norma vigente no parece desproporcionada ni irracional. Siendo así, la adopción de esta regla por el legislador resulta ser una opción lícita de éste, inspirada nada más y nada menos que en cautelar el interés superior de los niños, privilegiando su estabilidad, según ya se ha dicho latamente en esta sentencia. // Y debe agregarse que, por lo demás, la regla contenida en el inciso tercero del artículo 225 no es absoluta, sino que, por el contrario, ella puede ser alterada por acuerdo de los padres. Y también, y sea cual fuere la forma en que se hubiere determinado la titularidad del cuidado personal, por resolución judicial dictada conforme al inciso cuarto del artículo en cuestión”.

⁵¹ CORTE SUPREMA (2009a), C. 4º: “Que aunque es evidente que el estudiante postulaba acción política entre sus compañeros y criticaba fuertemente el régimen legal de enseñanza

que la aplicación de este interés, tanto frente a las actuaciones de órganos públicos como privados es precisamente la posición correcta, tratándose, en consecuencia, de un principio que es transversal a todas las actuaciones al interior de la sociedad⁵².

5.2. *La protección de los derechos del niño en la legislación interna*

De acuerdo con las ideas que han sido reflejadas en las normas sujetas a este análisis, se ha apreciado cómo el interés superior del niño se declara un principio de carácter relevante en el tratamiento de los derechos de la infancia y que, como tal, impone ciertos deberes a todos y cada uno de los órganos del Estado, consistente de la adopción de medidas jurídicas que tiendan al fortalecimiento y protección de este interés

El propósito en este punto es fundamentalmente expositivo. Se pretende ofrecer un listado general de las normas contenidas en el derecho interno que significan una referencia hacia el interés superior del niño, tanto en su concepto como en las misiones que ellas alcanzan.

Por cuestiones de tiempo, no es posible una revisión minuciosa de todo el derecho nacional. Solo se concentrará la mirada en torno a algunos espacios bien definidos en los cuales la invocación del principio de interés superior del niño es más profusa, y que se ha identificado tanto en:

- a) en el derecho procesal
- b) en el derecho privado de familia y
- c) en el derecho penal (c).

y a su colegio (f. 21), el comportamiento de la recurrida contraría la libertad de expresión asegurada a todos en el numeral 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, porque sanciona la legítima comunicación de ideas. Pero, además, transgrede el ordenamiento jurídico internacional de carácter particular de los niños vigente en el país de conformidad con lo previsto en el artículo 5° del mismo texto en cuanto reconoce la existencia de los derechos humanos de los niños, y entre estos los derechos de carácter político. La Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño en sus artículos 12, 13, 14, 15 y 17 previene las libertades de opinión, expresión, asociación, conciencia y de religión; y es incuestionable que se trató de impedir que el estudiante manifestara sus convicciones. // Finalmente a este respecto es necesario señalar que en la especie no se advierte ningún motivo que justifique el proceder del establecimiento educacional, puesto que es evidente que no se tuvo en cuenta razones relacionadas con el interés superior del niño, en la especie con la preservación y fortalecimiento de su desarrollo formativo, sino únicamente la negativa valoración de suposiciones”.

⁵² Se ha dicho que el interés superior del niño tiene un carácter fundamental en virtud del régimen jurídico existente en Chile, “que se proyecta no sólo al ordenamiento jurídico, sino también hacia las instituciones públicas y privadas de bienestar social”. GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 41.

a) En el derecho procesal

Uno de los textos que con mayor ocasión trata del interés superior del niño e, incluso, pretende ofrecer un concepto para el mismo, es la Ley n.º 19968, que crea los tribunales de familia (DO. 30 de agosto de 2004)⁵³.

Como se decía, esta ley orgánica y funcional de derecho procesal tiene un mérito importantísimo, dado que contiene una definición para el principio de interés superior del niño. Si bien ella se encuentra ubicada en un texto legal, ella se redacta al tenor de una normativa cuyas principales directrices consagradas de manera explícita, es precisamente este interés.

Dice el art. 16 de la Ley n.º 19968:

“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 conocimiento⁵⁴.

⁵³ La doctrina destaca la incorporación del interés superior del niño, y sus múltiples reiteraciones en la ley procesal: GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 40.

⁵⁴ Cabe notar que la norma hace referencia a dos “principios rectores”, cuales son el interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído. Ellos tienen plena independencia y son distintos uno respecto del otro. Como lo advierte la jurisprudencia reciente: “Décimo quinto: Que no obstante imponer el artículo 12 de la Convención el deber de dar al niño oportunidad de ser escuchado en todos los procedimientos judiciales o administrativos que lo afecten, a objeto de garantizar su derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le conciernan, la Convención no equipara el interés superior del niño con los intereses que el niño exprese. Tal equiparación no se encuentra ni en el artículo 3 de la Convención, ni en su artículo 12, ni en ninguna otra disposición de la Convención. // Tampoco se encuentra tal equiparación en la Observación General No. 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/GC/12). Ésta, al tratar específicamente de la relación entre los artículos 3 y 12 de la Convención, señala que dichas disposiciones consagran principios complementarios, de manera que el deber de atender al interés superior del niño como consideración primordial no puede cumplirse correctamente si no se respeta el artículo 12 y, por su parte, el artículo 3 ‘refuerza la funcionalidad del artículo 12’ (párrafo 74). La Observación General No. 14, antes citada, insiste en la complementariedad de ambos principios, pero tampoco equipara el interés superior del niño a los intereses por éste expresados. Agrega que el artículo 12 ‘establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior’ (párrafo 43). En otras palabras, el niño tiene derecho a ser oído y su opinión debe ser considerada al evaluar su interés superior. Pero dicha opinión no absuelve de la necesidad de hacer esta última evaluación, considerando todos los elementos que resulten relevantes. Cuáles sean estos elementos solo puede determinarse

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”.

Al igual que en el caso del régimen de derecho internacional de los derechos humanos, la Ley n.º 19968 hace una serie de aplicaciones sobre el interés superior del niño, asignándole, en consecuencia, una serie de efectos y funciones.

Desde este margen, se ve que el interés superior del niño se lo declara como un factor que justificará la acumulación o desacumulación (sic) de asuntos de familia (art. 17)⁵⁵; para justificar la necesidad que el niño, niña o adolescente cuente con la debida representación judicial (art. 19)⁵⁶; para la

en concreto para cada caso (‘La evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño..’ *op. cit.*, párrafo 48). La citada Observación General No. 14 ofrece una lista no exhaustiva de elementos usualmente relevantes (párrafos 52 a 79). La opinión del niño es solo uno de ellos. // Décimo sexto: Que, por otra parte, el propio artículo 12 de la Convención dispone que las opiniones del niño se tendrán en cuenta ‘en función de la edad y madurez del niño’. La citada Observación General No. 12 destaca que ‘no basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio’ (párrafo 28). La evaluación debe hacerse ‘mediante un examen caso por caso’ (párrafo 29). // Esto resulta además consistente con el hecho de que la autonomía se desarrolla progresivamente en los niños. Por eso el artículo quinto de la citada Convención establece que las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres para impartir dirección y orientación a los niños deben estar ‘en consonancia con la evolución de sus facultades’. Y comentando esta disposición, la Observación General No. 12 señala: el niño tiene derecho a recibir dirección y orientación, que tienen que compensar la falta de conocimientos, experiencia y comprensión del niño y estar en consonancia con la evolución de sus facultades, como se establece en ese artículo. Cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad. Esta transformación no tendrá lugar en un punto fijo del desarrollo del niño, sino que se producirá paulatinamente a medida que se alienta al niño a aportar sus opiniones (párrafo 84)”. CORTE SUPREMA (2015), C. 15.º y 16.º.

⁵⁵ Ley n.º 19968, art. 17: “Acumulación necesaria. Los jueces de familia conocerán conjuntamente, en un solo proceso, los distintos asuntos que una o ambas partes sometan a su consideración, siempre que se sustancien conforme al mismo procedimiento. La acumulación y desacumulación procederán sólo hasta el inicio de la audiencia preparatoria y serán resueltas por el juez que corresponda, teniendo especialmente en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente. La acumulación procederá incluso entre asuntos no sometidos al mismo procedimiento, si se trata de la situación regulada por el inciso final del artículo 9º de la ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, y de las materias previstas en los números 1), 2) y 7) del artículo 8º”.

⁵⁶ *Op. cit.*, art. 19: “[inc. 1.º] Representación. En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o

dictación de medidas cautelares (art. 22 inc. 1.º)⁵⁷; en cuanto límite para la aprobación de las convenciones probatorias (art. 30 inc. 2.º)⁵⁸; como fundamento para que el juez ordene la ausencia de algún miembro de la familia durante algún momento de la audiencia de juicio (art. 63 inc. 4.º)⁵⁹; en forma implícita como un fundamento de la integridad del procedimiento especial consistente de la “aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes” (s.m. Ley n.º 19.968, tít. IV, párrafo 1.º, arts. 68 a 80 bis); y como principio que rige a la mediación (art. 105 letra e)⁶⁰.

incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados. // [inc. 2.º] El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación. // [inc. 3.º] La persona así designada será el curador ad litem del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal prevista como un derecho de la víctima en el artículo 109 letra b) del Código Procesal Penal. // [inc. 4.º] De la falta de designación del representante de que trata este artículo, podrán reclamar las instituciones mencionadas en el inciso segundo o cualquier persona que tenga interés en ello. // [inc. 5.º] En los casos del inciso segundo del artículo 332 del Código Civil, aquél de los padres en cuyo hogar vive el alimentario mayor de edad se entenderá legitimado, por el solo ministerio de la ley, para demandar, cobrar y percibir alimentos de quien corresponda, en interés del alimentario, sin perjuicio del derecho de éste para actuar personalmente, si lo estima conveniente. Si el alimentario no actúa personalmente se entenderá que acepta la legitimación activa del padre o madre junto a quien vive”.

⁵⁷ Ley n.º 19968, art. 22 inc. 1.º: “Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar”.

⁵⁸ *Op. cit.*, art. 30 inc. 2.º: “El juez aprobará sólo aquellas convenciones probatorias que no sean contrarias a derecho, teniendo particularmente en vista los intereses de los niños, niñas o adolescentes involucrados en el conflicto. Asimismo, el juez verificará que el consentimiento ha sido prestado en forma libre y voluntaria, con pleno conocimiento de los efectos de la convención”.

⁵⁹ *Op. cit.*, art. 63 inc. 4.º: “Podrá asimismo ordenar, en interés superior del niño, niña o adolescente, que éste u otro miembro del grupo familiar se ausente durante determinadas actuaciones”.

⁶⁰ *Op. cit.*, art. 105 letra e): “Principios de la mediación. Durante todo el proceso de mediación, el mediador deberá velar por que se cumplan los siguientes principios en los términos que a continuación se señalan: // e) Interés superior del niño: por el cual, en el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, pudiendo citarlos sólo si su presencia es estrictamente

Algunos autores sostienen que la más eficiente forma de protección de los intereses del niño no debería provenir del *Código Civil*, sino que de las normas procesales y sustantivas emanadas de la Ley n.º 19968, ya que ellas sirven como criterio de examen del conflicto de los padres, a quienes se considera la fuente de la inestabilidad en la relación con los hijos⁶¹.

Por lo pronto, se cree que la normativa establece que el principio de interés superior del niño constituye un imperativo procesal, el cual deberá tener presente el tribunal para la resolución del conflicto y la adopción de medidas de protección del niño durante la tramitación del proceso familiar.

b) En el derecho de familia

En lo que respecta al derecho de familia chileno, el principio de interés superior del niño forma parte de la arquitectura de una serie de instituciones capitales, las cuales consisten de la adopción (i), matrimonio (ii), cuidado personal y relación directa y regular (iii), y filiación (iv)⁶².

(i) Adopción

La doctrina chilena destaca que uno de los principios que rige a la adopción en Chile, y que en la actualidad se contiene en la Ley n.º 19620 (*DO.* 5 de agosto de 1999), es el interés superior del niño⁶³.

Esta consagración en cuanto principio jurídico, se encuentra en el art. 1.º de la Ley de Adopción, el cual dice:

“La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia

indispensable para el desarrollo de la mediación”. El principio de interés superior del niño en materia de mediación es consagrado de igual forma en el derecho español. Un análisis, en SÁNCHEZ (2012), pp. 1456-1457.

⁶¹ DEL PICÓ (2011), p. 142.

⁶² Declara expresamente al interés superior del niño como un principio del derecho de familia: ORREGO (2011), p. 155.

Por cuestiones de espacio, se ha limitado el análisis solo a estos puntos, sin perjuicio que hay otros en los cuales el principio de interés superior del niño se ha declarado igualmente procedente. Por ejemplo, a la hora de discutir la procedencia de una autorización judicial para la salida de un niño, niña o adolescente del país (Ley de Menores, art. 49). Un caso jurisprudencial en el cual se plantea la posibilidad de autorizar o negar esa salida, usando como criterio de decisión el principio de interés superior del niño, puede consultarse en CORTE SUPREMA (2015), tanto en su voto de mayoría y voto disidente.

⁶³ ABELIUK (2012), núm. 154, p. 226; CORRAL (2002), pp. 65-66; COURT (2010), núm. 122, p. 71; GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 39; QUINTANA (2013), núm. 61, pp. 253-254. En forma genérica, declara el origen de la reforma introducida por la ley en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, RAMOS (2010), núm. 518, pp. 401-402.

que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”.

Como podrá apreciarse, esta disposición se encuentra en perfecta consonancia con la exigencia dispuesta en la Convención de Derechos del Niño, en su art. 21 ya comentado en este manuscrito. Los autores destacan que la norma chilena tiene como antecedente directo el ap. 1 del art. 3.º de la Convención señalada⁶⁴.

(ii) Derecho matrimonial

La actual Ley de Matrimonio Civil (Ley n.º 19947, DO. 17 de mayo de 2004), ha hecho consagración explícita del interés superior del niño como un principio que rige a dicha ley⁶⁵. Y al igual que lo que ocurre con la Ley n.º 19968, no solo se ha limitado a exponer normativamente este principio, sino que, asimismo, le ha asignado algunas funciones específicas.

La consagración del interés superior del niño como principio jurídico que rige al matrimonio civil, se contiene en el art. 3.º, que dice:

“Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil.

Conociendo de estas materias, el juez procurará preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada.

Asimismo, el juez resolverá las cuestiones atinentes a la nulidad, la separación o el divorcio, conciliándolas con los derechos y deberes provenientes de las relaciones de filiación y con la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura o la vida separada de los cónyuges”.

Puede notarse que la ley gira explícitamente en torno a dos principios, cuales son el de interés superior del hijo y el de protección del cónyuge más débil⁶⁶. Y el primero cumple una función tan destacada que, incluso, constituye una exigencia prevista para que los cónyuges puedan disponer de for-

⁶⁴ Sobre este punto, puede consultarse TAPIA (2005), núm. 73, pp. 133-134.

⁶⁵ Indican que es un principio del derecho matrimonial chileno: GARRIDO (2013), p. 76; GÓMEZ DE LA TORRE (2007), pp. 39-40; DEL PICÓ (2010), p. 132. Como se ha citado, Juan Andrés Orrego Acuña sostiene que, a partir del art. 3.º de la Ley de Matrimonio Civil, es que se extrae que el interés superior del niño sea un principio jurídico rector del derecho de familia. ORREGO (2011), p. 155. En un sentido similar, COURT (2010), núm. 122, pp. 71-72.

⁶⁶ Un estudio más detallado de los principios que rigen al matrimonio civil, en DEL PICÓ (2011) y DEL PICÓ (2010), pp. 115-143.

ma voluntaria el cese provisorio o definitivo de su vida en común⁶⁷. Como lo explica la doctrina, el propósito de esta inserción consiste de “prevenir decisiones irreflexivas y resolver todos los problemas personales y patrimoniales generados por la ruptura matrimonial”, el cual se declara que tendrá especial relevancia para determinar la definición del cuidado personal de los hijos⁶⁸.

Esto se demuestra cuando se explica que los cónyuges que deseen la separación judicial de común acuerdo, deberán acompañar un acuerdo que reúna las características de ser completo y suficiente, y se entiende que reúne este último atributo,

“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” (Ley n.º 19947, art. 27 inc. 2.º).

La misma exigencia y características deberá reunir el acuerdo que deberán acompañar los cónyuges que deseen divorciarse de común acuerdo (Ley n.º 19947, art. 55 inc. 2.º)⁶⁹.

Finalmente, en el contexto de la tramitación de la separación judicial, nulidad del matrimonio y del divorcio, el interés superior del niño supone un parámetro que el tribunal deberá tener en cuenta para la resolución y la adopción de medidas relativas tanto a su persona como a sus bienes (art. 85)⁷⁰.

⁶⁷ Aunque expresamente la legislación matrimonial requiere, para autorizar la ruptura del matrimonio por divorcio de común acuerdo el que se traten estas materias, se afirma que el principio de interés superior del niño no tendría ni puede tener la fuerza suficiente para aceptar la supuesta existencia de un “derecho de los hijos para exigir la continuidad del vínculo entre sus padres”. Con detalle, expone estos argumentos DEL PICÓ (2011), p. 143 y DEL PICÓ (2010), pp. 135-136.

⁶⁸ TAPIA (2005), núm. 64, p. 111 y TAPIA (2011), núm. 3, p. 39. Las consecuencias derivadas de este principio tienen especial relevancia, dado que el tribunal podría considerar, amparándose en este principio y colocando en un segundo plano el bienestar exclusivo de los cónyuges, que los niños tienen derecho de mantener contacto con sus abuelos. Plantea el caso DEL PICÓ (2011), p. 142 y coinciden en el ejemplo, PINOCHET (2011), p. 594 y CÉSPEDES (2013), p. 19.

⁶⁹ En materia de divorcio unilateral, se prevé una norma que impide su declaración si de parte del demandante ha existido incumplimiento de su obligación alimenticia para con los hijos (Ley n.º 19947, art. 55 inc. 3.º), punto en que se pregunta si esta solución se encuentra fundada necesariamente en el principio de interés superior del niño. Se responde que, aunque el art. 3.º de la mencionada ley lo obliga “siempre” a considerar ese principio, de todos modos tal explicación no sería por sí sola satisfactoria. Trata el punto y propone la conjugación en este punto de los principios de interés superior del niño y de protección del cónyuge más débil. KUNCAR (2011), pp. 307-308.

⁷⁰ Ley n.º 19947, art. 85: “[inc. 1.º] La tramitación de la separación judicial, de la nulidad de matrimonio y del divorcio se regirá por lo dispuesto en este Capítulo y en las demás leyes

El principio de interés superior del niño, en virtud de esta norma que supone la consagración en texto positivo de un principio jurídico, se traduce en una serie de acciones concretas, las cuales pueden consistir de su derecho de ser oído en el juicio en que se tramita el divorcio de sus padres, o el que define su propia tuición, que sus intereses económicos no se vean afectados de manera arbitraria por la separación de sus padres, o que se niegue la relación directa y regular de los hijos con el padre o madre con quien no convivan en la actualidad⁷¹.

Cumple de esta manera una fórmula tanto sustantiva como procesal. Desde un punto de vista sustancial, sirve como método y parámetro para que el tribunal pueda resolver de modo apropiado el conflicto familiar, debiendo en todo momento dar aplicación del mismo, ya que la ley se ha encargado de imponerlo de manera forzosa. Y desde un punto de vista procesal, la fórmula casi en términos similares a lo que hace la Ley n.º 19968, con la diferencia del ámbito matrimonial en el cual institucionalmente se predica.

(iii) Cuidado personal y relación directa y regular

La consideración hacia el interés superior del niño se hace particularmente abundante en esta materia, sobre todo tras la reforma introducida al *Código Civil* por la Ley n.º 20680 (DO. 21 de junio de 2013)⁷², que significó una profunda reforma de la presente materia. De este modo, el legislador hace constantes llamados hacia este principio⁷³.

Una norma central dentro de esta materia, la constituye el inc. 1.º del art. 222 del CCCh., que consagra la regla fundamental en torno al desarrollo de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos. Dice esta norma:

que resulten aplicables, del modo que parezca más conforme con la paz y la concordia entre los miembros de la familia afectada. // [inc. 2.º] Cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oír a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes. // [inc. 3.º] El juez, en cualquier momento, podrá adoptar de oficio las medidas que crea convenientes para el cumplimiento de lo anterior, así como para solucionar de la mejor manera posible las rupturas o conflictos matrimoniales”.

⁷¹ DEL PICÓ (2011), p. 143.

⁷² Sobre el origen y comparación del estado normativo previo y posterior a esta ley, puede consultarse QUINTANA (2013), núm. 85, pp. 321-331.

⁷³ Existe una sentencia que declara que el régimen jurídico chileno anterior a la Ley n.º 20680 no era lesivo de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: “Que a lo anterior, cabe agregar que los sentenciadores con su decisión no han vulnerado los principios y derechos reconocidos en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, desde que se han limitado a aplicar el derecho interno, acorde con dicho instrumento, respetando, en consecuencia, las acciones y procedimientos previstos por el legislador nacional en la materia”. CORTE SUPREMA (2008a), C. 11.º.

“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 jurisprudencia ha tenido la oportunidad de destacar que el principio de interés superior del niño es fundamental en materia de cuidado personal, ya desde la época anterior a la reforma introducida al *Código Civil*⁷⁴.

Igualmente, ha resuelto que el principio de interés superior del niño cobra un especial interés en el marco de las relaciones parentales,

“en las que, por un lado, se encuentra el derecho y responsabilidad de los padres de cuidar y educar a los hijos y por otro, la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, lo que limita las facultades o roles de los padres, precisamente por interés superior de los menores, en aras de la satisfacción integral de sus derechos”⁷⁵.

Como se apreciará, se asigna al principio de interés superior del niño una función de medio de conciliación de los derechos e intereses que tienen los padres respecto de sus hijos (la paternidad y la maternidad generan como derecho el de mantener un vínculo afectivo y personal con los hijos), y el de los hijos (su derecho de ser criados en un ambiente de estabilidad emocional y de afecto respecto de sus padres). Puede notarse que hay un marcado carácter interpretativo en el tenor de la sentencia que se ha citado.

Nuevamente se aprecia que el interés superior del niño es señalado como un parámetro para la aplicación de diversas soluciones y mecanismos previstos en la materia⁷⁶.

En este orden de ideas, se lo sindicó como un elemento para el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal (art. 225-2 letra j del CCCh.)⁷⁷; para confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes (art. 226 inc. 1.º del CCCh)⁷⁸; para la determina-

⁷⁴ Cfr. CORTE SUPREMA (2008a), C. 8.º; CORTE SUPREMA (2009b), C. 8.º y voto disidente; CORTE SUPREMA (2010b), C. 10.º; CORTE SUPREMA (2010c), C. 6.º.

⁷⁵ CORTE SUPREMA (2010b), C. 10.º.

⁷⁶ Destacan la manifestación del principio de interés superior del niño en la materia: COURT (2010), núm. 122, p. 71 y MORENO (2011), p. 92. En el caso de GARRIDO (2013), p. 209, lo refiere, incluso, como el fundamento mismo de la institución del cuidado personal.

⁷⁷ Art. 225-2 letra j del CCCh: “En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias: // j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo”.

⁷⁸ CCCh., art. 226 inc. 1.º: “Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos

ción del régimen de relación directa y regular (art. 229 inc. 3.º letra d del CCCh)⁷⁹; indirectamente como un mecanismo de limitación al ejercicio del derecho de corrección que tiene el padre respecto del hijo (art. 234 inc. 1.º del CCCh)⁸⁰; como un criterio para resolver sobre la revocación de una medida relativa a un menor de edad sujeto a patria potestad (art. 242 del CCCh)⁸¹; para que el tribunal pueda confiar la patria potestad del hijo al padre o madre que carecía de él, o para radicarlo en uno solo de ellos, en caso que hubiere existido un ejercicio conjunto y vivieren los padres juntos (art. 244 inc. 4.º del CCCh)⁸² o separados (art. 245 inc. 2.º del CCCh)⁸³.

El resultado que tendrían estas medidas, es la de concebir al principio de interés superior del niño como un mecanismo de protección frente a las amenazas que provocan los propios padres, mediante sus crisis afectivas, y

en el artículo 225-2". En relación con esta disposición, ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño. Al respecto, la Directriz 14 de Riad ha establecido que [c]uando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el 'desplazamiento' de un lugar a otro". CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2002), § 73.

⁷⁹ Art. 229 inc. 3.º letra d) del CCCh: "Para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades, y considerando especialmente: // d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo".

⁸⁰ Art. 234 inc. 1.º del CCCh: "Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño". La actual redacción de este precepto legal se debe a una reforma introducida por la Ley n.º 20286 (DO. 15 de septiembre de 2008).

⁸¹ Art. 242 del CCCh: "En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez".

⁸² Art. 244 inc. 4.º del CCCh: "En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente. Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá dentro del mismo plazo señalado en el inciso primero".

⁸³ Art. 245 inc. 2.º del CCCh: "Sin embargo, por acuerdo de los padres o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse la patria potestad al otro padre o radicarla en uno de ellos si la ejercieren conjuntamente. Además, basándose en igual interés, los padres podrán ejercerla en forma conjunta. Se aplicarán al acuerdo o a la resolución judicial las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente".

que ellas forman parte de una perspectiva “terapéutica” que habría alcanzado el derecho de familia contemporáneo⁸⁴.

En cuanto a las *funciones concretas* asignadas al principio, se ha resuelto que sirve para determinar si se acoge o no una demanda de cuidado personal, y que se traduce directamente en tomar

“especialmente en consideración, el vínculo de apego que tiene el niño con su padre, con quien ha permanecido la mayor parte de su vida y la estabilidad que éste y su familia le han brindado, además de los beneficios que esto puede aportar a su desarrollo, en concordancia con lo que los diversos informes y opiniones de expertos han manifestado o dejado constancia en el proceso”⁸⁵.

También se observa:

“las normas de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, especialmente artículos 3.1 y 12.1, como las que regulan la forma de prestar la tuición y cuidado personal de los menores, a saber artículos 225, 227, 242 inciso 2° del Código Civil, y artículo 42 de la Ley N° 16.618, obligan a atender al interés superior del niño y respetar las opiniones de éste en función de su edad y madurez, como también –en la materia que nos ocupa– tales reglas imponen determinar el estado social y psicológico de quienes pretenden ejercer exclusivamente el derecho de vivir con el menor, en aras a discernir –por una parte– sobre su aptitud para aquello, como –de otra– el mayor beneficio que se obtendría para el desarrollo integral del niño”⁸⁶.

Bajo el estado normativo previo a la Ley n.° 20680, el principio de interés superior del niño constituía derechamente el criterio con el cual se podía alterar la regla prevista en el art. 225 del CCCh., que le asignaba el cuidado personal a la madre, distinguiéndola con claridad de la hipótesis de inhabilidad de esta⁸⁷, indicándose:

“el interés superior de la menor, ha sido preterido en beneficio de la madre, puesto que dicho principio en el caso concreto, se traduce en brindarle a la menor, un entorno propio de protección y apego filial, en aras de mantener la estabilidad alcanzada y el óptimo desarrollo de su personalidad, lo que en las condiciones señaladas en el motivo precedente sólo puede verificarse en el hogar paterno”⁸⁸.

⁸⁴ TAPIA (2005), núm. 73, p. 133.

⁸⁵ CORTE SUPREMA (2010a), C. 10.°.

⁸⁶ CORTE SUPREMA (2001), C. 5.°.

⁸⁷ CORTE SUPREMA (2008b), C. 6.°; CORTE SUPREMA (2008c), C. 7.°.

⁸⁸ CORTE SUPREMA (2008c), C. 14.°.

En la materia concreta de la relación directa y regular, el interés superior del niño ha sido de igual forma invocado, a fin de graduar de manera debida las formas en que deberían desarrollarse las comunicaciones entre padres e hijos, derivadas en particular de la falta de contacto existente entre ellos⁸⁹.

En lo que respecta a la forma en que debe ser evaluado el interés superior del niño en materia de cuidado personal, cobra especial importancia la necesidad de evitar basamentos en criterios discriminatorios, y que su determinación sea fundadamente objetiva.

Esta discusión es la que precisamente se ventiló en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual sostuvo que la orientación sexual de los padres no constituye un mecanismo válido para determinar la habilidad del padre para criar a los hijos, de modo que el interés superior del niño no podía ser invocado como justificación para insertar un margen de discriminación respecto de un padre:

“109. Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

⁸⁹ En este sentido: CORTE SUPREMA (2008d): “Décimo: Que en el caso de autos se establece que el interés superior del niño no ha sido considerado debidamente, puesto que la decisión de los sentenciadores desatiende la situación en la que se encuentra el menor y no le brinda la debida protección en la regulación del sistema de comunicación que establece a favor del padre. En efecto, la determinación de tal régimen comunicacional, no se ajusta a lo que a la luz de los antecedentes allegados al proceso, parece ser lo razonable y lógico para la resolución del caso, al establecer la posibilidad de que el menor salga al extranjero en una época cercana, atendida su edad y las circunstancias en que se ha desarrollado hasta ahora la relación entre padre e hijo. // Undécimo: Que, de este modo, sólo cabe concluir, que al decidir como lo hicieron, los jueces recurridos infringieron el artículo 32 de la Ley 19.968, al haber desatendido los principios de la sana crítica y el artículo 16 de la misma ley, puesto que han decidido en forma contraria al interés superior del menor. Por lo que ante las vulneraciones indicadas, se impone la invalidación de la decisión ya que las infracciones anotadas influyeron sustancialmente en lo dispositivo del fallo, desde que condujeron a establecer un régimen comunicacional a favor del actor, respecto de su hijo, en términos que atendidas las circunstancias particulares del caso, no resultaban procedentes ni aconsejables”.

110. En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el 'interés superior del niño' un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

111. Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños⁹⁰.

La Corte impone un fuerte estándar probatorio en lo que refiere al análisis de la habilidad moral de un padre para privarle del cuidado personal del hijo, destacando que no puede basarse en meras especulaciones, ni tampoco en un supuesto temor social derivado de la falta de aceptación de las realidades de las uniones homosexuales. Por otro lado, resulta destacable de

⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), §§ 109-111. Es por ello que la Corte va analizando con posterioridad los criterios emitidos por los tribunales chilenos para fundar su resolución (los cuales consistieron en (i) *la presunta discriminación social que habrían sufrido las tres niñas por el ejercicio de la orientación sexual de la señora Atala*; ii) *la alegada confusión de roles que habrían presentando las tres niñas como consecuencia de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo*; iii) *la supuesta prevalencia que la señora Atala le habría dado a su vida personal sobre los intereses de sus tres hijas*, y iv) *el derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia con un padre y una madre*) y concluye que ninguno de ellos obedece a criterios que sean admisibles a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cfr. *op. cit.*, §§ 113-146).

Otro aspecto en el cual debe destacarse, desde un punto de vista de análisis interpretativo, se encuentra en el constante uso de la jurisprudencia comparada ordinaria y constitucional, tanto aquella que emana de los respectivos Estados miembros, como del derecho europeo de los derechos humanos. Este uso permite discutir dos cosas: la posibilidad efectiva de considerar al derecho comparado como un elemento de interpretación, y la existencia de un diálogo multinivel en materia de derechos humanos. Respectivamente, una aproximación en HÄBERLE (2010), pp. 379-411; VIVAS y CUBIDES (2012), pp. 184-204 y SERNA (2013), pp. 35-38.

la sentencia, que imponga en los jueces la necesidad de brindar una adecuada y completa explicación acerca de la manera en que el interés superior del niño se entiende condicionar la determinación del cuidado personal a favor de uno de los padres y para privarlo al otro.

Pareciera un tanto contradictoria la afirmación final consistente de que “no son admisibles [...] o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños”. Sin embargo, la contradicción es solo aparente; siendo el interés de los niños y, en especial, el impacto que una medida judicial pueda tener respecto de los niños, lo que se quiere evitar es que se trate de invocar un impacto “presunto”. Deberá tratarse de un riesgo real y efectivo, no una mera conjetura. Es decir, nuevamente la Corte exige la observancia de un estándar probatorio expreso, explícito y evidente.

En concepto de algunos autores, el efecto que tendría esta redacción en la comprensión del principio de interés superior del niño, sería tal que involucraría una concepción predeterminada desde un punto de vista moral de lo que se pretende obtener de un niño. Es así, que se sostenga:

“el Código Civil parece entender que el *interés superior del niño* consiste en criar hijos bien alimentados, bien educados y buenos ciudadanos (la cercanía con las ideas de la *Ilustración* es evidente)”⁹¹.

En suma, la función de este principio, que para esta materia es muy específica, tiende a que el juez pueda establecer de una manera apropiada, quién deberá asumir el cuidado personal del niño, niña y adolescente, o la posibilidad de su cambio; y otro tanto ocurrirá respecto de la relación directa y regular.

(iv) Filiación

Por último, se ve que la “prioridad del interés del hijo” ha sido considerada una de las ideas centrales de las reformas introducidas al *Código Civil* en virtud de la Ley n.º 19585 y que permiten calificarlo igualmente como un principio que rige al estatuto de filiación⁹².

Esta reforma, entre otros aspectos, se manifestó en concreto en la eliminación de las principales distinciones y diferencias entre los niños que pudieren generarse con ocasión de su nacimiento, ya sea que su origen fuese

⁹¹ TAPIA (2005), núm. 73, p. 132. El autor formula un comentario crítico respecto de la forma cómo puede obtenerse protección de este interés, sin necesidad de acudir a mecanismos jurídicos, frente a la dificultad de hacer efectivo en este plano estos mecanismos, *op. cit.*, pp. 132-133.

⁹² Un detalle sobre las medidas que conlleva este interés, en GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 47.

matrimonial o extramatrimonial. Ello, porque claramente significaban una grave vulneración del derecho a la igualdad ante la ley de los hijos, consagrada tanto por la Constitución Política como por los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado de Chile, debido a su nacimiento⁹³.

Esto se plasmó, en consecuencia, en la eliminación de la distinción entre los hijos legítimos, naturales e ilegítimos, unificando el régimen jurídico de filiación y, por esta vía, generar una equiparación de los derechos que, desde el punto de vista familiar y sucesorio, tienen los niños, niñas y adolescentes, sin atender a las condiciones jurídico-afectivas que tenían sus padres en ese momento⁹⁴.

(c) Derecho penal

Las referencias hacia el “interés superior del adolescente”, se contienen en la actualidad en el derecho penal del adolescente, previsto en la Ley n.º 20084, Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal (DO. 7 de diciembre de 2005)⁹⁵.

La importancia que alcanza el principio en comentario queda en evidencia desde el momento en que se la invoca como una norma expresa. Dice el art. 2.º de la Ley n.º 20084:

“Interés superior del adolescente. En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos.

En la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

Formalmente puede apreciarse que la norma no ofrece una definición muy precisa para el interés superior del niño. A un mismo tiempo de men-

⁹³ Una exposición general y crítica al estado jurídico previo a la reforma de filiación, y las principales críticas desde la óptica de los derechos fundamentales, en MUÑOZ (1996), pp. 132-139 y ÁLVAREZ (s/f), pp. 19-20.

⁹⁴ En este sentido: ABELIUK (2012), núm. 10, p. 28; CORRAL (2002), p. 66; GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 39; QUINTANA (2013), núm. 61, pp. 253-254; RAMOS (2010), núm. 518, p. 401; TAPIA (2005), núm. 73, p. 132; TAPIA (2011), núm. 3, p. 42.

⁹⁵ GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 40.

cionarlo, indica que el mismo “se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos”, razón por la cual reitera la posibilidad de la aplicación directa de la normativa internacional sobre los derechos del niño, en una redacción muy semejante al inc. 2.º del art. 5.º de la Const. Pol.

La norma viene en imponer un deber a las autoridades administrativas y judiciales, en orden a que “se tenga en consideración”. Lo declara como una expresión imperativa “deberá”, lo cual les obliga, ya sea en la dictación de los actos administrativos pertinentes, como en la tramitación del procedimiento penal y contravencional pertinente, y en la dictación de sentencia, implementar el principio en comentario.

De igual forma ha podido resolverse jurisprudencialmente que el establecimiento de esta ley en materia de responsabilidad penal juvenil tuvo especialmente en vista dar satisfacción al principio de interés superior del niño, imponiendo un régimen punitivo menos riguroso y más favorable, el cual debe ser aplicado bajo el concepto de “ley penal más favorable” al imputado (art. 18 de la CP):

“Que de lo precedentemente dicho surge que la sentencia cuestionada ha vulnerado las normas invocadas por la defensa, dado que es efectivo que la ley de responsabilidad penal adolescente establece un régimen de penalidad menos riguroso, ello en miras del interés superior del niño y de su plena integración social. Reconocida la existencia de una ley menos rigurosa, los sentenciadores no pudieron sustraerse a la obligación de arreglar a ella el juzgamiento del hecho punible conforme a la regla especial del artículo 18, inciso tercero, del Código Penal, por lo que el pronunciamiento en alzada deberá ser modificado”⁹⁶.

Con lo anterior, se ha concluido con esta revisión del derecho interno chileno en materia de interés superior del niño. Lo que sigue forman parte de las palabras finales respecto de la materia objeto del presente trabajo, partiendo con algunas apreciaciones críticas que se derivan en términos generales.

6. OBSERVACIONES CRÍTICAS

El interés superior del niño ha sido descrito por los autores como un avance importantísimo y capital en la actual comprensión de las relaciones familiares, hasta el punto de sostenerse la existencia de “un nuevo paradigma”,

⁹⁶ CORTE SUPREMA (2008), C. 9..

en virtud del cual los niños han dejado de encontrarse en un plano de inferioridad y subordinación respecto de quienes tienen derechos, obligaciones y responsabilidades respecto de ellos, sino que ahora pasaron a ser protagonistas⁹⁷.

De hecho, cualquier clase de discusión jurídica parental ahora ya no puede ser resuelta desde un plano estrictamente individualista, considerando solo la posición de los padres. Las principales decisiones que deberán tomarse en el ámbito del derecho de familia, tomarán en posición principal al interés de los hijos.

Una de las mayores dificultades que se visualiza desde un punto de vista metodológico en la consagración del principio de interés superior del niño, consiste de la fuerte insistencia de su importancia e, incluso, el señalamiento de las materias respecto de las cuales tiene interés, pero no existe ningún esfuerzo internacional en orden a precisar con toda claridad el significado de este concepto.

Pero pareciera que la decisión de no brindar una noción determinada en el derecho internacional al interés superior del niño, obedecería a una razón premeditada. Se concibe al principio en un carácter abierto o como una de las tantas “nociones marco” que existirían en el derecho de familia⁹⁸, y que se explicaría por la diversidad de aplicaciones que este tiene, no limitados a una determinada área del derecho, y porque en su aplicación deben ser considerados diversos aspectos de hecho, los cuales, incluso, podrían cambiar de un Estado a otro⁹⁹. Se tratará de una materia cuya apreciación es en la práctica asunto del derecho interno, cumpliendo en todo caso con los estándares previstos tanto por la Convención como por los órganos que supervigilan su interpretación, implementación y aplicación en los sistemas jurídicos nacionales. Por tanto, el legislador ha establecido un margen para que el juez pueda integrar este concepto, conforme a las características del caso, lo cual supone necesariamente que la interpretación judicial en esta materia “adquiere la fuerza de una gestación normativa”¹⁰⁰.

⁹⁷ En este sentido: DEL PICÓ (2010), pp. 133-134.

⁹⁸ En este sentido GÓMEZ DE LA TORRE (2007), p. 41, con cita de Jacqueline Pousson. En un sentido semejante, se ha dicho que “[s]obre el alcance del principio, es necesario resaltar su carácter extremadamente abierto y carente de determinación legal”. DEL PICÓ (2010), p. 134. Para el caso del derecho español: GAYA (2012), p. 1718, quien coincide en el diagnóstico que este concepto tendrá que ser valorado en cada caso concreto.

⁹⁹ En relación con esta afirmación, se ha dicho que el fundamento de la inserción de una norma de contenido amplio y sin definiciones, se encontraría “en la ausencia de uniformidad tanto de los sujetos a los cuales debe aplicarse, como de las circunstancias sociales que les condicionan o determinan”. DEL PICÓ (2010), p. 134.

¹⁰⁰ *Op. cit.*, p. 134, con cita de Grossman.

Se cree que este vicio conceptual afecta de manera seria la aplicación práctica que se hace de este principio en el derecho chileno, debido a que la judicatura ordinaria tiende a utilizar este concepto como una suerte de “comodín”, sin tratar de explicar de qué forma se pretende invocar este principio. Esta clase de fenómeno se produce en forma tal que las referencias generales hacia este principio dificultan considerar si se ha producido efectivamente un proceso de “constitucionalización del derecho de familia” ante la judicatura nacional ordinaria¹⁰¹.

Esta clase de fenómeno es posible visualizarlo tanto en sede ordinaria como constitucional. En efecto, es posible identificar algunos requerimientos de inaplicabilidad en los cuales las referencias hacia el interés superior del niño carecen de una debida explicación:

“Que, sin perjuicio de lo razonado anteriormente, es pertinente consignar que, apreciada en abstracto, la norma cuestionada tampoco pugna con la Constitución.

Efectivamente, la atribución del cuidado personal del menor a uno de los cónyuges cuando éstos se encuentran separados, parece razonable e inspirada en el interés superior del niño. La situación fáctica producida exige su protección inmediata, sin incertidumbre alguna, en tanto los padres formalizan algún acuerdo o recurren al tribunal competente”¹⁰².

De la misma forma, en sede ordinaria, se observan sentencias que simplemente se limitan a explicar que, en virtud del principio de interés superior del niño, debe mantenerse el cuidado personal en un determinado caso a favor de la abuela paterna; a lo sumo justificándolo “en beneficio de su desarrollo social, afectivo y psíquico”¹⁰³. ¿Por qué redundan en estos beneficios? El fallo no lo explica, y la única explicación posible (y que es válida solo desde un plano estrictamente procesal, porque en lo sustancial nada aporta para el entendimiento de la forma cómo funciona el principio), se encuentra en que se trata de una discusión en el contexto de un recurso de casación en el fondo, en el cual la ley prohíbe la libre discusión de antecedentes de hecho. Salvo esta explicación, el principio queda carente de una debida explicación y se convierte en un principio vacío de contenido.

Es más, es posible visualizar cómo en un caso concreto se invoca el interés superior del niño para fallar recursos en un determinado sentido, pero que a continuación los votos disidentes se fundan precisamente en una invocación a su respecto del interés superior del niño.

¹⁰¹ El detalle de la discusión, en TURNER (2011), pp. 55-56.

¹⁰² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2013), C. 14.º.

¹⁰³ CORTE SUPREMA (2008b), C. 8.º.

A modo de ejemplo, es lo que ocurre con un fallo dictado por la Excma. Corte Suprema, cuyo voto de mayoría declara al interés superior del niño como “un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico”, que justifica que se rechace el recurso de casación en el fondo¹⁰⁴, pero que en un voto disidente señala que, en virtud del mismo principio, tal fallo debía emitirse en el sentido diametralmente opuesto¹⁰⁵.

Incluso en la doctrina se han presentado algunas contradicciones derivadas del uso del principio de interés superior del niño. Uno de estos ejemplos se encuentra a la hora de considerar que el principio de responsabilidad compartida de la tuición de los hijos la vulneraría, en el entendido de que la óptica preferente no es el interés de los padres de mantener vínculo con los hijos, sino el de los hijos en orden a la estabilidad que le pueden traer los padres, y diversas dificultades derivadas de la práctica del derecho en caso que los padres vivan en domicilios distintos¹⁰⁶.

¹⁰⁴ CORTE SUPREMA (2009b), C. 8.º: “Que, además, cabe expresar que siendo el interés superior del niño un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, no se advierte de autos que los sentenciadores lo hayan desatendido, por el contrario, se ha respetado la regla de orden natural prevista en el artículo 225 del Código Civil, en cuanto a que la crianza de los hijos, en caso de separación de los padres, corresponde a la madre. En efecto, no se estableció en el fallo impugnado inhabilidad o causa calificada que le impida a ésta ejercer su rol, ni tampoco una situación de vulneración, peligro o amenaza para los menores, que justificara, entregar su cuidado a su padre; sin que obste a ello el deseo que han manifestado los niños de permanecer bajo el cuidado de éste, con quien seguirán teniendo una relación directa y regular en los términos dispuestos en el régimen comunicacional regulado a favor del actor. Asimismo y, en consideración al bienestar de los menores se reconoce que este está dado por la presencia de ambos progenitores en su crianza y se dispone la implementación de terapias para que las partes superen las vivencias sufridas y reconstituyan vínculos”.

¹⁰⁵ *Ibid.*, voto disidente, red. ministro Guillermo Silva G. y abogado integrante Ricardo Peralta V.: “Acordada con el voto en contra de Ministro señor Silva y del Abogado Integrante señor Peralta, quienes estuvieron por acoger el recurso de casación intentado, por estimar que los falladores han vulnerado las normas de la sana crítica y aquéllas que consagran como principio rector en materia de familia al interés superior del niño, al desconocer antecedentes relevantes que obran en autos y que demuestran en forma irrefutable que el bienestar de los menores se encuentra bajo el cuidado de su padre, al constituir la figura paterna el referente de estabilidad, seguridad, protección y afectividad que ellos para su desarrollo necesitan, características que hasta ahora, la madre no ha demostrado tener; constituyendo estas circunstancias y el riesgo que para éstos representa volver bajo el alero materno en estas condiciones, una causal calificada en los términos que el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil establece y que autoriza a privar a la madre del cuidado de los hijos y entregarlo a su padre”. Este mismo diálogo puede observarse, en materia de autorización judicial de salida del país de un niño, en CORTE SUPREMA (2015), votos de mayoría y disidente.

¹⁰⁶ Es la posición sostenida por RODRÍGUEZ (2011), pp. 577-578, quien discute la constitucionalidad de la medida. También formula sus reparos a la forma en que ha sido dispuesta la reforma sobre custodia compartida de los hijos, a la luz de este principio, CÉSPEDES (2013), p. 15.

En todo caso, merecen destacarse algunas sentencias que sí se preocupan de formular un estudio más acabado de algunas consecuencias que inviste el principio de interés superior del niño¹⁰⁷. Aunque lo usual, y esto ocurre bastante en las tramitaciones seguidas ante los tribunales de fondo, es que las menciones sobre el interés superior sean (demasiado) genéricas para ser consideradas como un aporte a la solución del caso particular.

7. CONCLUSIONES

A fin de concluir el presente trabajo, se acompañan las siguientes conclusiones que emanan de esta investigación:

El interés superior del niño constituye un principio jurídico fuertemente arraigado en el derecho internacional de los derechos humanos, y

¹⁰⁷ CORTE SUPREMA (2010b): “Undécimo: Que no obstante la trascendencia antes anotadas del principio en estudio, cabe destacar que en la especie los jueces del grado no se han hecho cargo en sus motivaciones de la situación de la menor –desde la perspectiva de su interés superior– limitándose en sus reflexiones a reconocer por sobre otra consideración el derecho legal de la madre a ejercer el cuidado del hijo, en caso de separación, al extremo de limitarse en su análisis a descartar existencia de inhabilidad por parte de la progenitora para desconocerle el derecho que invoca, sin atender a la condición de la niña, como sujeto de derechos de especial protección por el legislador. // Duodécimo: Que tal proceder desconoce la importancia que dicho principio reviste en la resolución del caso en el que ha debido tenerse en especial consideración la situación de la menor –la que conforme a los propios hechos que se han asentado en el fallo atacado– revela una desprotección y vulnerabilidad en los ámbitos inherentes al desarrollo de su personalidad y educación, producidos estando su cuidado bajo la titularidad de la madre y niega también los avances y logros que ha tenido, desde que por efectos de la medida de protección decretada a su favor, se encuentra bajo el amparo del padre y la proyección que ello tiene en su futuro. // Décimo tercero: Que, así las cosas, aún cuando en el caso sub lite no se han establecido inhabilidades por parte de la madre para ejercer el cuidado de su hija, los jueces del fondo debieron considerar el interés superior de la niña y en este aspecto que las circunstancias reseñadas en el motivo anterior, constituyen causa calificada y suficiente a la luz de lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 226 del Código Civil, para determinar que la menor se mantenga bajo el cuidado de su padre, por sobre el derecho que le asiste a su madre en orden a hacerse cargo de su crianza, porque en las particulares condiciones de vida de la niña, la satisfacción plena de sus derechos aparece garantizada de mejor manera al lado y bajo el cuidado de su progenitor. // Décimo cuarto: Que de lo que se viene de decir, fuerza es concluir que los sentenciadores recurridos, al decidir como lo hicieron, incurrieron en errónea aplicación del artículo 225 inciso tercero del Código Civil, en relación con el artículo 16 de la ley N°19.968, puesto que han decidido sin atender debidamente al interés superior de la menor, desconociendo la existencia en el caso, de una causa calificada que hace procedente la entrega de su cuidado al padre, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo en estudio, desde que condujo a los jueces a revocar la sentencia de primer grado y a rechazar la acción intentada”.

consagrado como un mecanismo que pretende asegurar la protección efectiva de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, los cuales han sido de igual forma consagrados en forma paralela a los derechos fundamentales de las personas mayores de edad.

Se ha podido apreciar cómo este principio ha sido dispuesto como un mecanismo limitante de la actividad del Estado, en el sentido que cada uno de sus órganos públicos pueda ejecutar su actuación dando pleno respeto a los derechos fundamentales de la infancia. Pero resulta necesario advertir que no constituye un derecho fundamental en sí mismo, sino que se estructura bajo la forma propia de un “principio jurídico”.

En cuanto principio jurídico que es, puede cumplir tres funciones generales, cuales son las de fundamentar el ordenamiento jurídico y cada una de las partes en que se compone, en cuanto medio de interpretación de las normas legales, y en su función de integración en caso de vacíos normativos.

El principio bajo evaluación en el presente trabajo ha sido consagrado por la legislación internacional cumpliendo dos funciones; una general y otras especiales.

La *función general*, supone su consagración bajo la clave de señalar un deber primordial al Estado en la defensa y protección de los derechos del niño.

Las *funciones especiales* se refieren a la instauración, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho interno, de una serie de limitaciones a la intervención del poder público, dispuestas en distintos niveles del derecho objetivo en que interviene o se ve comprometida la infancia y sus derechos fundamentales (determinación de la filiación, ruptura transitoria y definitiva de la relación matrimonial de los padres, cuidado personal, intervención procesal, etc.), y que se imponen ya sea al legislador o al juez ordinario, para que se privilegie y se protejan, en las respectivas decisiones que se adopten en esas materias, los derechos del niño, niña y adolescente.

Si bien la idea es que las normas fundamentales y constitucionales se basen en el uso de conceptos y normas generales y abiertas, de forma que puedan ajustarse a las exigencias de los cambios sociales, no puede perderse de vista que una excesiva apertura dificulta el entendimiento y la aplicación de la norma. Y se cree que el uso vacío que se hace de esta noción, sin tratar de ahondar en su sentido, no contribuyen a los intérpretes y aplicadores del derecho a efectuar una debida interpretación de este principio, el cual es crucial en materia de derecho de la infancia.

El desafío de la judicatura nacional se encuentra en la adecuada y racional aplicación de principios de carácter más o menos amplio, tratando de delinear desde ya su significado y consecuencias, desde la óptica del derecho

internacional de los derechos humanos, y señalando detalladamente en qué forma el principio tiene incidencia en el caso.

En todo caso, el interés superior del niño se convierte en un instrumento de conciliación entre diversos bienes jurídicos que puedan encontrarse comprometidos en un determinado caso. De esta manera, existen algunas situaciones para las cuales no podría estimarse como un “principio invencible”; siendo así, sería imposible que en virtud del interés de los hijos se impida la terminación del matrimonio de los padres, y otro tanto podría pensarse si solo se pretende resolver por el tribunal un determinado caso a partir de la sola opinión del niño. Se trata de un principio de carácter conciliatorio.

Un noble propósito, como es la protección de los derechos de la infancia, corre el riesgo de provocar una caótica aplicación del derecho, simplemente por vía de no entenderse de manera adecuada qué significa el interés superior del niño. Un pequeño error en el principio, al final puede adquirir efectos considerables al final, según se plantea en la filosofía aristotélico-tomista.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2012). *La filiación y sus efectos*, reimpresión, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo 1.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2008). “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, año 6, n.º 1, Talca.
- ALESSANDRI R., Arturo, Manuel SOMARRIVA U. y Antonio VODANOVIC H. (1998). *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*, 6ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo 1.
- ÁLVAREZ CRUZ, Raúl (s/f). *La Filiación y otras reformas al Código Civil. Ley N.º 19.585*, Santiago: Imprenta Alfabetas Artes Gráficas.
- AA.VV. (1995). *Niños y adolescentes. Sus derechos en nuestro derecho*, Santiago: Ediciones Sename.
- CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos (2013). “Los desafíos de la Ley 20.680. La nueva regulación de las relaciones paterno-filiales”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, núm. 27, vol. 1, Concepción.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013). “Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”. Disponible en www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf [fecha de consulta: 19 de agosto de 2015].
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2002). *Adopción y filiación adoptiva*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- COURT MURASSO, Eduardo (2010). *Curso de derecho de familia. La filiación por naturaleza. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Santiago: Editorial Abeledo-Perrot / LegalPublishing.
- D'ANTONIO, Daniel Hugo (1999). *Práctica del derecho de menores*, Buenos Aires: Editorial Astrea.
- DEL PICÓ RUBIO, Jorge (2010). *Derecho matrimonial chileno*, Santiago: Editorial Abeledo-Perrot / LegalPublishing.
- DEL PICÓ RUBIO, Jorge (2011). "Principios fundamentales del sistema matrimonial chileno", en AA.VV. *Estudios de derecho civil. Familia y derecho sucesorio*, Santiago: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters), tomo 5.
- DUCCI CLARO, Carlos (1980). *Derecho civil. Parte general*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GARRIDO CHACANA, Carlos (2013). *Tratado de derecho de familia*, Santiago: Editorial Metropolitana, tomo 1.
- GAYA SICILIA, Regina (2012): "Tutela y guarda de menores en situación de desamparo", en Gema DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Derecho de familia*, Madrid: Editorial Civitas / Thomson Reuters.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2007). *El sistema filiativo chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- HÄBERLE, Peter (2010): "Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7, núm. 13.
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2014). *Situación de los derechos humanos en Chile, Informe anual 2014*, Santiago: Andros Impresores.
- KUNCAR ONETO, Andrés (2011). "El divorcio unilateral ante el incumplimiento de la obligación alimenticia", en AA.VV.: *Estudios de derecho civil. Familia y Derecho Sucesorio*, Santiago: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, tomo 5.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN Y COOPERACIÓN (1994). *Derechos*, Santiago: Imprenta Quickprint.
- MORENO CONCHA, Ximena Paz (2011). "Paulatina incorporación de la autonomía de la voluntad en el derecho matrimonial chileno", en AA.VV. *Estudios de derecho civil. Familia y derecho sucesorio*, Santiago: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, tomo 5.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, Andrea (1996). "Reflexiones sobre un nuevo régimen de filiación en Chile", en AA.VV. *Instituciones modernas de derecho civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*, Santiago: Editorial Jurídica ConoSur.
- ORREGO ACUÑA, Juan Andrés (2011). "Visión crítica de la sociedad conyugal y algunos fundamentos del principio de protección al cónyuge más débil", en: AA.VV. *Estudios de derecho civil. Familia y derecho sucesorio*, Santiago: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, tomo 5.

- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2011). “La relación directa y regular de abuelos y nietos en el Ordenamiento Jurídico chileno”, en AA.VV. *Estudios de derecho civil. Familia y derecho sucesorio*, Santiago: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, tomo 5.
- QUINTANA VILLAR, María Soledad (2013). *Derecho de familia*, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- RAMOS PAZOS, René (2010). *Derecho de familia*, 7ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo 2.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2011). “La tuición compartida o alternada en Chile. Conflictos entre el interés superior del niño y los intereses de padres separados”, en AA.VV. *Estudios de derecho civil. Familia y derecho sucesorio*, Santiago: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, tomo 5.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen (2012). “Solución extrajudicial de los conflictos familiares: La mediación familiar”, en Gema DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ. *Derecho de familia*, Madrid: Editorial Civitas / Thomson Reuters).
- SERNA DE LA GARZA, Jorge (2013). “Jorge Carpizo y el proyecto ‘Hacia un Ius Commune Latinoamericano en Derechos Humanos’”, en Luis Raúl GONZÁLEZ PÉREZ y Diego VALADÉS (coords.). *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México D.F.: UNAM.
- TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio (2005). *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2011). “Del derecho de familia hacia un derecho de las familias”, en: AA.VV. *Estudios de derecho civil. Familia y derecho sucesorio*, Santiago; Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, tomo 5.
- TURNER SAEZLER, Susan (2011). “Tendencias constitucionales relativas a la protección de la familia”, en: AA.VV. *Estudios de derecho civil. Familia y derecho sucesorio*, Santiago: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, tomo 5.
- VIVAS BARRERA, Tania Giovanna y Jaime Alfonso CUBIDES CÁRDENAS (2012). “Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana”, en *Entramado*, vol. 8, núm. 2.

Jurisprudencia citada

Jurisprudencia internacional

Opiniones Consultivas

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2002), Opinión consultiva OC-17 /2002, de 28 de agosto.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009), Opinión consultiva de 27 de enero.

Competencia contenciosa

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012), *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Fondo reparaciones y costas, serie C-239 de 24 de febrero.

Jurisprudencia chilena

Tribunal Constitucional

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2013). Rol de ingreso n.º 2306-2012, requerimiento de inaplicabilidad de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, voto de mayoría, red. presidente ministro Raúl Bertelsen Repetto y ministro Hernán Vodanovic Schnake, de 30 de mayo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2014). Rol n.º 2493, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, voto de mayoría, de 6 de mayo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2015). Rol de ingreso n.º 2699 requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, red. ministra María Luisa Brahm Barril de 16 de junio.

Corte Suprema

CORTE SUPREMA (2001). [2ª Sala], rol de ingreso n.º 1620-2001, recurso de queja, voto de mayoría de 22 de agosto.

CORTE SUPREMA (2008) [2ª Sala], rol de Ingreso n.º 2617-2008, 6 noviembre, C. 9.

CORTE SUPREMA (2008a). [4ª Sala], rol de ingreso n.º 3097-2008, pron. ministros Patricio Valdés A., Gabriela Pérez P., Carlos Künsemüller L., ministro suplente Julio Torres A. y abogados integrantes señor Ricardo Peralta V., y Juan Carlos Cárcamo O., de 15 de julio.

CORTE SUPREMA (2008b). [4ª Sala], rol de ingreso n.º 3202-2008, pron. ministros Patricio Valdés A., Pedro Pierry A., Gabriela Pérez P., ministro suplente Julio Torres A. y abogado integrante Ricardo Peralta V. de 15 de julio.

CORTE SUPREMA (2008c) [4ª Sala], rol de ingreso n.º 3469-2008, pron. ministros Patricio Valdés A., Héctor Carreño S., ministro suplente Julio Torres A. y los abogados integrantes Roberto Jacob Ch., y Juan Carlos Cárcamo O. de 29 de julio.

CORTE SUPREMA (2008d). [4ª Sala], rol de ingreso n.º 6419-2008, red. ministro suplente Julio Torres Allú de 31 de diciembre,

CORTE SUPREMA (2009a). [3ª Sala], rol de ingreso n.º 1740-2009, recurso de protección, red. Abogado integrante Arnaldo Gorziglia Balbi, de 23 de abril.

CORTE SUPREMA (2009b). [4ª Sala], rol de ingreso n.º 1789-2009, voto de mayoría, red. ministro Patricio Valdés Aldunate, de 19 de mayo.

CORTE SUPREMA (2010a). [4ª Sala], rol de ingreso n.º 620-2010, red. ministra Rosa Egnem Saldías, de 3 de mayo.

CORTE SUPREMA (2010b). [4ª Sala], rol de ingreso n.º 608-2010, red. ministro Patricio Valdés Aldunate de 24 de junio.

CORTE SUPREMA (2010d). [4ª Sala], rol de ingreso n.º 5245-2010, red. ministra Gabriela Pérez Paredes de 24 de septiembre.

CORTE SUPREMA (2015). [4ª sala], rol de ingreso n.º 25409-2014, voto de mayoría: red. abogado integrante Rodrigo Correa G., voto disidente. red. ministro Ricardo Blanco, 20 de abril.

CORTE SUPREMA (2010c). [4ª Sala], rol de ingreso n.º 3834-2010, red. ministra Gabriela Pérez Paredes, de 9 de agosto.