



Universidad de Artes, Ciencias y Comunicación
Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales

Magister en Derecho de Familia e Intervención Familiar

**“Criterio judicial en el otorgamiento del cuidado personal del niño a
terceros”**

Para optar al Grado Académico de Magister

Profesor guía, Sr. Jorge Jofré Rojas.

Estudiantes : Carmen Gloria Almendra Espinoza.
Mariela Berenise Hernandez Mendoza.
Amalia Soledad Lopez Olivares.

RESUMEN

La presente investigación de tipo exploratoria – descriptiva, se enfoca en conocer los elementos que subyacen en el criterio judicial, de los jueces de Tribunales de Familia, frente a la atribución del cuidado personal de un niño, niña o adolescente a terceros.

A través de un enfoque metodológico cualitativo interpretativo y análisis de contenido jurisprudencial, se pretende comprender los significados atribuibles al principio orientador, que los jueces a través de la sana crítica incorporan en sus fallos.

Este estudio pretende enriquecer y potenciar la práctica profesional en el ámbito familiar, fortaleciendo la labor de los profesionales para abordar con eficacia situaciones relacionadas con la protección de la infancia en nuestro país.

Palabras clave: Cuidado personal del niño, cuidado personal a terceros, Interés superior del niño, Tribunales de Familia.

INTRODUCCION

El derecho de familia, como rama del derecho civil, es un ámbito jurídico que reviste importancia fundamental en cualquier sociedad, dado que regula las relaciones familiares, responsabilidades parentales y la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Una de los ámbitos que más importancia reviste para el bienestar de un niño, niña o adolescente, es quién y cómo se ejerce su cuidado personal, que se “refiere al conjunto de obligaciones y facultades que se derivan de convivir o compartir la vida cotidiana de los hijos, tales como determinar su residencia, convivir con ellos, cuidarlos” (Barría et al., 2022).

En nuestra legislación se establece que el cuidado personal de un hijo/a corresponde a sus padres, y el Código Civil establece reglas de atribución en el supuesto de que exista uno solo de los padres, o que los padres vivan separados, y no se pongan de acuerdo en quien lo ejercerá; pero también se establece la posibilidad de atribución a terceros, cuando se presentan escenarios en que Tribunales de Familia debe intervenir cuando niños, niñas y adolescentes son víctimas de abandono por parte de sus padres, o sufran alguna vulneración de derechos con ellos, por lo que en juicio se discute que persona, un tercero, sería el más idóneo para ejercer su cuidado personal.

Debido a la importancia de la institución del cuidado personal, pues de ella depende los derechos e interés de niños, niñas y adolescentes, surge la interrogante de que criterios utilizan los jueces para atribuirlos.

Dentro de este contexto, los principios derivados de la convención Internacional de los Derechos del Niño, como es el interés superior del niño, surgen como el principio fundamental, que sirven de guía a las decisiones judiciales siendo un eje central en el derecho de familia no sólo en nuestro país, sino que también, en muchas jurisdicciones alrededor del mundo.

Es por ello que la presente investigación se estudiará en profundidad, el principio del interés superior del niño, como un criterio de atribución del cuidado personal del niño a terceros, ya que este principio no se encuentra del todo determinado, encontrándose sujeto a las reglas de la sana crítica del juez, de acuerdo con lo señalado en el artículo 32 de la ley 19.968.

En consecuencia, esperamos que, a través de una investigación cualitativa, exploratoria descriptiva, seamos capaces de responder a la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuáles son los elementos que subyacen en el criterio judicial para determinar la atribución del cuidado personal de un niño, niña o adolescente a terceros?

Para ello, se realizara un análisis jurisprudencial de sentencias en donde se atribuye el cuidado personal a terceros, de manera de definir los elementos que subyacen en el criterio judicial de los jueces de Tribunales de Familia, cuando toman decisiones de acuerdo al principio de interes superior del niño, lo que sin duda nos aportara váliosa información que servirá en la práctica profesional en ámbitos de la judicatura de familia, especilmente para curadores ad litem de niños, niñas y adolescentes

I. Cuidado Personal

El cuidado personal, que antes era conocido como tuición, se define como “el conjunto de deberes y derechos que les corresponde a ciertas personas que han sido señaladas por la ley o mediante el dictamen de un juez, en relación al cuidado personal, crianza y educación de los hijos” (Fuschlocher, 1983).

“Responde al deber y derecho de ambos padres, padre y madres de consuno, de criar y educar a sus hijos y acompañarlos en su desarrollo hasta la madurez, derecho y deber que se encuentran garantizados por el Derecho chileno a todo nivel. Obedece también a la constatación de la doble función, paternidad y maternidad, que ejercitan los progenitores conjuntamente en la crianza y educación de sus hijos; función que es un deber de los padres y un derecho de los hijos”. (Rodríguez, M. 2009)

Desde un punto de vista lógico, se espera que este deber de cuidado se cumpla mediante el contacto físico directo y personal entre el padre, madre e hijo. (Barría et al, 2022).

La legislación chilena, frente al cuidado personal de niños, niñas y adolescentes, se basa en las siguientes normativas:

- Convención Internacional sobre los Derechos del niño
- Código Civil (Título IX, De Los Derechos y Obligaciones entre los Padres y Los Hijos.)
- Ley 16618 de Menores (1987)
- Ley 19947 establece Nueva Ley de Matrimonio Civil (2004)
- Ley 19968 crea los Tribunales de Familia (2004)
- Ley 20680 sobre responsabilidad parental (2013)

1.1 Derechos y deberes derivados del Cuidado personal

El análisis del cuidado personal en nuestra legislación de Derecho de Familia se sitúa en el contexto de los resultados derivados de la filiación. La filiación constituye la conexión legal que vincula a un hijo con sus padres, y sus consecuencias se manifiestan a través de una serie de obligaciones y derechos de ayuda mutua que involucran tanto los aspectos financieros como los personales de la relación que existe entre padres e hijos.

De esta forma, la doctrina clasifica los efectos de la filiación de la siguiente manera:

a) Autoridad paterna: “Es el conjunto de derechos y obligaciones de contenido eminentemente moral, existente entre padres e hijos”.

b) Patria Potestad: En el artículo 243 del Código Civil se define como “el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados”.

c) Derecho de alimentos: Se trata del derecho que la legislación concede al hijo para requerir a su padre, madre o a ambos, siempre y cuando tengan la capacidad económica necesaria, los recursos que el hijo requiere para mantener un nivel de vida acorde con su posición social. Esto implica, como mínimo, garantizar la alimentación, la vivienda, el vestuario, la atención médica, el transporte y la educación, hasta que el hijo adquiera las habilidades necesarias en una profesión u oficio.

d) Derechos hereditarios: Son los derechos que la ley otorga a los hijos y a los padres en el contexto de la sucesión por causa de muerte, confiriéndoles la calidad de herederos en lo que respecta a los bienes de sus respectivos padres o hijos. Son aquellos que la ley otorga en materia de sucesión por causa de muerte al hijo respecto de los bienes de sus padres y viceversa, reconociéndoles la calidad de herederos.

La legislación chilena no ofrece una definición explícita del término “cuidado personal” pero si delimita su alcance. En lo normativo, el Código Civil comienza su regulación en relación al cuidado personal del o los niños, considerando la premisa de que los padres convivan con sus hijos, según lo señalado en el artículo 224, que estipula:

“Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participaran en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

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

Este derecho y deber, igualitario de los padres frente al cuidado de sus hijos se encuentra garantizado por el Derecho chileno a todo nivel, presente en los artículos 1 ° y 19 número 10° de la Constitución Política; esto se basa en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, deben participar en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

Este principio será válido si los padres del niño, niña o adolescente cohabitan en el mismo hogar (ya sea debido a un matrimonio, una unión civil o una relación de hecho) o en el caso en que uno de los padres haya fallecido, el otro tendrá la responsabilidad.

De ello se desprende que los deberes de los Padres en el contexto del Cuidado Personal, son:

- Corresponsabilidad: Los padres tienen la obligación de colaborar en la crianza y formación de sus hijos, sin importar su estado civil. Esto implica compartir responsabilidades y tomar decisiones conjuntas en beneficio del niño.

- Protección y cuidado físico: Los padres deben proporcionar un entorno seguro y saludable para el niño, asegurando su salud física y protegiéndolo de riesgos.

- Apoyo Emocional: Es responsabilidad de los padres brindar apoyo emocional y cariño al niño, promoviendo su bienestar mental y emocional.

- Participación en Decisiones: Los padres deben incluir al niño en las decisiones relacionadas con su cuidado, teniendo en cuenta su opinión según su edad y madurez. Esto es especialmente relevante en asuntos importantes como educación y salud.

- Cumplimiento de Órdenes Judiciales: Si hay órdenes judiciales sobre el cuidado del niño, los padres están obligados a acatarlas y seguir las disposiciones legales correspondientes.

- Colaboración en Resolución de Conflictos: Los padres deben esforzarse por resolver cualquier desacuerdo o conflicto relacionado con el cuidado del niño de manera amistosa. En caso necesario, pueden recurrir a la mediación o intervención legal para encontrar soluciones en el mejor interés del niño.

En el caso de que los padres viven separados, nuestra legislación establece diferentes normas para determinar quién asume la responsabilidad del cuidado personal del niño, niña o adolescente.

Esto es necesario para establecer un régimen de contacto regular para el progenitor que no tiene la custodia principal y también para determinar la obligación legal de proporcionar alimentos. Además, estas regulaciones deben estar en línea con los estándares internacionales relacionados con asuntos familiares y los derechos de la infancia y la adolescencia establecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UNICEF, 1989).

Si el matrimonio de los padres ha terminado por muerte, al padre o madre sobreviviente se atribuye legalmente el cuidado personal de sus hijos (artículo 224, inciso 1).

Mediante una modificación en la legislación previa, la Ley 19.585 de 1998 amplía esta regla legal de asignación al padre o madre que haya efectuado el reconocimiento del hijo, incluso si este no fue concebido ni nacido dentro del matrimonio de los progenitores (según lo dispuesto en el artículo 224, inciso 2).

En resumen, la responsabilidad del cuidado personal de los hijos nacidos fuera del matrimonio corresponde al padre o la madre que haya realizado el reconocimiento legal y si ambos conviven, comparten esta responsabilidad de manera conjunta.

El concepto de cuidado personal está estrechamente vinculado al principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. En este contexto, nuestra jurisprudencia ha llegado a establecer que el legislador considera como esencial que el cuidado personal del menor, así como la custodia compartida, se analice siempre desde la perspectiva de garantizar los derechos del menor a tener las mejores condiciones tanto materiales como emocionales para su desarrollo.

Así tenemos como Derechos del Niño en el contexto del Cuidado Personal los siguientes:

- Derecho a la Convivencia Familiar: El niño tiene el derecho a mantener relaciones con ambos padres en su beneficio, siempre que esto sea en su mejor interés. Esto implica la preservación de su vínculo y contacto con ambos progenitores en la medida de lo posible.

- Derecho a la Protección: El niño tiene el derecho a estar libre de cualquier forma de maltrato físico o psicológico, negligencia o abuso. Los padres deben asegurar su seguridad y bienestar en todo momento.

- Derecho a ser Escuchado: Según la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y las leyes de Chile, el niño tiene el derecho a ser escuchado en cuestiones que le afecten, considerando su nivel de madurez y edad. Esto implica que su opinión debe ser tenida en cuenta en decisiones relacionadas con su cuidado, dependiendo de su capacidad para expresarse.

- Derecho a la Educación: El niño tiene el derecho a recibir una educación adecuada, y los padres deben garantizar que este derecho se cumpla. Esto incluye la responsabilidad de proporcionar las condiciones necesarias para la educación del niño y formación del niño.

En ninguna circunstancia estos derechos pueden ser subordinados en favor de los intereses de los padres.

“Los deberes y derechos de la paternidad y de la maternidad son tan fuertes que autores recientes están clasificándolos de indisolubles. Cuando los padres ya no viven junto a sus hijos (por separación, divorcio o nulidad), la indisolubilidad de la paternidad y de la maternidad exige medidas cuidadosas que garanticen, en la medida de lo posible, el derecho de los niños a contar con los cuidados de ambos progenitores.” (Rodríguez, M. 2009, pp.546)

1.2 Formas de ejercer el cuidado personal

Luego de la reforma de la Ley 19.585 de 1998, el Código Civil contempla tres métodos para asignar la responsabilidad del cuidado de los hijos en situaciones de crisis familiar.

El primero es la convención entre el padre y la madre (factor privilegiado y el más beneficioso), un instrumento que amplía la libertad de decisión que existía en la legislación anterior y previene la intervención temprana del sistema judicial en el conflicto.

El segundo es la ley, que permanece como criterio de atribución suplementario de la voluntad de los padres, de funcionamiento automático y sin la necesidad de intervención judicial (Rodríguez, 2009).

El tercer recurso, que se utiliza como último recurso, es acudir al juez de familia, quien actúa en situaciones en las que el padre tiene razones para cuestionar la asignación legal a favor de la madre o cuando no hay acuerdo entre los padres con respecto al cuidado de sus hijos. También interviene si, habiendo un acuerdo, las circunstancias que lo justificaron han cambiado y los padres no pueden adaptarlo a la nueva situación. En todos estos escenarios, es responsabilidad del juez tomar una decisión, a solicitud de cualquiera de los padres, para determinar a quién se le confiere la responsabilidad del cuidado de los niños o adolescentes. Asimismo, corresponde al juez otorgar la custodia a terceros, como parientes o personas ajenas, en casos en que los padres biológicos sean considerados físicamente o moralmente incapaces para ello.

El Derecho debe establecer métodos que, en la medida de lo posible, aseguren que los niños y adolescentes que se ven involucrados involuntariamente en estas situaciones de crisis puedan mantener una crianza y educación ininterrumpidas, así como la estabilidad necesaria para su desarrollo personal hasta que alcancen la madurez. Esto debería ser el enfoque principal y el verdadero propósito de las normativas que determinan la asignación del cuidado personal de los hijos en casos de familias separadas.

1.3 Tipos de Cuidado personal

1.3.1 Cuidado personal compartido

Se define como “un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad”, según el artículo 225 inciso 2°.

El cuidado personal compartido es un modelo de reorganización familiar cuya finalidad, inspirada en el principio de corresponsabilidad parental, exige el desarrollo de una colaboración conjunta entre ambos padres de forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos comunes. En nuestro derecho positivo no se describe ningún modelo particular de cuidado personal compartido.

“Uno de los fundamentos que ha motivado la introducción de la custodia compartida o sucesiva es el principio de equidad de género, la colaboración conjunta de los padres en la crianza y el derecho del niño a mantener relación con ambos de sus padres, incluso en situaciones de separación matrimonial o de pareja” (Lathrop, 2008).

En el caso que los padres vivan separados, va a requerir que exista un acuerdo entre ambas partes, según indica el artículo 225 inciso 1° del Código Civil: “Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida”.

El inciso 3° de la misma regla indica: “A falta de acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo”.

a) Forma de establecer el cuidado compartido cuando los padres viven separados

En caso que los padres/madres vivan separados, pueden establecer el cuidado compartido, a través de un acuerdo que se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades».

Se genera entonces para los niños la situación de tener que compartir la mitad de su vida, tiempo y actividades con uno de sus padres y la otra mitad con el otro, esta frecuencia y cambios de casa, lo acuerdan los padres, sin intervención de terceros.

Entonces, la única manera de establecer este régimen de vida de cuidado personal compartido es mediante un acuerdo de ambos padres. El tribunal de familia no está facultado legalmente para decretar el cuidado personal compartido, así nos señala la jurisprudencia:

“Quinto: Que es por lo anterior que el legislador no le dio atribuciones al juez para fijar el cuidado compartido, porque los padres que llevan sus disputas a los tribunales y prefieren que un extraño decida en lugar de ellos mismos, quien está mejor capacitado para ejercer el cuidado de sus hijos o que decida en definitiva al cuidado de quien sus hijos estarán mejor; no son los padres de los que habla la doctrina, estos que se encuentran en un alto grado de armonía y cooperación”.

Sexto: Que es necesario, asimismo, sostener que cuidado personal compartido y corresponsabilidad no son conceptos sinónimos, pues el primero es un sistema de vida que persigue mantener activa la participación del padre y de la madre en los aspectos señalados durante la vida separada, luego, es una de las tantas formas de ejercitar la corresponsabilidad parental en ese caso, y el segundo es un principio informador en lo tocante a la crianza de los hijos.

Por lo cual es un error establecer que la mejor forma de cumplir con el principio de la corresponsabilidad, establecido en el artículo 224 del Código Civil, es el cuidado compartido; ya que se logra lo mismo radicando el cuidado personal en uno de los padres y fijando un régimen directo y regular en favor del padre o madre no custodio.

Séptimo: Que en el caso de marras, aun cuando se quisiera interpretar el artículo 225 entendiéndolo que el juez sí tiene atribución para fijar la custodia compartida, los padres de Lorenzo, han llevado múltiples problemas para ser resueltos por los tribunales, por ser ellos mismos incapaces; lo que no augura que el cuidado compartido sea el mejor régimen para Lorenzo, ya que se prevén innumerables disputas entre los padres, lo que dista de ser aquellos padres aptos para llevar exitosamente adelante este tipo de régimen, por lo cual no será esta la mejor forma de proteger la estabilidad emocional del niño de autos.” Corte Suprema, 17 del 12 del 2015, Rol N° 6320 – 2013)

Cuarto: Que es pertinente tener presente que la finalidad perseguida por el legislador, a través de las diversas modificaciones introducidas a las normas que regulan el cuidado personal de los hijos durante la vida separada de sus padres, es dar cabida legal al régimen de tuición compartida; corregir la forma como se interpretaba la preferencia materna como regla legal de carácter supletoria; y eliminar el criterio de inhabilidad de uno o de ambos padres en la atribución judicial de la tuición y, con ello, privilegiar la aplicación del principio rector en materia de familia, esto es, el interés superior del niño; y como los progenitores se encuentran separados y la madre dedujo una demanda en contra del padre para que se declare que el cuidado personal debe quedar radicado en su persona, corresponde aplicar lo que disponen los artículos 225 y 225-2 del Código Civil. La primera, señala, en lo que interesa, que si no existe acuerdo de tuición compartida el cuidado personal corresponde al padre o madre con quien esté conviviendo; sin perjuicio de que cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez puede atribuir el cuidado personal al otro de los padres, lo que significa que se elimina toda alusión a causales de inhabilidad de los progenitores, y el interés superior del niño, esto es, su bienestar, se erige como único criterio de atribución judicial. La segunda, por su parte, contiene un listado no taxativo de “criterios y circunstancias” que deben considerarse en su conjunto al momento de decidir en qué padre quedará radicado el cuidado personal del hijo. Con todo, según se desprende de lo que dispone el inciso 1° del artículo 224 del Código Civil, es el principio de la corresponsabilidad el que prima en el tema de que se trata, que apunta a la distribución de responsabilidades o al ejercicio mancomunado del cuidado personal, crianza y educación de los hijos, es decir, que postula que ambos padres deben comprometerse y participar en forma activa, equitativa y permanente en dichas actividades aunque no haya vida en común, para procurar su mayor realización espiritual y material posible, por ende, tiene el carácter de principio informador en lo tocante a la crianza de la prole; surgiendo, como contrapartida, el derecho correlativo de los hijos a que sus progenitores velen por ellos. (Rol N° 11.897-2019, Cuarta Sala de la Corte Suprema 12 de mayo de 2020)

Aunque el legislador establece los requisitos y el concepto, en los hechos, la ley no contempla la forma de ejercer en la práctica el cuidado personal compartido y lo deja entregado al criterio de los padres.

Por lo que hemos podido recabar en nuestra labor como abogadas cuando tocamos el tema del cuidado personal compartido, vemos que el concepto arraigado es de un régimen de vida en donde los hijos están la mitad exacta del tiempo viviendo con uno de los padres y la otra mitad con el otro.

La situación de darle a los niños un régimen de vida inestable en donde se turnen cada 15 días, o cada una semana, incluso, en algunos casos día por medio con cada padre no puede más que generar en los niños un ambiente de desequilibrio, de disparidad de criterios en su crianza, de formas del ejercicio de la parentalidad contrapuestas que, no traerán buenos resultados después de un tiempo.

Aunque el establecimiento del régimen de cuidado compartido presupone, como ya se dijo, un acuerdo de los padres y por ende una relación sana entre ellos, lo cierto es mientras los niños están con el padre la madre no sabe a ciencia cierta cuales criterios de crianza utiliza el otro progenitor.

Creemos que lo necesario es establecer formas de ejercicio concretas de este régimen de cuidado personal, con el establecimiento de mecanismos que expresen de forma precisa cómo será el rol de cada padre y cómo participarán en conjunto en las decisiones que tomen respecto al cuidado y educación de sus hijos.

b) Evaluación del interés de los progenitores versus el interés superior de los hijos

Desde una mirada práctica como también jurídica, se considera que el cuidado personal compartido, no vela por el interés superior del NNA, sino que por el contrario mira directamente a interés de los progenitores, ya que incluso los principios inspiradores como el principio igualdad, de corresponsabilidad van en directo beneficio de los adultos.

El cuidado personal compartido se trata de un modelo de organización familiar de carácter alternativo distinto al cuidado personal, que sólo tiene lugar cuando se celebre de común acuerdo entre los padres; en consecuencia, no pudiendo el juez establecerla por no tener injerencia en esta institución.

La jurisprudencia de nuestros Tribunales es concluyente en señalar que el juez de familia no tiene ninguna facultad para establecer un régimen y ejercicio de cuidado personal compartido, en ninguna circunstancia, siendo este precedente solo por acuerdo de los progenitores.

En la causa caratulada “F con V”, RIT C-5984-2013, Primer Juzgado de Familia de Santiago, la Corte Suprema resolvió un recurso de casación en el fondo, mediante sentencia de 10 de noviembre del 2015, Rol Ingreso de Corte N° 4889-15 confirmado la sentencia que desechó demanda de cuidado compartido del padre con oposición de la madre. En el cons. 7° del fallo se resuelve: “...en consecuencia, los sentenciadores del fondo no han infringido dicha disposición al decidir que el régimen de cuidado compartido no puede ser regulado por vía judicial a través de una sentencia, sino que solo por acuerdo de los padres. Además, como la reforma introducida por la Ley N° 20.680 al Título IX, Libro I, del Código Civil, en lo que interesa, persigue reforzar la idea que los padres deben asumir de manera plena la responsabilidad que les cabe en la crianza, educación y establecimiento de los hijos, vivan juntos o separados, estableciendo que el principio de corresponsabilidad es un imperativo legal en todos los regímenes de cuidado personal una vez cesada la vida en común, con la finalidad que los padres asuman la responsabilidad de velar por el interés de sus hijos para procurar su mayor realización espiritual y material posible, no se ha conculcado la normativa consagrada en la Convención de los Derechos del Niño...”. En realidad la sentencia precedente sólo justifica el rechazo a la custodia compartida argumentando que la Ley N° 20.680 sólo estableció la custodia compartida de común acuerdo.

La sentencia de la Corte Suprema, de 29 de septiembre de 2015, Rol Ingreso Corte N° 22.881-2014, en la causa caratulada “G con R”, RIT C-1101-2014, seguida ante el Tercer Juzgado de Familia de Santiago, anuló tanto la resolución de 28 de febrero de 2014, que no dio curso a la demanda de cuidado personal compartido, como la sentencia que confirma dicho fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 30 de junio de 2014. Las sentencias anuladas, aplicando el artículo 54.3° Los Tribunales de Familia, realizan un control de admisibilidad que las condujo a desechar la demanda. A este respecto la sentencia de la Corte Suprema resolvió: “5° Que, por lo tanto, si bien el control de admisibilidad en los términos señalados en el inciso 3° del artículo 54-1 de la Ley N° 19.968 dice relación con el derecho sustantivo aplicable al caso concreto, no puede ejercerse cuando la pretensión que se formula no está rechazada de forma categórica en la ley de modo tal que impida de manera absoluta, explícita y directa, adoptar cualquier decisión de orden jurisdiccional que pueda solucionar el conflicto jurídico planteado de orden familiar, que, en ese contexto, necesariamente habrá de ser resuelto en la sentencia definitiva que debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, tal como lo garantiza el inciso 5° del numeral 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Una conclusión en sentido contrario, además, contraría la regla de la inexcusabilidad consagrada en el inciso 2° del artículo 76 de la Carta Fundamental y en el inciso 2° del artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, pues, en definitiva, el tribunal aparece rechazando la intervención reclamada en un asunto que por ley se encuentra entregado a su conocimiento y resolución; 6° Que, por consiguiente, se debe concluir que los jueces del fondo al confirmar la resolución apelada incurrieron en el error de derecho denunciado; razón por la que el recurso debe ser acogido”. En esta causa la demandante también recurrió, ante el Tribunal Constitucional de Chile, de inconstitucionalidad del artículo 225.3° Código Civil de Chile (establece la regla legal y supletoria de cuidado en caso de disputa de los padres). El referido tribunal, mediante fallo de 16 de junio del 2015, Rol N° 2.699-2014, rechazó el referido recurso, y además entendió que los Tribunales de Familia no tienen facultades para conceder el cuidado personal compartido con oposición. El rechazo al cuidado personal compartido con oposición se sustenta por el Tribunal Constitucional de Chile en los siguientes argumentos: el principio de la corresponsabilidad no debe confundirse con el cuidado personal compartido, por cuanto en cualquier régimen de cuidado rige el referido principio; y el cuidado personal compartido sólo puede tener su origen en el acuerdo de los padres, por aplicación del artículo 225.1°, 3° y 4° Código Civil de Chile. Ambos fundamentos son difícilmente sostenibles. Ello por cuanto lo que se debe analizar es: ¿en qué casos procede el cuidado personal con oposición como aplicación de la corresponsabilidad?; ello es independiente que, en la mayoría de los juicios, la relación directa y regular deba aplicarse conforme al principio de la corresponsabilidad como por lo demás preceptúa expresamente el artículo 229.4° Código Civil de Chile. El segundo argumento es increíblemente débil porque como se verá no existe prohibición alguna, ni expresa, ni tácita en los incisos que se invocan, ni el Proyecto de la Ley N° 20.680, que impida que el juez pueda dar lugar al cuidado personal compartido en los casos que esta sea lo mejor para el niño, niña o adolescente”.

“De esta manera se impide a los tribunales en algunos casos decidir la mejor solución inspirada directamente en el interés superior de los hijos, demostrando con ello que el cuidado personal compartido va directamente en beneficio de los progenitores.” (Lathrop, F., 2008).

El cuidado personal compartido no se pronuncia ni contempla modalidades de alternancia de residencia determinadas. Tampoco se regulan en forma legal los tiempos de convivencia de los progenitores con los hijos o la determinación de un contenido mínimo en lo que debe consistir el ejercicio de las demás funciones de crianza y educación que deberán asumir los progenitores en forma conjunta. Es decir, de cuidado personal compartido queda determinado únicamente a lo que señalen los padres.

El cuidado personal compartido, no está sujeto a ningún tipo de control judicial, ya que, los instrumentos en los cuales se materializa no requieren de revisión por parte del Tribunal de familia, salvo en el caso de que el acuerdo de cuidado personal compartido en solicitud de divorcio de mutuo acuerdo en acuerdo de relaciones mutuas y el cuidado personal compartido en un acta de mediación. De esta manera al no existir control por parte del juez de familia conlleva a que efectivamente el interés superior de los niños pueda no ser considerado por sus propios progenitores, siendo indispensable que se establezca un procedimiento encaminado a otorgar mayor intervención judicial en pos del interés superior de los hijos.

Finalmente mencionar que el Cuidado personal compartido desde una perspectiva práctica, tampoco vela por interés de los NNA, ya que en muchas ocasiones este acuerdo que celebran los padres y al llevarlo a cabo va generando conflictiva que terminan afectando a los niños, por los vacíos que se contemplan en nuestra ley, y que culmina con que uno de los progenitores solicita el cuidado personal unilateral ante el Tribunal de familia respectivo.

1.3.2 El cuidado personal ejercido por uno de los padres

En los casos donde no existe un acuerdo entre los padres, la ley establece que el cuidado personal le corresponde, individual o compartido, al padre o madre con quien estén conviviendo según el artículo 225 inciso 3°.

Con la modificación en la Ley N° 20.680, en caso de separación, el cuidado personal del hijo no recae exclusivamente en la madre, sino que quedará bajo el cuidado del padre o madre con quien esté conviviendo.

Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el artículo 229, según el artículo 225 inciso 6°

Se entiende por relación directa y regular, según lo dispone el artículo 229 inciso 2° “aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable”.

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:

- a) La edad del hijo.
- b) La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos.
- c) El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado.
- d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.

Sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana.

El cuidado personal que ejerce uno de los progenitores es absolutamente modificable, esto quiere decir que frente a cambio de circunstancias y considerando principalmente el interés superior del NNA, puede el juez de familia entregar el cuidado personal al otro de los padres.

1.3.3 Cuidado personal por atribución judicial a uno de los padres por inhabilidad del otro

Cuando las situaciones lo requieran y el bienestar superior de los hijos lo demande, el juez puede decidir otorgar la custodia del hijo al otro progenitor o radicarla en uno de ellos si existe cuidado compartido.

El cuidado personal debe proteger el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, tal como lo establece nuestra legislación basada en la Convención sobre Derechos del Niño, que establece que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Frente a la inhabilidad del progenitor, le corresponderá al otro padre o madre el ejercicio del cuidado personal, pero para que ello ocurra el juez de familia deberá ponderar cada uno de los criterios mencionados en el artículo 225-2 del Código Civil que se analizará más adelante.

Al respecto la jurisprudencia nos señala:

“Si bien en principio el legislador ha reconocido el derecho a la madre el cuidado personal de los hijos, ello puede ser alterado por un acuerdo entre los padres, quienes son los que mejor conocen la realidad en que se desató la separación y comprenden los intereses y sinceras preferencias de sus hijos. No obstante, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, corresponde al juez ordenar que el cuidado personal lo ejerza el otro progenitor cuando el padre o madre a quién se ha entregado el cuidado personal, ocasiona maltrato, descuida a los hijos o los ha abandonado o bien por cualquier otra causa calificada, ello según lo prescribe el citado artículo 225, teniendo como limitación que no puede atribuir el cuidado personal a quien no ha contribuido a la manutención del hijos mientras estuvo al cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Asimismo, de acuerdo al artículo 226 del Código Civil, puede el juez en caso de inhabilidad física o moral de los padres,

confiar el cuidado personal del hijo al otro progenitor, o a otra persona o personas que estime competentes.

Determinada las distintas hipótesis que la ley previene respecto del cuidado personal, conviene exponer que el concepto de “cuidado personal” se ha entendido por la doctrina como “el derecho de los padres a tener a sus hijos en su compañía” o “ el derecho paternal a la crianza, educación y establecimiento el menor de edad, o como el deber de alimentar, corregir y otorgar por lo menos una educación básica y un oficio de profesión al hijo”.

En el caso sub lite, de acuerdo con el mérito de los antecedentes, se puede determinar que la madre por motivos de salud, entregó a los hijos al cuidado del padre y tiempo después interpuso la demanda reclamando la tuición de sus hijos.

Siendo en deber de los jueces velar siempre por el interés superior del hijo, en la decisión que al efecto deban adoptar respecto a la entrega para el cuidado personal del hijo, se debe elegir a la persona que reúna las mejores condiciones espirituales y materiales para cuidar de él, debiendo indagar los motivos que se invocan y si es posible se debe escuchar al hijo, cuando estimen que cuenta con suficiente juicio.

De esta manera, y no habiéndose reunido información suficiente que hagan variar por el momento la situación de los menores A. y A.V. en cuanto a devolver el cuidado de los mismos a la madre, la cual, como se dijo, entrego su cuidado al padre invocando razones de salud y, además, se tiene a la vista informe social de fojas 26 del cual se desprende que las condiciones en las cuales vivirían no son las más adecuadas por el momento.

Por el contrario, del mismo informe y demás antecedentes de la causa, no se coligen antecedentes negativos del padre que permitan variar su situación actual respecto del cuidado de sus hijas. Refuerza dicha conclusión el informe evacuado por el psicólogo del tribunal, rolante a fojas 72 y siguientes, quien sugiere la permanencia de las menores bajo la responsabilidad del padre, haciendo hincapié en la necesidad de mantener visitas regulares y progresivas con su madre. (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 5.341-2006, citado por Riquelme, L. 2013)

1.3.4 El cuidado personal ejercido por personas distintas a los padres

Nuestra legislación permite que personas diferentes de los padres puedan tener el cuidado personal del niño, niña o adolescentes, pero solo en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, en donde debe prevalecer el principio del interés superior del niño, niña o adolescente. (artículo 226 del Código Civil)

El artículo 226 establece que “Podrá el juez, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño” conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2.

“En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda”.

Al respecto la jurisprudencia señala que es necesario probar la incapacidad de los padres para padres/madres, para confiar el cuidado personal a un tercero.

“En este sentido ha advertido la Excelentísima Corte Suprema que: “Para confiar el cuidado personal de los hijos a un tercero, esto es, una persona diferente a los padres, es menester, primeramente, acreditar que ambos padres son inhábiles física o moralmente para encargarse del cuidado de sus hijos, pues la inhabilidad de solo uno, implicaría la atribución de este derecho deber, en el otro, y no en un tercero, de manera que es esencial para que la acción prospere la acreditación de la concurrencia de incapacidad de ambos padres, la que por la remisión expresa a Los criterios del artículo 225-2 del Código Civil, deben relacionarse con las causales del artículo 42 de la ley N° 16.618, que constituyen un listado de causales y circunstancias en las cuales se debe entender la concurrencia de inhabilidad física o moral de los padres, casos a partir de los cuales el juez deberá fundamentar y explicar tal decisión, todo ello presidido, por el principio del interés superior del niño, y que entienda la delicada entidad de los derechos en juego, es un imperativo para el órgano jurisdiccional, no solo configurarlas con toda precisión, sino también ponderarlas de manera expresa y transparente” (C. Suprema, 5 de septiembre de 2016, cons. 9°, LegalPublishing: CL/JUR/6163/2016, Rol N° 16275-2016, citado por Barrientos, J. , 2017).

“ En igual sentido la I Corte de Apelaciones de Concepción ha recordado que: “Como se desprende claramente el precepto citado, solo en la eventualidad de encontrarse inhabilitados, física o moralmente, los padres, el juez podrá entregar el cuidado personal del niño a una tercera persona, de manera que es esencial para que la acción deducida en esta causa prospere, la concurrencia de la incapacidad referida”(C. de Apelaciones de Concepción, 29 de marzo del 2017, cons. 8°, LegalPublishing: CL/JUR/1274/2017, Rol N° 79 – 2017, citado por Barrientos, J. , 2017)

Se ha declarado en este sentido: “El supuesto del artículo 226 del Código Civil, que exige para separar a los hijos del cuidado de sus padres, la inhabilidad física o moral, la que además debe fundarse. Como ya se ha señalado, en alguna de las circunstancias del artículo 42 de la Ley N° 16.618, precepto que instruye un listado de causales en las cuales debe entender configurada dicha inhabilidad, que el juez debe explicitar y en las que además de fundamentar su decisión. (C. de Apelaciones de Concepción, 29 de marzo del 2017, cons. 14°, LegalPublishing: CL/JUR/1274/2017, Rol N° 79 – 2017, citado por Barrientos, J. , 2017)

Es esta la opinión que ha defendido la Corte Suprema: “En La especie, corresponde aplicar el precepto contenido en el actual artículo 226 del Código Civil, desde que quien disputa el cuidado personal de los niños de sus padres, es la abuela paterna, esto es un tercero en la relación de

filiación. Sin embargo, como se aprecia en el fallo impugnado, fundamenta su decisión revocatoria concediéndole a la demandante el cuidado personal de los niños, en la conveniencia que les irroga permanecer bajo el cuidado personal de su abuela paterna. Decimotercero: Que como se viene diciendo, dicha fundamentación es impropia de la naturaleza de la demanda deducida, pues habiéndose solicitado por un tercero el cuidado personal de los niños, debió acreditarse la inhabilidad de ambos padres para ejercerla y la competencia de quien la solicita, lo que no se realizó en la especie, ya que no se acreditó inhabilidad respecto de la demandada, ni se hizo ninguna referencia a la competencia de la solicitante, soslayándose la norma que expresamente regla el caso de los terceros pretendientes de tal atribución. Decimocuarto: Que en este sentido que la recurrente reclama como vicio de casación en el fondo la falta de referencia a la inhabilidad de la madre, puesto que para acceder a una petición como la de la especie, era menester como primera cuestión, acreditar la inhabilidad de ambos progenitores, sin que el criterio de la conveniencia del interés del niño pueda utilizarse haciendo abstracción de aquella condición, verificando con ello un actuar erróneo en la sentencia impugnada, al emplearse al caso concreto una norma no correspondiente al efecto, olvidando y omitiendo la aplicación de la regla específica aplicable el caso concreto, sorteando, con ello, las exigencias contempladas expresamente por la ley, la cual los jueces del fondo estaban obligados a considerar, configurándose, pues, la infracción del artículo 225 en relación con el 226 del Código Civil, razón por la cual debe ser acogido, al haber influido sustancialmente el yerro indicado en lo dispositivo de la sentencia impugnada” (C. Suprema, 5 de septiembre de 2016, cons. 12°, 13°, 14°, LegalPublishing: CL/JUR/6163/2016, Rol N°16275-2016, citado por Barrientos, J. , 2017).

“Esta Opinión la ha asumido la Corte de Apelaciones de Concepción: “La sola circunstancia que el artículo 226 del Código Civil haga referencia al interior de superior del niño, de acuerdo a Los criterios orientados en artículo 225-2 del mismo acuerdo legal, no alteran absoluto la conclusión precedente, toda vez que dicha referencia no elimina la exigencia de inhabilidad física o moral de la madre para separar a los hijos de su cuidado personal y entregarlos a terceros. En otras palabras, el criterio del interés superior del niño no puede ser utilizado, haciendo abstracción de las condición exigida expresamente por la norma citada, esto es como la inhabilidad física o moral de la madre, en este caso. Así lo ha señalado la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema en sentencia de la ocasión rol N° 16275-2016(C. de Apelaciones de Concepción, 29 de marzo del 2017, cons. 14°, LegalPublishing: CL/JUR/1274/2017, Rol N° 79 – 2017, citado por Barrientos, J. , 2017)

Y además, la jurisprudencia nos señala como debe entenderse "inhabilidad física o moral "

“...Tribunal Constitucional ha estimado que la inhabilidad física comprende la muerte natural o presunta o alguna enfermedad, y la moral solo se extiende a los supuestos del artículo 42 de la Ley de Menores: “Conforme el artículo 226 citado la facultad del Juez para confiar el cuidado personal de los menores a un tercero diverso de alguno de los padres, por causante de inhabilidad, debe entenderse sólo en un sentido físico o moral. La inhabilidad física es, evidentemente. La muerte natural o presunta, o alguna enfermedad o condición biológica impedita. Y la inhabilidad moral, por su parte, solo corresponde a alguno de los casos señalados en el artículo 42 de la Ley de

Menores” (Tribunal Constitucional, 9 de mayo del 2017, cons. 3º, LegalPublishing: CL/JUR/2892/2017, Rol N° 2987 - 2016 – INA, citado por Barrientos, J., 2017)

“Octavo: Que conforme lo expuesto, es claro que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general y pauta de normalidad establecida por el legislador es que los padres ejerzan el cuidado personal de los hijos y en segundo lugar, los miembros de su familia, de modo que en caso de pretenderse por un tercero, corresponderá a éste la carga procesal de probar las circunstancias especiales que inhabilitan a ambos padres para ejercer dicho derecho-deber, que no existen parientes habilitados para ejercerlo, las medidas que se adoptaron para apoyarlos en la crianza y su propia competencia para ello, "velando primordialmente por el interés superior del niño conforme los criterios establecidos en el artículo 225- 2" y, en la especie, si bien se tuvo por acreditada tanto la inhabilidad de los padres, como los esfuerzos que se realizaron para mejorar las habilidades, tanto de estos como a los abuelos maternos, sin lograr resultados positivos, y que los actuales guardadores cuentan con las competencias para ejercer el cuidado de la niña, lo que ha permitido a ésta superar las consecuencias que le produjo la vulneración de sus derechos en sus primeros meses de vida, no resultó probado que su tío por línea materna carezca de las competencias necesarias para hacerse cargo de la niña quien, a mayor abundamiento, tiene el cuidado personal de su hermana, soslayándose la norma que expresamente regla el caso de los terceros pretendores de tal atribución, configurándose, pues, la infracción del artículo 226 del Código Civil, razón por la que el recurso debe ser acogido, al haber influido sustancialmente el yerro indicado en lo dispositivo de la sentencia impugnada. (Rol N°41.135-19, Cuarta Sala de la Corte Suprema, 21 de octubre de 2020)

“ De los antecedentes apreciados en la forma que señala el artículo 32 de la Ley N° 19.968, esto es, según las reglas de la sana crítica permiten concluir que se han acreditado los hechos y circunstancias denunciadas en la demanda, es decir, que la conducta de la madre denunciada es disipada proclive al consumo excesivo de alcohol en lugares públicos y desde todo punto de vista nocivo para la formación de la menor de que se trata. Acreditada dicha condición, como ha quedado demostrado, se hace necesario separar a la madre del cuidado personal de su hija. Los sentenciadores tienen presente que romper la regla general del inciso primero del artículo 225 del Código Civil implica reconocer previamente la existencia de hechos de tal naturaleza y gravedad que ameriten una medida así.

Con todo, el artículo 225 del Código Civil indica que la prioridad en el cuidado del hijo, supuesta en la situación que se ha analizado, corresponde al padre. Esto recién dicho requiere comentarios. El primero consiste en advertir que no hay indicio alguno en el proceso que revele que A.S.M.B. ha contribuido a la manutención de su hija, circunstancia que por sí es suficiente para quedar encuadrado en la inhabilidad tratada en el inciso tercero del citado artículo 225. Pero hay más. De dos cuadernos que se han agregado con las debidas formalidades legales se puede concluir que el padre de la menor tiene antecedentes de haber incurrido en actos de violencia intrafamiliar, haciendo víctima de ella a la demandada M.E.O.H., y, según su propia confesión, incurrió en dichos actos por hallarse en estado de ebriedad. Consideran los sentenciadores que en estas condiciones el padre también es inhábil para encargarse del cuidado personal de la niña.

El artículo 226 del Código Civil dice a la letra “Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes.”. Ahora bien, la abuela paterna, es decir, doña M.B.J. cuida de la niña en sus primeros tres años de vida. (Rol N°34-2006. Corte de Apelaciones de Temuco, citado por Riquelme, L. , y otra, 2013)

Tercero: Que de acuerdo a lo previsto en el artículo 226 del Código Civil, “Podrá el juez, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño, conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda”. Para una mejor comprensión de la norma transcrita, debe tenerse presente que de acuerdo al sistema de cuidado personal de los hijos (as) previsto en los artículos 224, 225 y 225-2 del Código Civil, son los padres, de consuno, quienes tienen la titularidad de este derecho-deber, o el padre o madre sobreviviente, y si éstos viven separados, han de determinar de común acuerdo a cuál de ellos le corresponderá, o si lo habrán de ejercer en forma compartida, y a falta de éste y, en cualquier situación, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del niño lo haga conveniente, será la judicatura la que establecerá su atribución a alguno de los progenitores. De lo anterior se desprende que son los padres los primeros llamados a ejercer tan importante rol, y lo harán basados en el principio de la corresponsabilidad, introducido por la ley 20.680 al Código Civil, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos. En caso de atribución judicial a uno de ellos, quien adjudica lo hará velando por el interés superior del niño, en función de los parámetros que fija la propia ley. Así las cosas, excepcionalmente y sólo cuando ambos padres adolecen de inhabilidad física o moral, podrá el juez confiar el cuidado de los hijos a un tercero que sea una persona competente, velando en esa elección, por el interés superior del niño. Lo anterior implica que para que proceda dicha norma se deberá acreditar, en la sede judicial correspondiente, la referida inhabilidad de ambos padres, cuestión para la que habrá de estarse a las causales contenidas en el artículo 42 de la ley 16.618, que establece que “Para los efectos del artículo 226 del Código Civil se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral”, en los casos que señala, y de cuya revisión se desprende que se trata de conductas o situaciones de gran entidad, lo que corrobora la intención del legislador, en orden a instituir rigurosos parámetros para separar a los hijos de sus padres. Dicho criterio está en perfecta consonancia con lo que prevé la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 9, “Los Estados partes velarán porque 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”. Así lo ha sostenido, por otra parte, la jurisprudencia de esta Corte al

señalar, refiriéndose a la regla de atribución judicial del cuidado personal que establece el artículo 225 del Código Civil en relación a los padres, “Esta regla fundada en la conveniencia, ventaja o beneficio del interés superior del hijo cuyo cuidado personal se disputa es de cierta manera alterada en el caso de tratarse de un tercero quien plantea la pretensión de encargarse del cuidado de un niño o adolescente, conforme fluye del artículo 226 del Código Civil”..., agregando más tarde que “Para confiar el cuidado personal de los hijos a un tercero, esto es, a una persona distinta de los padres, es menester primeramente acreditar que ambos padres son inhábiles física o moralmente para encargarse del cuidado de ellos”, y concluye diciendo que “Es claro que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general y pauta de normalidad establecida por el legislador es que los padres ejerzan el cuidado personal de sus hijos, de modo que en caso de pretenderse por un tercero corresponde a una carga procesal de éste probar las circunstancias especiales que inhabilitan a ambos padres para ejercer dicho derecho-deber”. (Corte Suprema, Rol N°16.275-2016)” .(Rol N° N°11.897-2019, Cuarta Sala de la Corte Suprema Santiago, doce de mayo de 2020)

También es posible que el juez atribuya el cuidado personal del niño a un tercero, en caso de que el niño no sea reconocido por ninguno de sus progenitores (art. 224, inc, final), o en caso de abandono del hijo, en donde el Código Civil señala que si sus padres quieren recuperar su cuidado deben pedir autorización al juez, pero por razones graves, de acuerdo a lo señalado por el artículo 240:

“Si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado y criado por otra persona, y quisieren sus padres sacarle del poder de ella, deberán ser autorizados por el juez para hacerlo, y previamente deberán pagarle los costos de su crianza y educación, tasado por el juez. El juez sólo concederá la autorización si estima, por razones graves, que es de conveniencia para el hijo”.

En relación con la situación del abandono de un niño, tenemos la siguiente jurisprudencia, que ilustra la situación:

"Que la menor de autos fue colocada en casa de tercero los demandados por su madre cuando solo tenía días de vida; del padre no se tiene en autos noticia alguna y la madre no volvió a tener contacto con la niña ni a prestarle ayuda económica, según se desprende del propio informe social de la madre y su entorno familiar, en el último párrafo fs. 32 y fs. 33, sin que en cambio conste en lo más mínimo la oposición que refiere de parte de los demandados. 2. que además de ello la testigo (...). a fs. 22 Refiere vivir muy cerca de la casa en que reside la menor y no conocer a la actora, afirmando que la niña conoce a los demandados como sus únicos padres, todo lo cual lleva a concluir que en la especie no ha habido simplemente la colocación de una menor en caso de terceros, sino derechamente un abandono, que hace procedente la aplicación del artículo 240 inciso final del Código Civil, desde que hasta en dónde en la causa consta la madre no prestó durante todo el tiempo intermedio entre la entrega a terceros y la demanda, ninguna asistencia, ni personal ni económica, a la niña. 3. Que en el proceso no hay un solo antecedente probatorio que permita

al tribunal concluir que pueda ser conveniente para una menor de 3 años de edad verse entregada a una persona que le es completamente desconocida, por mucho que exista un parentesco del que la Infante no puede tener ninguna noción dada su corta edad, y al mismo tiempo verse desarraigada del hogar que a sus ojos es el suyo, alejada de quiénes son para ella sus padres y sus hermanos. Mucho menos puede entenderse que exista antecedentes graves para concluir que tal decisión pueda ser conveniente y antes al contrario, la elemental razón de la época edad de la menor, que conlleva su imposibilidad de comprometer los lazos consanguíneos que invoca la actora y entender a sí mismo la situación en sí, permiten por el contrario, concluir que para su estabilidad psicológica emocional tal decisión no sería acertada, lo que impide adoptarla, por el imperativo mandato del artículo ya citado” (C. de Apelaciones de Rancagua, 4 de agosto 2004, N° LegalPublishing: 30916, citado por Barrientos, J., 2012

1.3.5 Cuidado personal provisional Cautelar

Nos referimos al cuidado personal provisorio otorgado como medida cautelar en escenarios como una causa por Violencia Intrafamiliar o en contexto de una causa por aplicación de Medida de Protección por vulneración de derechos, así tenemos que :

La Ley N° 19.968 en su artículo 92, establece medidas cautelares en protección de la víctima. El juez de familia deberá dar protección a la víctima y al grupo familiar. De la misma forma, protegerá su subsistencia económica e integridad patrimonial. Para tal efecto, en el ejercicio de su potestad cautelar y sin perjuicio de otras medidas que estime pertinentes, podrá adoptar una o más de las siguientes:

- “ Prohibir al ofensor acercarse a la víctima Impedir al agresor aproximarse a la víctima y limitar o restringir su presencia en la residencia compartida y en los lugares de residencia, estudio o empleo de la víctima, así como en cualquier otro sitio al que la víctima acuda de manera regular. En caso de que ambas partes trabajen o estudien en el mismo lugar, se solicitará al empleador o al director de la institución que tome las precauciones necesarias para garantizar la seguridad.
- Asegurar la entrega material de los efectos personales de la víctima que optare por no regresar al hogar común.
- Fijar alimentos provisorios.
- Determinar un régimen provisorio de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes en conformidad al artículo 225 del Código Civil, y establecer la forma en que se mantendrá una relación directa y regular entre los progenitores y sus hijos.
- Decretar la prohibición de celebrar actos o contratos.
- Prohibir el porte y tenencia de cualquier arma de fuego, municiones y cartuchos; disponer la retención de los mismos, y prohibir la adquisición o almacenaje de los objetos singularizados en el artículo 2° de la ley N°17.798, sobre Control de Armas.

- Decretar la reserva de la identidad del tercero denunciante.

- Establecer medidas de protección para adultos mayores o personas afectadas por alguna incapacidad o discapacidad.”

Las medidas preventivas pueden ser ordenadas por un período que no supere los 180 días laborables, con posibilidad de ser renovadas una sola vez por el mismo período. También pueden ser extendidas, reducidas, alteradas, reemplazadas o anuladas, ya sea de manera voluntaria o a solicitud de una de las partes, en cualquier etapa del proceso legal.

De esta manera para garantizar la seguridad y bienestar de los niños, niñas o adolescentes, el juez de familia puede tomar uno a o más medidas cautelares en causas de violencia intrafamiliar o en causas de medidas de protección por vulneración de derechos de NNA, el juez las puede decretar en cualquier etapa del procedimiento, de acuerdo al artículo 71 letra b de la Ley 19968: “Confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza”

Al respecto la Ley 21.302, que crea el Servicio Nacional de Protección especializada a la Niñez y Adolescencia, señala en su artículo 4, inciso 4: “La separación de un niño, niña o adolescente de su familia, es una medida excepcional, esencialmente transitoria y revisable periódicamente, que compete exclusivamente a los tribunales de familia, y que se decretará, en todo caso, prefiriendo los cuidados alternativos de tipo familiar.”

De hecho , este Servicio ha establecido una línea de acción enfocado en reforzar la modalidad alternativo de cuidado de NNA, en donde se mantenga el derecho del niño a vivir en familia, esta línea que incluye acogimiento en familia extensa, en familias de adultos de confianza, en familias de acogida externas acreditadas y en última ratio acogimiento residencial. (artículo 24, Ley 21.302)

Por otra parte, esta ley establece, que en el caso de niños y niñas menores de 3 años, que deben ser alejados de sus padres, por una medida cautelar, deben ser enviados a acogimiento familiar: “Los niños y niñas entre 0 y 3 años de edad serán siempre acogidos en modalidad familiar, prefiriéndose a miembros de la familia extensa a falta o imposibilidad de los padres y/o madres” (artículo 24, inciso 4, Ley 21.302)

Aquí nos encontramos frente a una medida cautelar de carácter gravosa que implica modificar de manera provisoria el titular del cuidado personal de ese NNA para resguardar sus derechos, resultando muchas veces esta medida en un perjuicio para ese niño/a o adolescente dada la falta de antecedentes concretos o examinados rápidamente por el tribunal sin un análisis acucioso lo

cual además puede mantenerse en tiempo prolongados de incluso más de 6 meses, con todo lo que ello implica en la vida de un niño y con la imposibilidad cierta de revisarse los fundamentos de esa cautelar en un tiempo inmediato, muchas veces aparejado a las evaluaciones evacuados por programas como Programas de Diagnóstico ambulatorios (DAM), Programas de Familias de Acogida (FAE) u otros, cuyos tiempos de ingreso y de emisión de informes son muy prolongados para la vida de un niño/a.

La separación de los NNA de manera abrupta de sus padres o cuidadores sin duda que puede causar perjuicios enormes que puedes tener efectos permanentes hasta inclusive repercutir en la adultez.

a) Principios en la Aplicación de las Medidas de cuidado Alternativo

De acuerdo al documento emanado de la UNICEF, en el año 2022, los tribunales, deben basarse en los siguientes principios en la aplicación de una medida de cuidado alternativo, en casos de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes:

- Principio de legalidad de las medidas de protección: al aplicar la medida de protección, se debe atenerse estrictamente a los términos que ameritan su procedencia, “a fin de evitar su uso discrecional, Considerando que se está restringiendo el derecho a la vida familiar del niño niña y adolescente.” (Cillero M. y otros, 2022)
- Principio de proporcionalidad: exige que haya una “relación razonable entre el fin perseguido y el medio elegido y que la separación del niño, niña o adolescente de su familia no genere de forma evidente más perjuicios que beneficios, en el conjunto de derechos e intereses en juego” (Cillero M. y otros, 2022)
- Principio de necesidad (subsidiariedad o excepcionalidad): significa que no debería existir otras medidas alternativas a las que se va establecer, “para lograr el objetivo con igual eficacia, es decir, la medida de separación del niño, niña o adolescente de su familia es indispensable para alcanzar el objetivo propuesto, ya que no existen otros medios menos lesivos.”(Cillero M. y otros, 2022)
- Principio de idoneidad: que la medida adoptada sea la más adecuada respecto del fin de protección que se busca. “ Exige evaluar el medio utilizado en relación con la finalidad perseguida en el caso concreto, revisando si este es o no el medio adecuado.”(Cillero M. y otros, 2022)
- Principio de temporalidad: la medida de separación del niño, niña o adolescente de su familia debe fijarse en un período breve y determinado de duración. También implica que la medida de separación se deberá suspender en cuanto la situación de vulneración o amenaza cese. “Por último el principio de temporalidad permite que, en caso de ser estrictamente necesario, la medida de protección pueda prorrogarse, si y solo sí, se justifica su prolongación en base a una revisión estricta de las circunstancias de hecho vigentes y de la conducencia de tal renovación.” (Cillero M. y otros, 2022)

- Principio de diligencia excepcional:” consiste en que la autoridad pública y todo órgano, servicio e institución que conforme el sistema de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes debe actuar con un cuidado superior al ordinario al acometer las funciones que dicho sistema le confiere” (Cillero M. y otros, 2022)

b) Elementos a evaluar en Medidas de protección

Para determinar el interés superior de los niños niñas o adolescentes en procesos judiciales de medidas de protección, los Tribunales de Familia deben considerar diversos elementos a fin de evaluar la situación del niño actual y su proyección futura, UNICEF propone cinco ámbitos sobre los que hay que tener información para que los jueces puedan tomar una decisión informada los que se obtienen con diversas metodologías (entrevistas, test estandarizados observación, informe de peritos):

- Capacidades de los padres madres o cuidadores, para poder ejercer el cuidado “debe considerarse la etapa del curso de vida en la que se encuentra el niño niña o adolescente y el nivel de dependencia/ autonomía quien mantenga Respeto a los adultos.” (Cillero M. y otros, 2022)
- Daño o Impacto Biopsicosocial en el niño, niña y adolescente: en donde se tiene que tener a la vista “antecedentes de la experiencia de sufrimiento y daño psicoemocional del niño, niña o adolescente y también información objetiva sobre su quehacer cotidiano comportamiento estado de salud y físico.” (Cillero M. y otros, 2022)
- Características de la situación de vulneración de derechos: se refiere a los hechos que configuran la situación de vulneración, sus circunstancias y la frecuencia de los mismos. “de esta forma, será posible diferenciar el tipo de maltrato o experiencia de vulneración del resto de las variables aquí propuestas, evitando clasificarlas de manera generalizada y sin tomar en cuenta las particularidades de cada situación.” (Cillero M. y otros, 2022)
- Elementos contextuales del niño, niña o adolescente y la familia o adultos responsables del cuidado Esta es una variable estructural que considera condiciones socioeconómicas y culturales del niño, niña y adolescente, cuya modificación no depende de las capacidades de padres o cuidadores “Pueden influir en las condiciones de protección/ desprotección de un niño, niña y adolescente, por sí solas no constituyen un elemento crítico o decisivo a la hora de la evaluación, valorización y toma de decisión respecto a una situación de desprotección”... “pero debe ser considerada en los procesos de diagnóstico y evaluación de cada situación.” (Cillero M. y otros, 2022)

- “Actitud y respuesta de los padres o cuidadores la colaboración o el rechazo de los adultos respecto a las vulneraciones de derechos de niños niñas y adolescentes así como ante los procesos de evaluación y respuesta que los organismos pertinentes se entreguen es una variable relevante Al momento de situar o definir el nivel de protección desprotección de un niño o niña o adolescente “(Cillero M. y otros, 2022)

c) Situaciones que configuran el descuido o negligencia de padres/madres

Se entiende por “descuido, no atender las necesidades físicas y psicológicas del niño niña o adolescente, no protegerlo del peligro y no proporcionarle servicios médicos, de inscripción del nacimiento y de otro tipo cuando las personas responsables de su atención tienen los medios el conocimiento y el acceso a los servicios necesarios para ello”(Cillero M. y otros, 2022). Este concepto incluye:

- Descuido físico: que implica no proteger al niño de algún daño no vigilarlo, o no satisfacer sus necesidades básicas de alimentación vivienda vestuario etcétera.
- Descuido psicológico o emocional: “que consiste entre otras cosas en la falta de apoyo emocional y de amor la desatención crónica del niño, la indisponibilidad psicológica de los cuidadores que no tienen en cuenta las señales emitidas por los niños de corta edad, y la exposición a la violencia y al uso indebido de drogas o de alcohol de la pareja sentimental.”(Cillero M. y otros, 2022)
- Descuido de la salud física o mental del niño que corresponde a no brindarle los controles médicos necesarios o el tratamiento o medicamentos conforme algún diagnóstico establecido.
- Descuido educativo: “cuando se incumplen las leyes que obligan a los cuidadores padres o madres a asegurar la educación de sus hijos mediante la asistencia escolar o de otro modo”(Cillero M. y otros, 2022)
- “El abandono, práctica que suscita gran preocupación y que en algunas sociedades puede afectar desproporcionadamente a los niños fuera del matrimonio y aquellos con discapacidad entre otros. (Comité de los Derechos del Niño, Observación General número 13) (Cillero M. y otros, 2022)

Por último la negligencia grave se refiere a la incapacidad de los padres de satisfacer los derechos del niño, para ello se requiere evaluar si existen habilidades parentales para el cuidado de los niños, niñas o adolescentes y de ser insuficientes se debe determinar cuán grave es para la protección seguridad y cuidado de un niño. y conforme a ello, podría aplicarse una medida de protección gravosa como alejar al niño/a o adolescente de su familia.

II. Los principios presentes en el cuidado personal y Criterios legales de atribución.

2.1 Principios presentes en el cuidado personal:

2.1.1 Principio de Interés Superior del Niño:

En Chile, se reconoce el principio del "interés superior del niño", siendo su fuente legal inmediata la ley 19.968 en su artículo 16 que expresa : Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

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

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

Así nuestra judicatura recoge principalmente este principio teniendo como fuente la ley de Tribunales de Familia y además las normas de la Convención de los Derechos del Niño, de acuerdo a lo señalado en su artículo 3:

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

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.”

Este principio ha sido recogido en nuestra legislación nacional, y cruza la diversas leyes que regulan las relaciones de familia, como nuestro Código Civil y la Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, y que establece un marco legal específico para la resolución de conflictos familiares y la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en donde ordena que el principio de interés superior del niño como una consideración primordial en sus decisiones, expresado en su Art. N°16. (Turner, 2002)

En lo que respecta al cuidado personal de los hijos, este principio se encuentra consagrado en el Código Civil , en el artículo 222:

“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.”

En la ley 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia establece en su artículo 7, el concepto de Interés superior del niño, niña o adolescente:

“El interés superior del niño, niña y adolescente es un derecho, un principio y una norma de procedimiento, que se basa en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta.

Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a que en la toma de decisiones sobre cuestiones que le afecten se considere primordialmente su interés superior, entendido como la máxima satisfacción posible de los principios, derechos y garantías reconocidos en virtud del artículo 1, cuando se evalúen y sopesen los distintos intereses involucrados en el asunto, sea que la decisión deban tomarla autoridades legislativas, judiciales o administrativas, organizaciones de la sociedad civil, instituciones privadas, padres y/o madres, representantes legales o personas que los tengan legalmente a su cuidado.

Conforme a este principio, ante distintas interpretaciones, siempre se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño, niña o adolescente.

Los procedimientos se guiarán por garantías procesales para asegurar la correcta aplicación del interés superior del niño, niña o adolescente, que exige procedimientos transparentes y objetivos que concluyan en decisiones fundamentadas con los elementos considerados para efectivizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados.

Para su determinación, se deberán considerar las circunstancias específicas de cada niño, niña o adolescente o grupo de niños, niñas o adolescentes como:

a) Los derechos actuales o futuros del niño, niña o adolescente que deban ser respetados, promovidos o protegidos por la decisión de la autoridad.

b) La opinión que el niño, niña o adolescente exprese, cuando ello sea posible conforme a su edad, grado de desarrollo, madurez y/o su estado afectivo si no pudiere o no quisiere manifestarla.

c) La opinión de los padres y/o madres, representantes legales o de quien lo tuviere legalmente a su cuidado, salvo que sea improcedente.

d) El bienestar físico, mental, espiritual, moral, cultural y social del niño, niña o adolescente.

e) La identidad del niño, niña o adolescente y las necesidades que de ella se derivan, sean éstas físicas, emocionales, sociales, culturales o de origen étnico.

f) La autonomía del niño, niña o adolescente y su grado de desarrollo.

g) Cualquier situación de especial desventaja en la que se encuentre el niño, niña o adolescente que haga necesaria una protección reforzada para el goce y ejercicio efectivos de sus derechos.

h) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del niño, niña o adolescente considerando su entorno de vida.

i) Otras circunstancias que resulten pertinentes en el caso concreto que se conoce, tales como los efectos probables que la decisión pueda causar en su desarrollo futuro.”

La Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño, recalca que el interés superior del niño es un concepto triple (tres ámbitos); constituyéndose tanto como un derecho sustantivo, como un principio jurídico interpretativo fundamental y como una norma de procedimiento:

a. Un derecho fundamental es el que concierne al niño, garantizando que su bienestar sea la principal consideración a tener en cuenta al sopesar diferentes intereses al tomar una decisión en un asunto en disputa. Además, se asegura que este derecho se aplicará invariablemente cuando se deba tomar una decisión que afecte a un niño. El artículo 3, párrafo 1, establece una responsabilidad intrínseca para los Estados, de aplicación inmediata y que puede ser invocado ante los tribunales.

b. Un principio jurídico interpretativo fundamental establece que cuando una norma legal permite múltiples interpretaciones, se optará por la interpretación que mejor promueva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c. Una norma de procedimiento que incluya una estimación de las posibles repercusiones, positivas o negativas, al momento de tomar una decisión que involucre o afecte a un niño en particular o a un grupo de ellos en general. (Acuña, M. 2018)

“ Doctrinariamente se ha señalado que el interés superior del niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño definió que el contenido de este principio es la Plena satisfacción de los derechos así el ISN cumpliría una función interpretativa y permitiría, según Miguel Cillero, “Arbitrar” conflictos jurídicos de derecho es decir resolver conflictos entre derechos contemplados en la misma CDN” (Cillero M. y otros, 2022)

Esto es recogido en nuestra jurisprudencia nacional:

“Séptimo: Qué en efecto, en estas materias cabe considerar siempre el interés superior del niño, principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo dispone el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño y, aun cuando su concepto sea indeterminado, puede afirmarse que el alude a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los niños y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su

personalidad (considerados 6 y 7, Corte Suprema 18 del 6 del 2013, Rol N° 9536 – 2012, Cita online: CL/JUR/1335/2013, citado por Silva, G., 2016).

“El principio de consideración primordial del interés superior del niño, niña o adolescente, consagrado en los artículos 3° de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño y 16 de la ley N° 19.968, ha sido entonces empleado como una garantía y criterio rector interpretativo, tendiente a asegurar el ejercicio y goce pleno y efectivo sus derechos, oyéndolos, conforme a su etapa de desarrollo gradual y procurando la solución más beneficiosa o menos perjudicial a sus intereses, desde su condición de sujetos de derecho y no desde la perspectiva de los deseos de los adultos involucrados” (Considerando 4°, Corte de apelaciones de Concepción 14 del 5 del 2014, Rol N°79 – 2014, Cita online: CL/JUR/2482/2014, , citado por Silva, G., 2016).

Tercero: Que tal como esta Corte ha referido reiteradamente, en los juicios sobre materia de familia debe tenerse en consideración que el interés superior del niño y adolescente constituye un principio fundamental para adoptar cualquier decisión que les afecte su vida. Tal concepto, debe ser entendido en la triple dimensión que le otorga la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño de la Naciones Unidas, esto es, como derecho, como principio y como norma procesal, lo que significa que debe asignársele un perfil de contenido sustantivo; otro de carácter interpretativo; y uno de naturaleza procesal. De esta manera, el principio del interés superior se constituye como un parámetro que se comporta como norma de fondo y exigencia procesal, en cuanto obliga al juzgador reconocer como superiores ciertos elementos que lo integran. En el caso concreto, atendida la edad del adolescente -diecisiete años-, uno de dichos aspectos relevantes es considerar su opinión en un asunto que atañe de manera directa y radical su vida rutinaria, como es la atribución de su cuidado personal. Tal elemento corresponde a una cuestión que no sólo emana de la noción de interés superior, sino que se trata de una prerrogativa expresamente reconocida por nuestra legislación, desde que el derecho a ser oído, en relación con el reconocimiento a su autonomía progresiva y a la obligación de ser considerada su opinión, integran el derecho a un debido proceso, y, además, constituyen criterios sustantivos que permiten configurar, en lo concreto, el principio antes referido. En efecto, la Convención Sobre los Derechos del Niño, en su artículo 12 contempla el derecho del niño que está en condiciones de formarse un juicio propio, a expresar su opinión libremente en todos los problemas que lo afecten, debiendo tenerse en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Se añade que, a tal fin, se le dará la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte. Este reconocimiento, plasmado de modo imperativo en la convención indicada, ha sido recogido, además, en nuestra legislación interna, específicamente en el artículo 16 de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia, en cuanto principio rector del contencioso de familia, al disponer que, en lo que interesa: “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 basales que los juzgadores que actúen en materia de familia deben siempre considerar de materia privilegiada y principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”. (Rol: 44252, Cuarta Sala de la Corte Suprema 30 de mayo de 2018)

2.1.2 Autonomía Progresiva:

“La autonomía progresiva se refiere a la capacidad y facultad de los niños, niñas y adolescentes para ejercer con grados crecientes de independencia sus derechos frente a las facultades de los padres o adultos responsables de su dirección y orientación.”(Acuña, M. 2018)

Este principio esta consagrado en la Ley 21.430 sobre Garantías y protección Integral de los derechos de la Niñez y Adolescencia en su artículo 11, que señala que todo niño, niña o adolescente podrá ejercer sus derechos, “en consonancia con la evolución de sus facultades, atendiendo a su edad, madurez y grado de desarrollo que manifieste, salvo que la ley limite este ejercicio, tratándose de derechos fundamentales”.

“Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser protagonistas activos de sus vidas, y para ello requieren experimentar el balance permanente entre la autonomía para el ejercicio de sus derechos y la necesidad simultánea de recibir protección”.

“El Comité de los Derechos del niño reconoce la creciente autonomía del niño y la necesidad de respetar su gradual adquisición del ejercicio independiente de sus derechos. Los niños no quieren competencia sencillamente por la edad, sino más bien por la experiencia y su cultura: el concepto de desarrollo infantil como de infancia es en gran medida una noción social más que biológica.”(Cillero, 2022)

De esta manera se considera que “el concepto de madurez hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto en particular por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño.

Las capacidades de los niños y niñas evolucionan con el tiempo “esto implica que las decisiones que se tomen con respecto a ellos deben ser revisables y ajustarse según su proceso de desarrollo y, por otro, debe tomarse en base no solo a las necesidades actuales del niño o de la niña sino teniendo en cuenta su potencial desarrollo a corto y largo plazo.” “Las etapas del desarrollo son acumulativas cada etapa repercute en las siguientes e influye en la salud, el potencial, los riesgos y las oportunidades del niño o niña o adolescente.”(Cillero, 2022)

“Los primeros años constituyen el período de crecimiento, maduración y creación de vínculos emocionales más rápido y decisivo en la vida de los niños... Son la base de su salud física y mental, así como de su seguridad emocional, identidad cultural, personal y el desarrollo de sus actitudes, son el período en el cual se encuentran más vulnerables a las enfermedades, los traumas y las distorsiones o trastornos del desarrollo, y relativamente impotentes para evitar o resistir las dificultades dependiendo de otros que les ofrezcan protección y promuevan su interés Superior”

“Respecto de los adolescentes estos deben tener suficiente información para garantizar, además de su desarrollo, su protección y capacidad para expresar sus opiniones deseos y creencias tienen además el derecho a la intimidad y confidencialidad”

“Las capacidades y facultades de los niños van evolucionando con el tiempo, ... dicha evolución aparece como un principio habilitador que aborda el proceso de maduración y aprendizaje por medio del cual los niños adquieren progresivamente competencias comprensión y mayores niveles de autonomía para asumir responsabilidades y ejercer sus derechos” (Cillero, 2022)

2.1.3 Derecho a ser oído:

El derecho a ser oído, señalado en la Convención de los Derechos del niño, en el artículo 12, impone al estado el “deber de garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño” (Acuña, M. 2018)

Por lo mismo este principio ahora es explícitamente señalado en el Ley 21.430 en el artículo 28, señalándose “En el ejercicio del derecho se resguardarán las condiciones de discreción, intimidad, seguridad, recepción de apoyo, libertad y adecuación de la situación”.

La Observación general N° 12 del El Comité de los Derechos del niño, nos señala que los niños, niñas y adolescentes “tienen la capacidad para formarse sus propias opiniones y el derecho de expresarlas”, y que los estados deben “presumir que poseen juicio propio o bien, son capaces de formarse su propia opinión, por lo tanto, no es carga probatoria del niño demostrar que la tiene.” (Cillero, 2022)

“No se puede escuchar eficazmente un niño cuando el entorno sean intimidatorio, hostil, insensible, o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información (en un lenguaje claro y sencillo), la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados, y salas de espera separadas. (Cillero, 2022)

“La audiencia reservada es una actividad muy importante. Que el juez tome contacto con el niño sobre las cuestiones que le afectan y conocer su opinión al respecto, constituye una oportunidad significativa para conocer los hechos desde su punto de vista y para el ejercicio efectivo de su derecho a ser oído.” (Cillero, 2022)

En esta audiencia del juez con el niño, debieran cumplirse los siguientes estándares:

“- El niño y la niña deben contar con toda la información sobre el proceso judicial, las etapas y la finalidad del mismo, así como las posibles decisiones en conformidad a su edad y madurez.

- La audiencia debe desarrollarse a través de una conversación y no de un interrogatorio, es decir, se deben formular preguntas y expresarlas en una forma acorde a la edad y madurez del niño, niña o adolescente basándose en su desarrollo y nivel cognitivo y emocional.

- Se debe considerar apoyo de traductor en caso de niños que hablen en un idioma distinto del español, teniendo en cuenta además, factores culturales del país de origen (incluso de niños de países de habla hispana). En casos donde los niños sean migrantes o indígenas, se deberá realizar la audiencia considerando la perspectiva intercultural.

- Se debe realizar la audiencia teniendo en cuenta el enfoque de género.

-Se Debe evitar siempre la revictimización formulando preguntas previamente definidas en una Pauta que permitan identificar en el caso concreto el isn entendiendo este concepto como la satisfacción máxima de sus derechos” (Cillero, 2022)

“Si el niño no quiere hablar se debe respetar su derecho. S el niño o niña, se le ha nombrado un abogado este deberá estar presente en la audiencia reservada” (Cillero, 2022)

Al respecto la jurisprudencia señala:

“Cuarto: Que la sentencia impugnada, sin embargo y pese a aludir al citado artículo 225-2 del Código Civil, elucubra únicamente acerca de la inexistencia de factores que permitan concluir una inhabilidad de la madre para ejercer el cuidado personal de su hija adolescente, sin siquiera hacer mención a que Soledad, en las diversas instancias judiciales y extrajudiciales manifestó su interés de vivir con su padre, a la luz de los hechos establecidos en la sentencia, cuestión que implica no solo desviar el foco de atención del interés superior de Soledad, sino que supone, además, desatenderlo, y que tienen directa relación con su estabilidad y que, de ser ponderados en conjunto con los criterios considerados en la referida norma, habrían llevado a una decisión diferente. En efecto, el análisis conjunto de los criterios establecidos en el artículo 225-2 del Código Civil, efectuado sobre la base de los hechos que se tiene por acreditados en la presente sentencia, permite concluir que si bien ambos padres son aptos para la crianza de sus hijos, no puede desconocerse el derecho de Soledad a ser oída y su correlato con el principio de autonomía progresiva, consagrado en el artículo 16 de la Ley N° 19.968, en la letra f) del referido artículo 225-2 y por los tratados internacionales ratificados por Chile y actualmente vigentes. Quinto: Que, en ese sentido, la normativa concernida con la atribución judicial del cuidado personal de los hijos, a raíz de las modificaciones que la Ley N° 20.680 introdujo al Código Civil, privilegia la aplicación del principio rector en materia de familia, esto es, el del interés superior del niño, niña o adolescente.

También que al instaurarse la judicatura de familia por la Ley N° 19.968, se les reconoció a aquellos el derecho a ser oídos en los asuntos que les incumben. De esa manera, la legislación interna concretó lo que, al efecto, establece el artículo 3 N° 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone que al adoptarse decisiones por instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos que involucran la suerte o destino de los niños, niñas y adolescentes, es imperioso tener en consideración su interés superior, entregando orientaciones para ese propósito; y el artículo 12 de la misma, en orden a que los Estados Partes deben garantizarles si están en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten, teniéndose debidamente en cuenta su opinión, en función de su edad y madurez; y que, con tal fin, se les debe dar la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que les incumba, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. La Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, por su parte, dispone medidas que deben aplicarse para garantizar la observancia del derecho del niño a ser escuchado, de acuerdo al contexto de que se trate; y condiciones básicas para su observancia. Asimismo, señala que el artículo 12 de la Convención, que establece el derecho del niño a ser escuchado, está vinculado a los siguientes artículos: 2 (derecho a la no discriminación), 6 (derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo), 13 (derecho a la libertad de expresión), 17 (derecho a la información), y 5 (evolución de las facultades del niño y dirección y orientación apropiadas de los padres); siendo, además, interdependiente con el artículo 3 (consideración primordial del interés superior del niño). También se refiere al derecho de que se trata la Observación General N° 14 del mismo comité, en el sentido que la evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto de su derecho a expresar libremente su opinión y a que se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Así, se sostiene que el derecho de los niños a ser oídos en todas las decisiones que puedan afectar su vida futura, se debe entender como uno de participación que debe ser interpretado en consonancia con el principio del interés superior y el de la autonomía progresiva. ("La voz de los niños en la justicia de familia de Chile", Macarena Vargas Pavez y Paula Correa Camus, en Revista Ius et Praxis, año 17, N° 1, 2011, p.177-204); Sexto: Que, por lo tanto, al decidir la sentencia impugnada respecto del cuidado personal de Soledad sin respetar su derecho a ser oída y el principio de autonomía progresiva, se infringió lo dispuesto en los artículos 3, 9 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño, desatendiendo los parámetros específicos previstos en el artículo 222 en relación con el artículo 225-2 del Código Civil, que buscan asegurar, como se dijo, la máxima estabilidad e interés superior" (Rol N° 30.526-2020.- Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema Santiago, 27 de octubre de 2020)

2.1.4 Corresponsabilidad Parental:

La Ley 20.680 introdujo este principio jurídico en la legislación chilena, que establece que, en principio, ambos padres tienen la responsabilidad conjunta del cuidado personal de sus hijos. Esto significa que deben participar activamente en la crianza y el cuidado de sus hijos, incluso si no están juntos o no conviven.

“Una de las consideraciones de los autores de una de las mociones que dieron origen a la Ley 20.680, aludiendo a la necesidad de superar el esquema discriminatorio en relación a los padres que atenta contra el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 n° 2 de la Constitución Política de la República y no sigue el principio rector en esta materia, que es el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Teniendo presente que la pregunta por el fundamento de una institución es la pregunta por su justificación, esto es, por los argumentos capaces de demostrar, que debe ser reconocida por el Ordenamiento Jurídico, me parece que el cimiento sobre el cual se construye la corresponsabilidad parental se encuentra simplemente en la relación de filiación, en el carácter de padre y madre que vincula y responsabiliza a unos adultos con sus hijos menores, en razón del carácter vulnerable de estos. Sin desconocer las aportaciones del principio de igualdad entre hombres y mujeres hacia una corresponsabilidad parental, siendo aún más precisa, desde mi punto de vista el fundamento del principio no se encuentra tanto en la igualdad de los padres, tradicional justificación de la misma, como sí en el interés superior de los niños. Ya en el preámbulo de la Convención de Derechos del Niño se considera a la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, y se reconoce que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Por ello, se concluye que vivir en familia es un derecho fundamental para todos los niños y niñas, como sujetos de derecho y que su bienestar está estrechamente ligado a la calidad de las relaciones que se establezca. Es en este contexto que un categórico artículo 18.1 de la CDN, sin distinción de la existencia o no de relación jurídica familiar entre los padres, consagra la corresponsabilidad parental al declarar que los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.” (Acuña, M., 2013)

2.1.5 Derecho del niño a vivir en familia.

La familia es el lugar en donde un niño, niña y adolescente puede desarrollarse de la mejor manera, por eso se consagra este derecho en el artículo 27 de la Ley 21.430 sobre Garantías y protección Integral de los derechos de la Niñez y Adolescencia, en donde se indica que se debe preferir la del origen, pero en caso de que ello no fuera posible, se debe establecer una alternativa de cuidado familiar.

“Solo en caso de acreditarse vulneración de derechos, el niño, niña o adolescente podrá ser incorporado a una modalidad temporal de cuidado alternativo que se ajuste a su propio interés superior, prefiriéndose las modalidades basadas en familia o una solución definitiva en familia

adoptiva, en conformidad con lo dispuesto en la ley definitiva en familia adoptiva, en conformidad con lo dispuesto en la ley”

2.1.6 Intervención Judicial en Caso de Conflictos:

Si los padres no viven juntos o no pueden llegar a un acuerdo sobre el cuidado personal de sus hijos, la legislación chilena permite la intervención de un juez de familia, quien después de analizar diversos factores y buscando siempre el interés superior del niño, tomará una decisión al respecto.

La intervención judicial del cuidado personal del niño en Chile es un proceso legal mediante el cual un tribunal toma decisiones sobre cómo se atribuirá el cuidado y la custodia de un niño en casos de desacuerdo o disputa entre los padres o con terceros.

La intervención judicial tiene como objetivo principal asegurar el interés superior del niño y garantizar su bienestar en situaciones en las que los padres no pueden llegar a un acuerdo mutuo (Quintana, 2009).

Los aspectos clave de la intervención judicial en materia de cuidado personal en Chile:

- **Solicitud de Intervención Judicial:** La intervención judicial generalmente comienza con una solicitud presentada por uno de los padres o, en algunos casos, por un tercero (como un familiar cercano o un abogado del niño) ante el tribunal de familia correspondiente. La solicitud debe explicar las razones por las cuales se requiere la intervención judicial y detallar las circunstancias relevantes.

- **Evaluación de las Circunstancias:** Una vez que se presenta la solicitud, el tribunal procede a evaluar las circunstancias específicas del caso. Esto puede incluir la revisión de pruebas, testimonios de testigos y, en algunos casos, la realización de una investigación social o psicológica para determinar la situación familiar y el bienestar del niño.

- **Mediación Familiar:** En muchos casos, antes de tomar una decisión judicial final, el tribunal puede ordenar que los padres participen en sesiones de mediación familiar. Durante la mediación, se busca que los padres lleguen a un acuerdo sobre el cuidado personal del niño con la ayuda de un mediador imparcial. Si los padres llegan a un acuerdo, el tribunal puede aprobarlo y convertirlo en una orden judicial.

- **Decisión Judicial:** Si la mediación no tiene éxito o si las circunstancias no lo permiten, el tribunal toma una decisión basada en el interés superior del niño. Esta decisión puede incluir la atribución

del cuidado personal a uno de los padres (con visitas regulares del otro), el cuidado compartido, el cuidado a terceros u otra disposición que se considere apropiada para el bienestar del niño.

- **Modificación de resoluciones que establecen el Cuidado Personal:** Las resoluciones que establecen un cuidado personal pueden ser modificadas si cambian las circunstancias de la familia o si se demuestra que la modificación es en el mejor interés del niño. Cualquier padre o madre puede solicitar una revisión de las resoluciones/sentencias existentes si considera que hay motivos para hacerlo.

- **Protección del Niño:** Si existe evidencia de abuso o negligencia por parte de alguno de los padres, el tribunal puede tomar medidas adicionales para proteger al niño. Esto puede incluir visitas supervisadas, órdenes de restricción u otras medidas de protección.

La intervención judicial en materia de cuidado personal es un proceso cuidadoso y se lleva a cabo con el objetivo de garantizar que las decisiones tomadas sean en el mejor interés del niño.

2.2. Criterios de atribución del Cuidado personal

Si uno de los padres, o un tercero desea emprender acciones legales contra el otro padre o madre del niño, niña o adolescente, con el propósito de obtener el cuidado personal a través de un juicio, los fundamentos de la solicitud estarán basados en las circunstancias que lo justifiquen.

En lo relativo a criterios de determinación cuando es un padre/madre que lo solicita se tiene que remitirse a la disposición abierta contenida en el artículo 225-2 del Código Civil, en donde se establecen criterios que deben guiar la decisión judicial:

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

- a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus progenitores, y demás personas de su entorno familiar.
- b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
- c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro progenitor, pudiendo hacerlo.

- d) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.
- e) La dedicación efectiva que cada uno de los progenitores procuraba antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
- f) La opinión expresada por el hijo.
- g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
- h) Los acuerdos de los progenitores antes y durante el respectivo juicio.
- i) El domicilio de los progenitores.
- j) Cualquier otro antecedentes que sea relevante atendido el interés superior del hijo.

En ningún caso el establecimiento del régimen del cuidado personal podrá fundarse en razón de la raza o etnia, la nacionalidad, la orientación sexual, la identidad o expresión de género, la apariencia personal o cualquier otra categoría que resulte discriminatoria”

2.3 Criterios de atribución especiales del cuidado personal a terceros.

En el artículo 226, del Código Civil, se señala un criterio, relacionado a la entrega del cuidado personal a terceros:

“Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño, conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2. En la elección de estas personas se preferirán a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda.”

Es en el artículo 42 de la Ley de Menores 16.618, en donde se señala un catálogo de inhabilidades físicas o moral de los padres:

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

Para el caso del niño abandonado por sus padres, el Código Civil señala que si sus padres quieren recuperar su cuidado deben pedir autorización al juez, pero por razones graves, de acuerdo a lo señalado por el artículo 240:

“Si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado y criado por otra persona, y quisieren sus padres sacarle del poder de ella, deberán ser autorizados por el juez para hacerlo, y

previamente deberán pagarle los costos de su crianza y educación, tasado por el juez. El juez sólo concederá la autorización si estima, por razones graves, que es de conveniencia para el hijo”.

Los elementos que se utilizan como referencia para determinar si se cumple con el estándar del interés superior del niño deben ser considerados y evaluados de manera conjunta, de acuerdo con lo establecido por el legislador. Esto significa que el juez no tiene la autorización para aceptar o rechazar una demanda basándose exclusivamente en uno o algunos de estos elementos, ya que se trata de requisitos que deben ser sopesados en conjunto, es decir, son requisitos que deben cumplirse de manera conjunta para tomar una decisión.

Asimismo, en ambos casos, es importante destacar que se debe seguir completamente lo que se establece en el artículo 225, inciso quinto, el cual prohíbe al juez basar su decisión en la capacidad económica de los padres. La modalidad de cuidado personal que se apruebe o determine de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 224 debe tener como fundamento el principio de corresponsabilidad, a menos que exista una restricción legal o una prohibición impuesta por la jurisdicción que impida la participación del padre que no tiene la custodia

Sobre el cuidado personal provisorio en estos juicios, es posible que el padre, madre o un tercero que presenta una demanda en un proceso de familia para obtener el cuidado personal del niño solicite una medida provisional de cuidado personal. También es factible que el propio juez, por iniciativa propia, ordene esta medida, por ejemplo en casos de medidas de protección por vulneración de derechos del niño.

III. La Sana Crítica en la determinación de la atribución del cuidado personal del niño a terceros.

3.1. Tribunales de Familia.

En Chile, los Tribunales de Familia son una parte fundamental del sistema judicial encargada de resolver asuntos relacionados con temas familiares y de menores, incluyendo el cuidado personal, el régimen de visitas, la patria potestad, entre otros.

La Ley N° 19.968 crea los Tribunales de Familia, que operan bajo ciertos principios fundamentales, que guían su trabajo y toma de decisiones.

Fueron creados por el atochamiento del sistema, la gran dispersión de reglas, procedimientos aplicables y tribunales competentes en los asuntos de familia, la inexistencia de tribunales especializados y la preponderancia de la lógica adversarial para el tratamiento de los conflictos.

Dentro de algunas competencias que tienen los juzgados de familia se encuentran:

- Las causas relativas al derecho de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes;
- Las causas relativas al derecho y el deber del padre o de la madre que no tenga el cuidado personal del hijo, a mantener con éste una relación directa y regular;
- Las causas relativas al ejercicio, suspensión o pérdida de la patria potestad; a la emancipación y a las autorizaciones a que se refieren los Párrafos 2º y 3º del Título X del Libro I del Código Civil;
- Las causas relativas al derecho de alimentos;
- Las guardas, con excepción de aquellas relativas a pupilos mayores de edad, y aquellas que digan relación con la curaduría de la herencia yacente, sin perjuicio de lo establecido en el inciso segundo del artículo 494 del Código Civil;
- Todos los asuntos en que aparezcan niños o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores;
- Las acciones de filiación y todas aquellas que digan relación con la constitución o modificación del estado civil de las personas, entre otros.

El principio fundamental en los Tribunales de Familia es el interés superior del niño, tal como lo indica el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia que indica: “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.”

Todas las decisiones y acciones se toman con el objetivo de proteger y promover el bienestar, la salud y el desarrollo del niño. Este principio se encuentra respaldado por la Convención sobre los Derechos del Niño y la legislación chilena.

3.2 Sana crítica en las sentencias de cuidado personal

a) Sana Crítica según la doctrina:

Según la doctrina, la `sana crítica', es aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la razón y el criterio racional, puesto en juicio. Desde una perspectiva gramatical, se puede decir que es “el analizar sinceramente y sin malicia de las opiniones expuestas acerca de cualquier asunto” (González. J. 2006)

El Sistema de la Sana Crítica ha pasado a dominar, en el contexto de reformas importantes que se fueron aplicando a nuestra legislación en general, en los últimos años, pasando a ser este el modelo de valoración de la prueba que se sigue en el Proceso penal, Laboral y Familia, cada uno con sus

particularidades o matices especiales, como en materia penal el criterio de “más allá de toda duda razonable”, o en el Derecho de familia limitado por ejemplo por principios como el de “el interés superior del niño”.

La ley no pretende de ninguna manera que al confiar la valoración de las pruebas a la conciencia, al capricho o a la arbitrariedad, sino que entrega ciertos criterios. En el sistema de la sana crítica, el tribunal debe seguir sus conocimientos técnicos, experiencia personal, el sentido común y la recta intención, entre otros. Así, por ejemplo en el inciso 2° del artículo 14 de la Ley 18287 que establece procedimiento ante los juzgados de policía local y el art. 456 del Código del Trabajo, que indica cuando se evalúe la evidencia de acuerdo con los principios de la sana crítica, se señala que el tribunal deberá explicar las razones legales y las que se basen en la lógica, la ciencia o la técnica por las cuales otorga o desestima su valor.

En términos generales, el juez debe prestar especial atención a factores como la cantidad, gravedad, precisión, consistencia y relevancia de las pruebas y antecedentes del caso, de modo que el análisis conduzca de manera lógica a la conclusión que persuade al juez (Benfeld, 2018).

Así, ponderación de la prueba conforme a la regla de la sana crítica, como señala Johan Benfeld (2018), “Consiste en valorar la prueba rendida en autos conforme con un conjunto de reglas contenidas de forma explícita o implícita en la propia tradición de la legislación, doctrina y jurisprudencia probatoria, facultando al juez, previa justificación y fundamentación, para preferir unas en desmedro de otras o, incluso, en ciertos casos y circunstancias para abandonarlas del todo.”

Como señala Joel González (2015) “ La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida. Estas conclusiones no tienen la estrictez de los principios de la lógica tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de experiencia derogadas por otras más exactas; y aun frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna muestra cómo el pensamiento humano se halla en constante progreso en la manera de razonar”.

b) Consideraciones de Tribunales de Familia respecto de la sana crítica.

En el artículo 32 de la Ley N° 19.968, que establece los Tribunales de Familia, aborda la valoración de la prueba en los siguientes términos:

"Valoración de la prueba, Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su

fundamentación de toda prueba rendida, incluso de aquella que hubiera desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.” (González, J. 2006)

Entonces la sana crítica implica un proceso intelectual interno y subjetivo del juez, pero basado en antecedentes objetivos allegados al juicio por los distintos medios de prueba, que el juez debe valorar racionalmente relacionando los hechos expuestos uno a uno, de manera lógica, teniendo presente los conocimientos científicos implicados en el caso concreto, que puede ser de índole médico, psicológico o social, como por ejemplo las características físicas de un niño/a con síndrome de abstinencia fetal (SAF), o el ciclo de la violencia intrafamiliar, o la conducta esperable de un niño con Trauma complejo; pero también es necesario que guíe sus decisiones con las máximas de la experiencia, y en ese sentido, se requiere un juez especializado en la materia, en las características de la sociedad, cultura e institucionalidad del país; también implica que el juez pueda resolver el caso conforme a como se han resuelto estos mismos casos dentro de la legislatura del país, conforme al Sistema de garantías y protección integral de los derechos de la Niñez y Adolescencia, la evolución de las nuevas concepciones de familia, y los medios que tiene la sociedad para poder dar satisfacción a las necesidades de las familia y víctimas, por ejemplo, hace años atrás no existían en el país residencias para víctimas de violencia intrafamiliar, o era impensable, entregar el cuidado personal de un niño a un tercero que fuera homosexual.

c) Consideraciones de los tribunales superiores respecto de la sana Crítica:

“Segundo: Que el artículo 66 de la ley N°19.968, disposición que regula el contenido de la sentencia definitiva dictada en el procedimiento de familia, señala que debe contener “4) El análisis de la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esa conclusión y 5) las razones legales y doctrinarias que sirvieron de fundar el fallo”. Dicha exigencia formal puede ser cabalmente entendida con el desarrollo que efectúa al respecto el Auto Acordado sobre la forma de las sentencias, dicta por esta Corte en septiembre de 1920, de cuyos numerales 5° al 7° se desprende que, la referida norma, en cuanto a las consideraciones de hecho “, obligan al contenido de la expresión concreta de los hechos establecidos en el proceso justificados con arreglo a la ley, pues a partir de su concatenación lógica es posible realizar el examen de las consideraciones de derecho aplicables al caso. Ello encierra en la práctica, un presupuesto de coherencia y corrección en la lógica interna del razonamiento judicial expresado en la resolución, que exige a los sentenciadores la construcción de argumentos racionalmente enlazados, congruentes y pertinentes al contenido del asunto sometido a su decisión, y al mérito de lo obrado. Séptimo : Que la doctrina justifica la relevancia de la motivación de los fallos, en que aquello permite el control eficiente de la actividad jurisdiccional por la opinión pública, cumple así el deber de publicidad; además, busca obtener el convencimiento de los litigantes, elimina la sensación de arbitrariedad y establece su razonabilidad, al conocer por qué concreto la resolución; permite la efectividad de los recursos ; finalmente “ pone de manifiesto el principio republicano

de la vinculación del juez a la ley” (Rol N° 70.610- 2016 pronunciada por la cuarta sala de la Corte Suprema . Santiago 18 de abril de 2017, Citado por Mosquera. M., 2010)

“(…) De conformidad a lo que prevé el artículo 32 de la ley N° 19.968, los jueces de familia apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Siguiendo a la doctrina, y cómo reiteradamente lo ha resuelto este Tribunal, este sistema conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconsejan la razón y el criterio racional puesto en juicio. Las reglas que la constituyen no están establecidas en la ley, por ende, se trata de un proceso intelectual, interno y subjetivo del que analiza. Es una materia esencialmente de apreciación y, por lo mismo, de hecho, cuya estimación corresponde exclusiva y privativamente a los jueces del fondo. La regla general es que la actividad de valoración o ponderación de las probanzas y con ello la fijación de los hechos en el proceso queda agotada en las instancias del juicio, a menos que los sentenciadores del grado al determinar aquellos hayan desatendido las razones lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud ha correspondido asignarles valor y determinar su eficacia. “(Considerando 4°, Corte Suprema 28 del día del 2010, Rol N°5500 – 2010, Cita online: CL/JUR/16853/2010, citado por Silva, G., 2016).

“Los jueces del grado en uso de las facultades que son de su exclusiva competencia - la ponderación de la prueba y el establecimiento de los hechos- asentar los elementos indicados en el motivo segundo de este fallo Y decidieron como se indicó en el considerando que precede la conformidad a lo que prevé el artículo 32 de la ley N° 19.968, esto es, apreciando la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica que, como reiteradamente lo ha resuelto este tribunal, es un sistema que conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconsejan la razón y el criterio racional puesto en juicio, cuyas reglas constitutivas, aun cuando no están enunciadas en la ley, obligan a un proceso intelectual, interno y subjetivo del que analiza. De esto se sigue que, tratándose de una materia esencialmente de apreciación y, por lo mismo de hecho, su estimación corresponde exclusiva y privativamente a los jueces del fondo, de suerte que los presupuestos fácticos resultantes de este proceso devienen en inamovibles para el tribunal de casación, de no mediar infracción a las normas de la sana crítica. (Considerando 4°)

Si bien el artículo 74 de la ley N° 19.968, establece que la resolución que disponga la medida que implique la separación del niño, niña o adolescente de sus padres debe ser fundada, cabe consignar que a la luz de los antecedentes tenidos en consideración por los sentenciadores, su decisión aparece ajustada a las exigencias que la referida disposición contempla, toda vez que no puede desconocerse que la decisión a que se ha arribado se encuentra fundada y justificada en el análisis y valoración de los elementos de prueba allegados al juicio y en concordancia con las conclusiones que soberanamente de aquellas se han extraído, en aplicación de principio rector del interés superior del menor. El actuar de los jueces del grado aparece ajustado, no solo a la normativa que lo autoriza a decretar una medida de la naturaleza de qué se trata, sino que se conforma también con el interés superior del niño, en cuanto se pretende brindarle la protección necesaria para su adecuado desarrollo, sin perjuicio de reconocer también la relación que mantendrá con su madre, mediante el régimen de relación directa y regulada que se dispone y el ingreso del niño y de sus

padres a una intervención ambulatoria.(Considerados 6° y 7°) Corte Suprema, 12 del 6 del 2013, Rol N° 2522 – 2013, Cita online: CL/JUR/1262/2013

“En este tipo de materias la prueba rendida debe ser apreciada conforme a la sana crítica, la que debe extenderse constitutiva especialmente por las reglas de la experiencia y de la lógica. En este contexto, el examen de los elementos del juicio debe conducir lógicamente la conclusión vertida en la respectiva decisión, debiéndose versar sobre la integridad de la prueba y considerar la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las probanzas o antecedentes del proceso, de manera tal que la decisión a la que arribe mediante el proceso de valoración, sustente El convencimiento del Tribunal y pueda justificarse ante los destinatarios de la misma (C. Suprema, 31 de diciembre de 2008, N° LegalPublishing: 41 453), y en la misma línea se ha estimado que: "De conformidad a lo que prevé el artículo 32 de la Ley N° 19.968, los Jueces de Familia apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Siguiendo la doctrina, y como reiteradamente lo ha resuelto este Tribunal, este sistema conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconsejan la razón y al criterio racional puesto en juicio. Las reglas que lo constituyen no están establecidas en la ley, por ende se trata de un proceso intelectual, interno y subjetivo que analiza. Es una materia esencialmente de apreciación y, por lo mismo, de hecho, cuya estimación corresponde exclusiva y privativamente a los Jueces del fondo. La regla general Es que la actividad de valoración o ponderación de las probanzas y, con ello la fijación de los hechos en el proceso queda agotadas en las instancias del juicio, A menos que los sentenciadores del grado al determinar aquellos hayan desatendido las razones lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud ha correspondido asignarles valor y determinar su eficacia” (C. Suprema, 28 de octubre 2010, N° LegalPublishing: 46897; C. Suprema, 15 de julio de 2008, N° LegalPublishing: 39470, citado por Barrientos, J., 2012)

Tercero: Que, como esta Corte ha señalado reiteradamente, la determinación de los hechos corresponde a una facultad que se ejerce exclusivamente en las instancias del fondo, sin que sea dable su revisión en esta sede, a menos que se denuncie y acredite el quebrantamiento de disposiciones que integran el sistema valorativo de la sana crítica. En la especie, se acusa infracción al artículo 32 de la Ley N° 19.968, que prescribe que la prueba debe apreciarse conforme a las reglas de la sana crítica, un concepto compuesto de tres elementos: la lógica, conformada por “reglas universales establecidas y permanentes en el tiempo propias de la razón humana y que conducen a una conclusión o, en lo fundamental, a la emisión de un juicio”, cuyos principios son, los siguientes: de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma), de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí), de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia), y de tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes), sin agotar con ello, en todo caso, los parámetros lógicos que deben guiar la construcción epistémica probatoria. En segundo lugar, por las máximas de experiencia o “reglas de la vida”, entendiendo por tales, según

la doctrina, “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los procesos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos” (STEIN, Friedrich; El conocimiento privado del juez, Editorial Temis, Bogotá, 2ª edición, 1999, p. 27). Y por último, por los conocimientos científicamente afianzados, que son los saberes proporcionados por las ciencias y las técnicas (artes y oficios reputados), que surgen luego de operaciones metódicas estandarizadas, cuyos resultados son verificables y susceptibles de refutación. Luego, para que prospere un recurso de casación en el fondo que se basa en la incorrecta aplicación de la citada disposición, que autorizaría alterar los hechos asentados en la sentencia que se impugna, es menester que se indique cuál de los elementos que componen el referido sistema de valoración de la prueba fue infringido; causal que también se puede basar en el hecho que la sentencia no se hizo cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que fue desestimada, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo, tal como lo indica el artículo 32 de la Ley N° 19.968.” (Rol: 62.054-2023, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 17 de julio de 2023)

3.3 Ponderación de la sana crítica en el uso de criterios de atribución del cuidado personal del niño a terceros.

Dada la enorme repercusión que implica en la vida de un niño, niña o adolescente el ser alejado de sus padres/madres, y entregado a un terceros, que puede ser un pariente, como puede ser un completo extraño, es que “la ley obliga a los jueces a un análisis más acabado de todas las circunstancias que confluyen en el caso en estudio” (Quintana, M, 2014), debiendo señalar claramente los motivos en que se basan sus decisiones, así para hacer efectivo “el rol tutelar del juez, y no se satisface con la alusión al interés superior del niño en abstracto como una declaración de retórica, sino que importa considerar el interés en concreto” (San Martín, M. 2020)

La entrega del niño/a o adolescente a un tercero es algo excepcional, por ello es necesario que existan pruebas de graves y concluyentes para que ello se realice. “Aunque el art. 226 CC no lo menciona expresamente, se entiende que la norma apunta a una inhabilidad para el cuidado de los hijos, no a una inhabilidad general o a una que afecte el ejercicio de otras funciones o el desarrollo de otras actividades” (Acuña, M., 2018)

Por otro lado, el juez también debe tomar en consideración la habilidad parental o competencia del tercero solicitante del cuidado personal del niño. Al respecto, es el juez quien debe valorar quien, de varios solicitantes, es el que tiene mejores habilidades como figura parental de sustitución de los padres/madres, que le pueda brindar al niño/a las más adecuadas condiciones para su desarrollo, garantizando su bienestar integral, y el respeto a sus derechos.

Aunque la ley establece que se preferirá que el niño quede al cuidado de parientes, no necesariamente serán los más aptos para sumir el cuidado, o en caso de que existan varios parientes

o terceros no parientes, interesados en tener su cuidado, es el juez quien debe valorarlos a todos, para determinar quién es el más idóneo, que podrá velar mejor por su interés superior.

Para su valoración, el juez también podrá apoyarse, en como este tercero puede dar cumplimiento a algunos de los criterios del art. 225-2 del Código Civil, o sea evaluar la vinculación afectiva que el tercero tiene con el niño, la aptitud para cooperar en la vinculación del niño/a con sus padres, en caso de fijarse relación directa por parte del juez, la aptitud para garantizar su bienestar y darle un entorno adecuado, como realizó el cuidado del niño/a (cuando en circunstancias informales se hizo cargo del niño/a, o cuando tuvo su cuidado personal cautelar), la opinión expresada por el niño/a, y cualquier otro aspecto relevante.

Como se puede apreciar, no existe en la legislación descripción normativa respecto de las características o atributos específicos que deben cumplir estos terceros, sino que eso queda, supeditado a requisitos establecidos por peritos o de programas de evaluación, quienes aplican distintos instrumentos y establecen distintos requisitos excluyentes para la determinación de la idoneidad. Por tanto, es en este ámbito, en donde la sana crítica del juez cumple una labor de gran relevancia para discriminar entre las distintos antecedentes que le pueden aportar las partes y/o peritos, debiendo ponderar los antecedentes que le aporten para determinar quién es el tercero más idóneo para el cuidado del niño.

Por ello, que es necesario que el juez, verifique la existencia de la inhabilidad física o moral de ambos padres y pondere uno a uno y en conjunto cada uno de los criterios y circunstancias del nuevo artículo 225-2 del Código Civil.

Para verificar la existencia de inhabilidad física o moral de ambos padres, se requiere primeramente la existencia de una denuncia dando así inicio a un proceso proteccional o una demanda, dando inicio a un proceso contencioso, en ambos casos se verifican en audiencias ante el juez de familia, audiencias que tienen por finalidad acreditar fehacientemente la inhabilidad, debiendo las partes y el tribunal de oficio ofrecer medios probatorios destinados a desvirtuar o acreditar los hechos, pudiendo en esas audiencias solicitar la realización de pericias para los progenitores y los demás intervinientes del juicio. Estas pericias pueden ser pruebas psicológicas para NNA, informe de habilidades para el cuidado; pericias socioeconómicas entre otras; declaración de testigos entre otros.

Pero sin duda se debe destacar la primacía del interés superior del niño, como un principio rector no solo para otorgar el cuidado personal al padre o a la madre, sino como guía para la entrega del cuidado personal a la familia extensa del niño, niña o adolescente, como lo señala la jurisprudencia:

“Que en estrecha relación y armonía con la anterior, se encuentra el interés superior del niño-principio rector en materia de familia-conforme al cual no se puede soslayar que aparece razonablemente plausible que la niña encuentre la protección y afecto que nuestro ordenamiento resguarda, al interior de su familia de origen, especialmente de sus abuelos maternos y su hermano, a quienes como figuras significativas y a quienes designa con lenguaje cariñoso” (Corte Suprema, ROL 41.051/2016, citado por Dirección de Estudios de la Corte Suprema de Chile, 2019))

“Considerado que en el caso sub lite resultaron establecidos motivos suficientes que permiten tener por configurada la causal de inhabilidad de la madre para ejercer el cuidado de sus hijos, y que por lo mismo debe darse primacía al principio del interés superior de los menores involucrados, los jueces del fondo debieron considerar estas circunstancias, a la luz de lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, para determinar que su cuidado personal sea ejercido por la demandante, por sobre el derecho que le asiste a su madre en orden de hacerse cargo de su crianza, porque en las particulares condiciones de vida de los niños, la satisfacción plena de sus derechos aparecen garantizados de mejor manera al lado y bajo el cuidado de su abuela materna por ahora.” (Considerando 14, Corte Suprema, 14 del 1 del 2013. Rol N° 7150 - 2012 , Cita online: CL/JUR/88/2013, citado por Silva, G., 2016).

“De los hechos reseñados constituyen vulneración del cuidado personal y de los derechos que le asisten al menor producto del estado de dependencia las drogas y alcohol en que se encuentra su progenitora, lo que a motivo de su sometimiento a un tratamiento para dejar dichas sustancias. Situación que le impide ejercer la tuición de aquel, ya que de hacerlo lo expone a un peligro moral y material, tanto, por la situación adictiva que ella padece que le impediría a su hijo alcanzar un desarrollo armónico y saludable, cuanto por que no está en condiciones de ejercer alguna labor que le permita subsistir mínimamente. En consecuencia, afecta a la demandada una causal que la inhabilita para ejercer el cuidado personal de su hijo consistente en la existencia de causas, su adicción a las drogas y alcohol, que colocan a su hijo menor de edad, en peligro moral o material, de conformidad con el que dispone el artículo 42 N°7 de la ley N° 16.618 en relación con el artículo 226 del Código Civil. No es óbice para aplicar esta causal de inhabilidad exclusivamente a uno de los progenitores, el hecho que el artículo 226 del Código Civil sólo la contemple para la hipótesis de "inhabilidad física o moral de ambos padres", todo toda vez que el artículo 42 de la ley N° 16.618, que indica cuáles son las situaciones que la configuran, expresamente señala que pueden afectar a "uno o ambos padres". Si bien es cierto que el progenitor del menor cuyo cuidado personal constituye el objeto del presente juicio, no está afecto a ninguna causal que lo inhabilite para ejercer tal derecho, consta que por su actividad de ser integrante de la Armada Nacional, desempeña funciones por largos periodos fuera del lugar donde permanece el menor junto a los actores en virtud de una medida de protección que así lo autorizó, y a mayor abundamiento, del cuaderno en que está medida se tramitó, declaró bajo juramento que no se opone a que sus padres puedan ejercer dicho cuidado personal sobre su hijo. Teniendo también en cuenta el interés superior del menor, en particular que sus abuelos paternos desde abril de 2008 lo tienen bajo su cuidado, que presentan estabilidad afectiva, económica y habitacional, garantizando las necesidades básicas y bienestar de su nieto, esta corte accede a la demanda” (cuidado personal del menor por parte de sus abuelos). (Considerados 9° a 13°, Corte de Apelaciones de Temuco, 15 del 1 del 2010, Rol N° 434 – 2009, Cita online: CL/JUR/478/2010, citado por Silva, G., 2016).

Para la aplicación de dicho principio, el juez debe basar su decisión en la evidencia empírica obtenida por los diversos medios de prueba, para evitar la arbitrariedad que pudiera darse por la abstracción del principio de interés superior del niño.

“La referencia al principio de interés superior del niño contiene un fin legítimo pero además, requiere una concreción real al caso preciso; lo que interesa en cada resolución es el interés superior del niño en concreto, no en abstracto, y a tal concreción están obligados los tribunales; con lo cual la protección del interés superior de los niños constituye una cuestión de orden público” (San Martín , 2020) Esto también es recogido por la jurisprudencia, de los tribunales mayores de nuestro país.

“Décimo: Que conforme los contornos doctrinales referidos a la noción de interés superior del niño, su contenido debe ser aplicado en el caso concreto como doble herramienta: por un lado como criterio de control, en el sentido de que el ejercicio de los derechos y obligaciones correlativas respecto de los niños, sea correctamente efectuada; y, como criterio de solución en cuanto a cómo la noción misma del interés del niño debe dirigir la decisión – en este caso jurisdiccional- hacia la buena solución, que será aquella que coincida con su interés, concreto y sistemáticamente apreciado (Corte Suprema, Rol 38.044/2017 y rol 6.219/2018, citado por Dirección de Estudios de la Corte Suprema de Chile, 2019)

En este orden de cosas, y en cuanto al principio del interés superior del niño en la atribución del cuidado personal a terceros, las reglas del derecho de familia, así como de la ley procesal de familia, delimitan el contenido normativo de la sana crítica como sistema de valoración de la prueba incorporado en el año 2004 por la ley que creó los Juzgados de Familia (art. 32 inciso 1°, Ley N° 19.968).

Se puede decir que “el sistema de valoración de la prueba que rige en la justicia de familia chilena combina la sana crítica y la prueba tasada” (Larroucau, J. 2022) en donde se conjugan de forma complementaria, pruebas en donde el juez le otorga un mayor valor que otras (como las pruebas de ADN en casos de reconocimiento de paternidad por sobre prueba testimonial), pero a la vez logra conjugar sus decisiones basándose en conocimiento de la situación en conjunto y del conocimiento de la cultura y las formas en que se desarrolla la vida en sociedad.

Tenemos entonces que, en los hechos en causas como aquellas donde se pretende el otorgamiento del cuidado personal de un NNA a un tercero, el juez de familia debe complementar la valoración de los medios de prueba objetivos, tales como las pericias de habilidades parentales o de vínculo con las normas de la sana crítica, integrando a su vez los principios que informan en estas materias al derecho de familia como lo es el interés superior de los NNA o el de la autonomía progresiva de la voluntad.

Dicha tarea resulta ardua para el juez de familia a nuestros ojos, sobre todo en procesos como los de cuidado personal, que pueden resultar en sentencias que lesionan gravemente los derechos de

niños, niñas o adolescentes y en los que hoy día no suele hacerse un análisis acucioso de los medios de prueba buscando este equilibrio entre lo subjetivo y lo objetivo, encontrándonos en muchos casos sentencias basadas principalmente en un análisis práctico y fríamente científico de las pericias y su metodología y resultados o conclusiones, dejando de lado los principios y la concordancia de estos con los medios de prueba concretos.

En definitiva, lo que las circunstancias anteriores muestran es que tiene sentido analizar la valoración de la prueba en la justicia de familia en términos no excluyentes, sino que complementarios. Esto implica dejar de lado el estudio de la sana crítica o de la prueba tasada como diseños aislados y examinar, en cambio, el modo en que interactúan en la práctica. La noción de estrategias probatorias aporta un enfoque integrado en este sentido.

De todas maneras, nos parecen sumamente importantes los aportes entregados por la UNICEF, quien nos señala que las sentencias deben contar con enfoque de derechos, lo que implica reconocer que niños, niñas y adolescentes son sujetos portadores de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Este reconocimiento es esencial y debe ser expuesto en la sentencia, fundamentando así la decisión en base a los derechos del niño, niña o adolescente.” (Cillero, 2022)

Para la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que la sentencia esté provista del enfoque de derechos, implica que los Tribunales de familia, deben resguardar en el pronunciamiento de su sentencia, los siguientes aspectos:

“a) La sentencia debe considerar las necesidades de aquellos niños y niñas que pertenecen a grupos que históricamente y estructuralmente se encuentran en desventaja para el ejercicio de sus derechos (por ejemplo, los niños y niñas indígenas, en situación migratoria, en situación de discapacidad, LGBTI+, las niñas, entre otros). Con ello la decisión buscará cumplir con el principio de igualdad y prevenir toda forma de discriminación arbitraria en razón de estas circunstancias.

b) La sentencia debe contener una mirada holística de los niños y las niñas, considerando su entorno y el ejercicio de otros derechos que puedan no estar directamente vinculados al caso. Por ejemplo, si la sentencia se centra en la limitación del derecho a vivir en familia, esta no puede considerar la forma en que dicha limitación afecta otros derechos, como la educación, salud, vivienda, alimentación o protección social.

c) La sentencia debe dar cuenta de un proceso participativo, donde se demuestre que la resolución se basó en instancias donde los niños, niñas y adolescentes fueron escuchados y que dicha opinión fue debidamente tomada en cuenta.

d) La sentencia debe establecerse bajo parámetros de transparencia y debe hacer posible la recolección de datos e información oportuna, que permitirá evaluar las actuaciones del tribunal y definir estrategias de mejoras (rendición de cuentas en sentido amplio).

e) La sentencia debe considerar y hacer posible el cumplimiento de los compromisos que el estado ha asumido en virtud de los instrumentos internacionales vigentes en el país.” (Cillero, 2022)

CONCLUSIONES

El objetivo del presente trabajo, fue tratar de definir los elementos que subyacen en el criterio judicial para determinar la atribución del cuidado personal de un niño, niña o adolescente a terceros.

Para ello se recabo información respecto de los elementos del cuidado personal, derechos y deberes que derivan de esta institución, los tipos que existen, criterios legales de adjudicación del cuidado personal, principios que subyacen y la sana crítica en la resolución de casos de cuidado personal.

Por la información recabada, y el análisis de la misma, establecimos las siguientes conclusiones

Se determinó que la forma de resolver en materia de familia es a través del sistema de valoración de la prueba de la sana crítica, en donde el juez tiene libertad para ponderar los antecedentes aportados, por medio de los diferentes medios de pruebas, como testimonial, pericial, documental, etc., teniendo en consideración las máximas de la experiencia, de la lógica y los conocimientos científicamente afianzados.

Señalar que respecto de la sentencias revisadas, son pocas las que explícitamente los jueces distinguen claramente el tipo de conocimiento en que se funda el razonamiento de la máxima de la experiencia, o señalan teorías o autores en que basan el conocimiento científicamente afianzado, o el tipo de razonamiento (deductivo, inductivo, matemático, etc.), pero sin duda la jurisprudencia de los tribunales superiores indican que los tribunales deben cumplir con el deber de ponderar cada uno de los medios de prueba, y enmarcarlo dentro del caso concreto, de acuerdo a las circunstancias que pueden conocer a través de los medios de pruebas.

Sin duda, la mayor parte de las sentencia exponiendo como base de su razonamiento en que se funda la sentencia: el principio del interés superior del niño, es así, que el principio de interés superior del niño, es utilizado en la generalidad de las sentencias que se dictan en materia de infancia como una garantía de derechos y principio jurídico interpretativo, en donde cada vez más se cimenta en la consideración que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos, respecto de los cuales sus padres, familia y toda la comunidad deben respetar como un ser humano, que debe de desarrollar en un ambiente favorecedor de su desarrollo integral, y en donde pueda hacer ejercicio de todos sus derechos.

Pero la sola mención del principio del interés superior del niño, no basta, cada vez más se incorpora dentro del proceso jurisdiccional el resto de los principios que cimentan el resguardo de los derechos del niño, como son el derecho a ser oído, el vivir en una ambiente familiar, la consideración a su autonomía progresiva, entre otros, en donde se puede ver que el principio de interés superior del niño, también se configura como una norma de procedimiento.

Relevamos en estos casos, que el tribunal considere la opinión del niño, niña o adolescente, y que lo pondere en contraste con informes especializados en torno a posibles interferencias de sus padres, u otros intervinientes, para ello es esencial el rol que deben cumplir los abogados ad litem, quienes permiten ser un puente de la opinión del niño, pero también deben ser capaces de ponerlos en una balanza con las necesidades del niño, y el contexto en que se desarrolla el juicio, presentando una línea argumentativa, distinta a los otros interventores, demandante y demandados, centrando su foco en la defensa de los intereses del niño, niña o adolescente.

En relación a las sentencias de casos en donde el cuidado personal debe ser entregado a un tercero, sin duda los jueces ponen gran énfasis en que se pruebe la inhabilidad de ambos padres/madres para tener el cuidado personal de sus hijos, señaladas en el artículo 42 de la Ley de Menores 16.618 de la ley de menores, como también el probar el tiempo de abandono del niño/a, lo cual logran desarrollar convicción, en base a datos periciales de programas interventores, como los del Servicio de Protección especializada a la niñez y adolescencia, en ello las sentencias se muestran con argumentos sustentados por indicios de diferentes fuentes de la realidad.

Pero tan importante como la determinación de las inhabilidades de los padres/madres, o probar que el niño/a o adolescente fue abandonado por sus padres/madres, es de vital importancia valorar las características del tercero que solicita el cuidado personal del niño, para determinar si es el más idóneo dentro de los posibles solicitantes.

En esto consideramos que las sentencias están en déficit, sobre todo en causas de vulneración de derechos, ya que no obstante la ley establece que en caso de separación del niño/a de sus padres/madres, para la entrega del niño a un tercero “se preferirán a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre” .consideramos que falta una mayor evaluación en profundidad respecto del rol que estos mismos parientes pudieron haber tenido en ocultar o no denunciar los hechos vulneratorios, o su propias capacidad para ejercer una parentalidad bientratante, dado que muchos de los padres de estos niños, han formado parte de un ambiente familiar transgeneracional de maltrato, por lo que no siempre la alternativa del cuidado por parte de familiares cercanos es lo mejor para el interés superior del niño.

Consideramos al respecto, que falta normativa legal relativa a la determinación del tercero que pueda llegar a hacerse cargo del niño, normas relativas a su rol anterior como garante de los derechos del niño, que no tenga inhabilidad para trabajar, con niños, que no tenga causas penales, etc. De tal manera que no quede al libre arbitrio de programas interventores de evaluación o peritos independientes, que pueden tener distintos criterios evaluativos, así como también podrá servir de guía al juez para la deliberación entre distintos terceros que soliciten el cuidado del niño/a o adolescente.

REFERENCIAS

- Acuña, M. (2020). Contenido esencial del derecho-deber de cuidado personal de los hijos. *Revista de derecho*. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502020000100075>
- Acuña, M. (2018) *El Cuidado Personal de los hijos*. Colección Tratados y Manuales. Thomson Reuters.
- Barrientos, J. (2017) *Código de la Familia*. Quinta Edición, Editorial Thomson. Reuters. Santiago de Chile.
- Benfeld, J. (2018) La sana crítica y el olvido de las reglas de la sana crítica. *Revista de derecho*, VOL. XXXI, N°1, Valdivia, Chile. <https://www.scielo.cl/pdf/revider/v31n1/0718-0950-revider-31-01-303.pdf>
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2022) Ley 19.968, Crea Los Tribunales de Familia. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=229557>
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2022) Ley 21.302, Crea el Servicio Nacional de Protección especializada a la Niñez y Adolescencia. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1154203&idParte=10190469&idVersion=2222-02-02>
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2023) Ley 16.618. Fija el Texto definitivo de la Ley de menores. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=28581>
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2022) Ley 21.430. Sobre Garantías y protección Integral de los derechos de la Niñez y Adolescencia. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1173643>
- Barría, M., Bustos, C., Domínguez, A., Fuentealba, P., Gauché, X., Pérez, N., Sánchez, G., Sanhueza, C., y Santana, D. (2022). Cuidado personal de niños, niñas y adolescentes en caso de separación de los padres en Chile: desde el cuidado único de la madre hasta la custodia compartida”. *Revista de Derecho Privado*. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662022000200093&lng=en&nrm=iso

- Barrientos, J. (2017). Código de Familia. Quinta Edición. Editorial Thomson Reuters. Santiago de Chile.
- Benfel, J. (2018). La sana crítica y el olvido de las reglas de sana crítica. Revista de derecho. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502018000100303>
- Cillero, M., Valenzuela E. y otros. (2022). Guía para la evaluación y determinación del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en caso de medidas de protección especialmente vinculados al cuidado alternativo. UNICEF. Santiago de Chile.
- Dirección de Estudios de la Corte Suprema de Chile (2019) El interés Superior del niño, niña y adolescente y su aplicación en la jurisprudencia de la segunda y Cuarta sala de la Corte Suprema. 1ra. Edición. Chile.
- Fuchslocher, E. (1983). Derecho de menores: de la tuición. Editorial Jurídica de Chile.
- González, J. (2006). La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. Revista chilena de derecho. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000100006>
- González J. (2015) La sana crítica y la fundamentación de las sentencias. Revista Actualidad Jurídica N°31, Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile. https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ31_99.pdf
- Lathrop, F. (2008). “La custodia alternada o sucesiva de los hijos”. Editorial Jurídica de Chile.
- Larroucau, J. (2022), El complemento entre la prueba tasada y la sana crítica en la justicia de familia Chilena. Ius Praxis 28. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122022000100195
- Mosquera. M., y otro (2010) Los Recursos Procesales”, Editorial Jurídica de Chile.
- Núñez-Jiménez, C. (2019). Naturaleza y requisitos del cuidado personal provisorio en juicios ante los tribunales de familia. Revista chilena de derecho privado. <https://dx.doi.org/10.4067/s0718-80722019000200009>

- Organización de las Naciones Unidas. (1989, 20 de Noviembre). Convención sobre los derechos del niño. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

- Quintana, M. (2014) La titularidad del cuidado personal y e ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual. Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Nro 43. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000200006

- Quintana, V. y Soledad, M. (2009). Legislación y jurisprudencia sobre el cuidado personal del niño y la relación directa y regular con él. Revista de derecho. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200003>

- Ravetllat I., y Pinochet, R. (2015). El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los Derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno. Revista Chilena de Derecho. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000300007>

- Riquelme F. (2013), Repertorio de Legislación de Familia. Textos legales anotados-concordado y jurisprudencia, 7ª Edición, Socolibros ediciones, Santiago de Chile

- República de Chile. (2023). Código Civil. Edición Oficial. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile.

- Rodríguez, M. (2009). El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: Criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo Derecho chileno. Revista chilena derecho. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372009000300005>

- Sáez, J. (2015). Los elementos de la competencia Jurisdiccional. Revista de derecho. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000100014>

- San Martín M. (2020) Contenido esencial del derecho-deber de cuidado personal de los hijos. Revista de derecho (Valdivia.) <https://www.scielo.cl/pdf/revider/v33n1/0718-0950-revider-33-01-75.pdf>

- San Martín, M. (2013) El Principio de Corresponsabilidad Parental. Revista de Drecho, Universidad Católica del Norte. Año 20, N°2 2013.
- Silva, G. (2016), estrategia y Práctica Profesional Procesal de Familia. Segunda edición. Thomson Reuters. Santiago de Chile
- Turner, S. (2002). Los Tribunales de Familia. Ius et Praxis. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000200013>

Jurísprudencia:

- Corte Suprema 18 del junio del 2013, Rol N° 9536 – 2012, Cita online: CL/JUR/1335/2013, citado por Silva, G., 2016).
- Corte Suprema, 17 de diciembre del 2015, Rol N° 6320 – 2013) Cita online: <https://www.jurischile.com/2015/12/cuidado-personal-compartido-unicamente.html>
- Cuarta Sala de la Corte Suprema Santiago, 27 de octubre de 2020, Rol N° 30.526-2020. https://juris.pjud.cl/busqueda/pagina_detalle_sentencia?k=bVkwdeJIOXFkRXZXenZiK2hLUTZPdZ09
- Cuarta Sala de la Corte Suprema, 21 de octubre de 2020, Rol N°41.135-19 https://juris.pjud.cl/busqueda/pagina_detalle_sentencia?k=aEVzVHYxNkF3QW4wNDYrbFhYd1pTZz09
- Cuarta Sala de la Corte Suprema 30 de mayo de 2018, Rol: 44252, https://juris.pjud.cl/busqueda/pagina_detalle_sentencia?k=QThDTnphU0ZEa3dMRDhUdk40bVU4UT09
- Corte Suprema 28 del día del 2010, Rol N°5500 – 2010, Cita online: CL/JUR/16853/2010, citado por Silva, G., 2016).
- Cuarta Sala de la Corte Suprema 12 de mayo de 2020, Rol N° 11.897-2019, https://juris.pjud.cl/busqueda/pagina_detalle_sentencia?k=MytjUnZ4ckNnZkdHS2RPe3ZzTGVWUT09
- Cuarta sala de la Corte Suprema, Santiago 18 de abril de 2017 Rol N° 70.610- 2016 pronunciada por Mosquera. M., 2010
- Corte Suprema, 14 del 1 del 2013. Rol N° 7150 - 2012 , Cita online: CL/JUR/88/2013, citado por Silva, G., 2016).
- Corte Suprema, 28 de octubre 2010, N° LegalPublishing: 46897; C. Suprema, 15 de julio de 2008, N° LegalPublishing: 39470, citado por Barrientos, J., 2012)
- C. Suprema, 5 de septiembre de 2016, cons. 9°, *LegalPublishing: CL/JUR/6163/2016*, Rol N°16275-2016, citado por Barrientos, J. , 2017).

- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 17 de julio de 2023, (Rol: 62.054-2023, https://juris.pjud.cl/busqueda/pagina_detalle_sentencia?k=S1ZEK2JSUEJ2a2Nmc2IzLzZ1VWV5dz09)
- Cuarta Sala de la Corte Suprema Santiago, Rol N° N°11.897-2019, doce de mayo de 2020
- Corte Suprema, 12 del 6 del 2013, Rol N° 2522 – 2013, Cita online: CL/JUR/1262/2013, citado por Silva, G., 2016
- C. Suprema, 5 de septiembre de 2016, cons. 12°, 13°, 14°, LegalPublishing: CL/JUR/6163/2016, Rol N°16275-2016, citado por Barrientos, J. , 2017).
- Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N°34-2006. Citado en libro de Riquelme, L. 2013
- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 5.341-2006, citado por Riquelme, L. 2013
- Corte de apelaciones de Concepción 14 del 5 del 2014, Rol N°79 – 2014, Cita online: CL/JUR/2482/2014, citado por Silva, G., 2016
- Corte de Apelaciones de Temuco, 15 del 1 del 2010, Rol N° 434 – 2009, Cita online: CL/JUR/478/2010, citado por Silva, G., 2016
- Corte de Apelaciones de Concepción, 29 de marzo del 2017, LegalPublishing: CL/JUR/1274/2017, Rol N° 79 – 2017, citado por Barrientos, J. , 2017
- Corte de Apelaciones de Rancagua, 4 de agosto 2004, N° LegalPublishing, citado por Barrientos, J., 2012
- Corte de Apelaciones de Concepción, 29 de marzo del 2017
LegalPublishing: CL/JUR/1274/2017, Rol N° 79 – 2017, citado por Barrientos, J. , 2017
- Corte de Apelaciones de Concepción, 29 de marzo del 2017
LegalPublishing: CL/JUR/1274/2017, Rol N° 79 – 2017, citado por Barrientos, J. , 2017)
- Tribunal Constitucional, 9 de mayo del 2017, cons. 3°, LegalPublishing: CL/JUR/2892/2017, Rol N° 2987 - 2016 – INA, citado por Barrientos, J. , 2017)