

El interés superior del niño, niña y adolescente
y su aplicación en la jurisprudencia de la
Segunda y Cuarta Sala de la Corte Suprema

DECS DIRECCIÓN DE ESTUDIOS
CORTE SUPREMA




PODER JUDICIAL
REPÚBLICA DE CHILE

El interés superior del niño, niña y adolescente y su aplicación en la jurisprudencia de la Segunda y Cuarta Sala de la Corte Suprema

DEI
CSI DIRECCIÓN DE ESTUDIOS
CORTE SUPREMA



PODER JUDICIAL
REPUBLICA DE CHILE

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE Y SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SEGUNDA Y CUARTA SALA DE LA CORTE SUPREMA

Dirección de Estudios de la Corte Suprema

1ra Edición Octubre de 2019

Bandera 206, Of. 702, Santiago, Chile

infodecs@pjud.cl

<http://decs.pjud.cl>

IMPRESO EN CHILE

¿Cómo citar este libro?

El interés superior del niño, niña y adolescente y su aplicación en la jurisprudencia de la Segunda y Cuarta Sala de la Corte Suprema

Dirección de Estudios de la Corte Suprema. Chile.



Esta obra está disponible bajo licencia Creative Commons

Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

PRÓLOGO

Un desafío constante para la Corte Suprema y su Comité de Comunicaciones es relacionar adecuadamente al Poder Judicial con la comunidad y transmitir efectivamente lo que hacemos y cómo lo hacemos, para que ella lo entienda y esté enterada de lo que vamos realizando a diario.

La actividad jurisdiccional expresada en la adopción de decisiones en forma de sentencias es lo más propio del quehacer de los tribunales de justicia, por lo que se hace imperioso desarrollar proyectos y estudios que den cuenta a la ciudadanía de los avances y dificultades alcanzados en el ejercicio de esta tarea. Precisamente este es el objetivo que pretende cumplir este artículo que tengo el gusto de presentar, que analiza una materia de especial preocupación para el Estado en general y el Poder Judicial en particular: el interés superior del niño, niña o adolescente.

Este trabajo de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema busca compartir a toda la ciudadanía, así como a jueces, consejeros técnicos, personal judicial y académicos, la experiencia y el desarrollo que ha alcanzado la actividad jurisdiccional de la Corte Suprema en esta materia al conocer de asuntos penales y de familia. El desarrollo jurisprudencial de los derechos permite comprenderlos y aplicarlos a situaciones concretas, por lo que es de vital importancia conocer los consensos y debates

que ha sostenido la Corte Suprema durante los últimos cinco años sobre este derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y norma de procedimiento.

Este es el primero de una serie de artículos que nos encontramos desarrollando este año, los que tienen la particularidad que han surgido desde la inquietud de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, cuyos ministros y ministras han presentado una serie de propuestas, que se encuentran en desarrollo, en materias tan diversas como cargas probatorias dinámicas de la prueba en la ley de protección de los derechos del consumidor, procesos contenciosos administrativos y ejecución de sentencias en materia de familia.

Esperamos seguir avanzando en la producción e intercambio de los estudios que genera la institución bajo la convicción de la necesidad y relevancia de garantizar un Poder Judicial transparente, cercano y garante de los derechos de las personas.



Lamberto Cisternas Rocha
Presidente Comité de Comunicaciones
Ministro Corte Suprema

INTRODUCCIÓN

Como Dirección de Estudios de la Corte Suprema nos hemos propuesto, a través del trabajo de un equipo multidisciplinario, abordar investigaciones y estudios basados en la actividad del ámbito jurisdiccional que revistan especial interés tanto para los operadores de justicia como para el público general, con el objeto de aportar a la sociedad información de calidad y utilidad.

Temáticas como familia e infancia son, por definición, de indudable relevancia para el sistema de justicia, y particularmente para el Poder Judicial, dado el rol y responsabilidad que tiene sobre sus hombros resolver las causas sometidas a su conocimiento en que un niño, niña y/o adolescente, potencialmente puedan resultar vulnerados en sus derechos. En razón de ello, nos propusimos la tarea de indagar en la aplicación de la normativa nacional e internacional relativa a derechos humanos y derechos de niños, niñas y adolescentes, en aquellas causas que la Corte Suprema conoce y de la que éstos son partícipes.

Es en este contexto que damos a conocer nuestro artículo sobre "El interés superior del niño, niña y adolescente y su aplicación en la juris-

prudencia de la Segunda y Cuarta Sala de la Corte Suprema", que a través de la aplicación de una metodología de tipo mixta, aborda la historia y aplicación de dicho concepto en la jurisprudencia chilena.

Nuestro objetivo es seguir contribuyendo a la sociedad a través de la investigación y acceso a la información relativa a prácticas del Poder Judicial, como ente que imparte justicia y garantiza derechos.



Alejandro Soto Stuardo
Director
Dirección de Estudios
Corte Suprema

Contenido

Resumen	5
Conceptos claves	5
I. Introducción	6
II. Marco Contextual	9
A. El interés superior del niño, niña o adolescente ayer y hoy.....	9
a. Análisis histórico del interés superior del niño, niña o adolescente	9
b. El interés superior del niño, niña o adolescente en la actualidad	18
1. El interés superior del niño, niña o adolescente como principio general de la Convención sobre los Derechos del Niño.....	19
2. Contenido jurídico del interés superior del niño, niña o adolescente.....	20
3. El interés superior del niño, niña o adolescente como un concepto triple	22
4. El interés superior del niño, niña o adolescente en el caso concreto.....	25
5. En interés superior del niño, niña o adolescente en la legislación doméstica.....	26
III. Metodología utilizada	28
A. Objetivo general.....	28
B. Objetivos específicos.....	28
C. Enfoque Metodológico.....	28
D. Etapa 1	29
E. Etapa 2.....	29
F. Muestra.....	30
IV. Análisis descriptivo de la jurisprudencia de la Corte Suprema	31
A. Recursos resueltos por la Corte Suprema.....	31

B. Principales Materias	32
C. Tipos de Recursos interpuestos en la Corte Suprema	35
D. Votación.....	37
E. Aplicación de la Convención de Derechos del Niño	38
V. Análisis cualitativo de la jurisprudencia de la Corte Suprema	41
A. Sentencias de la Cuarta Sala de la Corte Suprema.....	41
a. Interés superior del niño como principio transversal	41
b. Interés superior del niño como derecho sustantivo. Aplicación en concreto.....	46
c. Interés Superior del Niño como Norma de Procedimiento. Sistema probatorio (Sana crítica).	51
d. Ponderación/Consideración primordial interés superior del niño	56
e. Interés superior del niño como principio interpretativo. Ámbitos de aplicación en materia de ‘cuidado personal’.....	61
B. Sentencias de la Segunda Sala de la Corte Suprema	67
a. Interés superior del niño como concepto aplicado a la protección de derechos.....	67
VI. Conclusiones	70
Bibliografía	72
A. Artículos y libros.....	72
B. Normativa internacional	72
C. Normativa Nacional	73
D. Webgrafía	73

Resumen

El presente artículo analiza el tratamiento que la Corte Suprema, específicamente la Segunda y Cuarta Sala, otorga al 'interés superior del niño' al momento de resolver causas de las que participan niños, niñas o adolescentes.

En una primera sección, se relevan antecedentes respecto de la historia del término "interés superior del niño", dando cuenta de su origen ontológico e interpretativo, para finalmente abordar y desarrollar la definición establecida por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas sobre su tratamiento como un concepto triple.

Luego se lleva a cabo un análisis de tipo descriptivo, respecto de aquellas sentencias de la Segunda y Cuarta Sala de la Corte Suprema, conocidas entre los años 2014 y 2018, que consideran como argumento o fundamentación el concepto de interés superior del niño.

Finalmente, se realiza un análisis de tipo cualitativo con la muestra de sentencias, que tuvo por finalidad indagar en mayor profundidad sobre el tratamiento que la Corte Suprema, en materia penal y familia, ha dado al interés superior del niño como concepto triple, esto es, como un derecho sustantivo, un principio interpretativo y una norma de procedimiento.

Conceptos claves

Interés superior del niño - Niños, niñas y adolescentes - Corte Suprema - Derecho sustantivo - Principio interpretativo - Norma de procedimiento - Comité de los Derechos del Niño - Convención sobre los derechos de los niños - CIDH.

I. Introducción

El término interés superior del niño, niña y adolescente se enunció por primera vez en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que lo presenta en dos de sus principios¹ distinguiendo en estos, acepciones posteriormente abordadas en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Estado de Chile en 1990, encomendó a los Estados Partes a considerar una serie de principios a fin de proteger y efectivizar los derechos de niños, niñas y adolescentes. En su artículo 3 párrafo 1° la Convención señaló que *“[E]n 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.

En este contexto, la Convención instauró un nuevo enfoque en torno al reconocimiento de niños, niñas y adolescentes, como sujetos de derechos, es decir, *“el niño como persona, esto es, con derechos, intereses y opinión”*³. En los años siguientes la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993) indicó que *“[L]a no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernen a la in-*

1 **“Principio 2:** El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ellos por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en las condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

Principio 7.2: El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”.

2 NACIONES UNIDAS. Convención de los Derechos del Niño. Artículo 3.1, p.3.

3 RIVAS, E. (2015). “La evolución del interés superior del niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva” (Memoria). Universidad de Chile. Santiago de Chile. p. 13.

*fancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados. Deben reforzarse los mecanismos y programas nacionales e internacionales de defensa y protección de los niños (...)*⁴. Por tanto, vuelve a reforzar la consideración primordial, sumando en esto a la opinión del niño, tal como es establecido por el artículo 12 de la Convención.

En el año 2013, con la publicación de la Observación General N° 14, el Comité de los Derechos del Niño expresa que el propósito de tal observación es *“mejorar la comprensión y observancia del derecho del niño a que su interés superior sea evaluado y constituye una consideración primordial o, en algunos casos, la consideración primordial (...). El propósito general es promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos”*⁵.

En esta materia, Chile recién hacia el año 1998 realiza su primera modificación legal integrando el término interés superior del niño a una ley⁶ que dará lineamientos orientadores para la intervención en el ámbito de familia. Este sería el primer avance en cuanto a establecer dicho concepto dentro de una ley nacional y así garantizar el debido proceso desde enfoque de derechos del niño.

La amplitud y posible subjetividad en su interpretación y aplicación jurídica significó que el Comité de los Derechos del Niño, a través de su Observación General N° 14, y luego de años de propuestas, entregara una definición más concreta del interés superior del niño como un concepto triple, en cuanto se trata de un *derecho sustantivo, un prin-*

4 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (1993). Declaración y Programa de Acción de Viena. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. p.24.

5 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS (mayo, 2013). Observación General N° 14. “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial” (artículo 3, párrafo 1), Doc. ONU CRC/C/GC/14, p.5.

6 Artículos 222 y 242 de la Ley N° 19.585 que modifica el código civil y otras materias en el ámbito de filiación.

cipio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento.

En definitiva, con esta interpretación, el Comité intenta que se logre, desde el sistema judicial, adquirir una visión integral y sistémica de los distintos escenarios en los que se desenvuelve cada niño, niña o adolescente para una adecuada aplicación de medida frente a un caso concreto.

II. Marco Contextual

A. El interés superior del niño, niña o adolescente ayer y hoy

a. Análisis histórico del interés superior del niño, niña o adolescente

Con anterioridad al siglo XX, hablar propiamente de una garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes era prácticamente imposible, cuestión que no implica que no existieran mecanismos de protección de la infancia frente a las situaciones de desamparo que dicho grupo vivía, o que no se legislara para mejorar su situación⁷.

A partir de entonces y con el advenimiento de diversos sucesos históricos tales como la Revolución Industrial, la Primera Guerra Mundial, la Gran Depresión de 1929, la Segunda Guerra Mundial y la Guerra Fría, comenzó a establecerse un paulatino proceso de reconocimiento⁸ de los derechos de niños, niñas y adolescentes que aún en la actualidad se encuentra en constante evolución. Es este proceso de reconocimiento de derechos el que este acápite pretende abordar.

Como primera aproximación se debe señalar que hoy en día, los niños, niñas y adolescentes se encuentran en el centro de las preocupaciones públicas, estando su lugar en la sociedad relativamente fuera de disputa⁹. Sin em-

7 DÁVILA, P. y NAYA, L. (otoño, 2006). "La evolución de los derechos de la infancia: Una visión internacional". Encounters on Education, Vol. 7, p. 72. [En línea] <https://ojs.library.queensu.ca/index.php/encounters/article/view/597/3498>.

8 *Ibíd.*, p. 72.

9 Cfr.: ZERMATTEN, J. (2003). "The best interest of the Child. From the literal analysis to the philosophical scope". Institut International des droits de l'enfant, Working report 3-2003, p. 2. (Traducción libre) [En línea]

bargo, históricamente esto no siempre fue así, debiendo configurarse -para efectos del análisis- una diferenciación entre el concepto de “interés por los niños” e “interés superior del niño, niña o adolescente”¹⁰.

En relación con el primero de ellos, es posible afirmar que el “interés por los niños” es un concepto más bien moderno, cuyas bases se pueden rastrear en los siglos XVII y XVIII, cuando la humanidad comenzó a escapar de la hambruna y mortandad que asediaba al mundo, para considerar que los niños no eran sólo un riesgo o una carga, sino que constituían -o podían constituir- una fuente de esperanza¹¹.

Desde entonces, durante el siglo XIX, particularmente por la introducción de nuevas formas de distribución del trabajo, la mecanización de éste y la aplicación de nuevas tecnologías que redujeron la demanda por trabajo infantil y aumentaron el requerimiento de trabajadores calificados¹², se presentaron numerosas legislaciones locales para controlar la explotación laboral de niños, niñas y adolescentes¹³, así como para fomentar la escolarización como

https://www.researchgate.net/publication/268041329_The_Best_Interests_of_the_Child_From_the_Literal_Analysis_to_the_Philosophical_Scope.

10 Ibid., p. 2.

11 Op. Cit., DÁVILA, P. y NAYA, L. (otoño, 2006). "La evolución de los derechos de la infancia: Una visión internacional", p. 2.

12 Cfr.: GROOTAERT, C. y KANBUR, R. (1995). "Child labour: An economic perspective". *International Labour Review*, Vol. 134, N° 2, pp. 194-196. [En línea] <http://www.fhu55.com/sites/default/files/hanehalki/Okumalar/134IntlLabRev187.pdf>.

13 Así sucede, por ejemplo, con la "Factory Act" del Reino Unido, dictada en 1833, la que no sólo creó la figura del Inspector de Fábrica, sino que hizo ilegal emplear niños menores de 9 años en fábricas textiles, además de ordenar la disposición de al menos 2 horas diarias de educación para los niños menores de 13 años, trabajadores de fábricas textiles (United Kingdom Government. The National Archives Education Service. "1833 Factory Act. Did it solve the problems of children in factories?" [En línea] <http://nationalarchives.gov.uk/documents/education/factory-actdoc.pdf>).

medio de evitar la deserción temprana¹⁴.

Los primeros esfuerzos internacionales por generar un instrumento jurídico que reflejara este interés, se consolidó con la aprobación de la Declaración de los Derechos del Niño (o Declaración de Ginebra) adoptada en diciembre de 1924 por la Sociedad de las Naciones, antecedente directo de la actual Organización de las Naciones Unidas.

Esta Declaración, cuyo borrador fue redactado por la británica Eglantyne Jebb¹⁵, fundadora de la organización Save the Children Fund, y ratificada por dicha entidad en su V Congreso General celebrado el 23 de febrero de 1923, posee un contenido muy conciso en el que se observan una serie de derechos (alimento, cuidado, ayuda, acogida y socorro; educación; reinserción del niño delincuente y protección en caso de peligro) desde una perspectiva protectora¹⁶, noción universal de la infancia que consideraba a los niños, niñas y adolescentes como seres humanos inocentes y valiosos, necesitados de asistencia especial, protección y guía¹⁷.

Si bien este instrumento no incorporó la noción del interés superior del niño, su valor radica en la institucionalización en el foro internacional del “interés

14 Cfr.: FITZGERALD, S. y LAIDLAW, A. (abril, 1995). “Adolescents and work. Riks and benefits of teenage employment”. *AAOHN Journal*, Vol. 43, N° 4. [En línea] <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/216507999504300404>.

15 Cfr.: BOFILL, A. y COTS, J. (1999). “La Declaración de Ginebra. Pequeña historia de la primera carta de los derechos de la infancia”. *Comissió de la Infància de Justícia y Pau*. Barcelona, 15 p. [En línea] https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf.

16 Op. Cit., DÁVILA, P. y NAYA, L. (otoño, 2006). “La evolución de los derechos de la infancia: Una visión internacional”, p. 78.

17 LEIBNIZ INSTITUTE OF EUROPEAN HISTORY. Online Atlas on the History of Humanitarianism and Human Rights. “Geneva, 1924: The Geneva Declaration of the Rights of the Child”. (Traducción propia) [En línea] <http://hr-atlas.iieg-mainz.de/articles/stornig-geneva>.

por el niño”, particularmente por la explicitación en su preámbulo del principio de que la humanidad le debe a los niños, niñas y adolescentes lo mejor que tenga para dar¹⁸, más allá de cualquier consideración sobre raza, nacionalidad o credo¹⁹. Esto sentaría las bases para que, en lo sucesivo, el interés de los niños, niñas y adolescentes fuera considerado primordialmente en las acciones concernientes a ellos²⁰.

Con posterioridad a esta Declaración, la Sociedad de las Naciones –en diversas comisiones– trató temas relacionados con los niños, niñas y adolescentes. Entre ellos, se desarrolló el “Convenio internacional para reintegrar en sus hogares a los niños y adolescentes”. En este convenio aparece un concepto que en posteriores tratados se recogerá como el “interés superior del niño”, expresado de la siguiente manera: “[E]n cuestión de asistencia, el interés del menor debe prevalecer ante todo y sobre todo”²¹. Este sería el primer indicio formal del concepto.

Con el acontecimiento de la Gran Depresión de 1929, la Segunda Guerra Mundial y el desmantelamiento de la Sociedad de las Naciones, la Declaración de Ginebra paulatinamente fue perdiendo su vigencia. Según UNESCO, en 1946 se estimaba que 8 millones de niños en Alemania, 6.5 millones de niños en la Unión Soviética y 1.3 millones de niños en Francia se encontraban en

18 DEGOL, A. y DINKU, S. (2011). “Notes on the principle ‘Best interest of the Child’: Meaning, history and its place under Ethiopian law”. *Mizan Law Review*, Vol. 5, N° 2, p. 322. [En línea]

<https://www.ajol.info/index.php/mlr/article/view/145487>.

19 LEAGUE OF NATIONS. “Geneva Declaration of the Rights of the Child”. Adoptada el 26 de septiembre de 1924. [En línea] <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>.

20 Op. Cit., DEGOL, A. y DINKU, S. (diciembre, 2011). “Notes on the principle ‘Best interest of the Child’: Meaning, history and its place under Ethiopian law”, p. 323.

21 Op. Cit., DÁVILA, P. y NAYA, L (otoño, 2006). “La evolución de los derechos de la infancia: Una visión internacional”, pp. 78 y 79.

situación de desamparo²². Las mismas cifras indicaban que 13 millones de niños en Europa habían perdido uno o ambos padres por la guerra y, hacia 1950, 60 millones de europeos seguían malnutridos²³. Lo anterior, sin contar los muertos.

Como reacción a las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, en 1945 se creó la Organización de Naciones Unidas, cuya misión central era mantener la paz y la seguridad internacional²⁴. A su alero se crearon también organizaciones como el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas (UNICEF), con el fin de proporcionar suministros y asistencia a los niños después de la referida guerra²⁵.

Con posterioridad al trabajo realizado por la ONU para la confección de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, organizaciones no gubernamentales como Save The Children instaron al organismo para la revisión del contenido de la primera Declaración suscrita por la Sociedad de las Naciones.

Desde entonces se generó una larga discusión respecto del tenor de la Declaración, que transcurrió entre 1949 y 1959 debido a las tensiones existentes entre los países del bloque socialista, "(...) *sobre todo la Unión Soviética y Polonia, partidarios de una convención que obligase más a los Estados, y los*

22 ZAHRA, T. (marzo, 2009). "Lost children: Displacement, Family, and Nation in Postwar Europe". The Journal of Modern History, University of Chicago, Vol. 81, N° 1, p. 46. [En línea] https://www.jstor.org/stable/10.1086/593155?seq=2#metadata_info_tab_contents.

23 Ibid., p. 46.

24 UNITED NATIONS. "Maintain International Peace and Security". [En línea] <http://www.un.org/en/sections/what-we-do/maintain-international-peace-and-security/>.

25 UNICEF (2016). "Para cada niño, esperanza. UNICEF@70: 1946-2016". Nueva York, p. 2. [En línea] https://www.unicef.org/spanish/publications/files/unicef_para_cada_nino_esperanza_1946-2016.pdf.

*países bajo la égida de Estados Unidos más partidarios de una actualización de la Declaración de Ginebra*²⁶.

La nueva Declaración fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, "(...) en un contexto internacional más pacificado, con la recuperación de todos los países que intervinieron en la guerra y también con la puesta en marcha de los procesos de descolonización de los países africanos, reivindicando su derecho a la libre determinación, aunque (...) en un contexto de guerra fría"²⁷.

La Declaración, como primer instrumento dictado en el contexto de las Naciones Unidas sobre un grupo específico de seres humanos, mantuvo el mismo espíritu proteccionista de la Declaración de 1924²⁸ en términos de los valores éticos que deben presidir el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes²⁹, pero innovando a la vez en una serie de aspectos relevantes: la definición de niño, el derecho de los niños a unos

26 Op. Cit., DÁVILA, P. Y NAYA, L. (otoño, 2006) "La evolución de los derechos de la infancia: Una visión internacional", p. 80.

27 *Ibíd.*, p. 79.

28 En su Preámbulo, la Declaración señala: "Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

Considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

Considerando que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle". (Organización de Naciones Unidas (1959). "Declaración de los Derechos del Niño". Ginebra. [En línea] http://www.cedocmuseodelamemoria.cl/wp-content/uploads/2011/12/DECLARACION_DERECHOS_DEL_NINO.pdf.

29 Op. Cit., DÁVILA, P. y NAYA, L. (otoño, 2006). "La evolución de los derechos de la infancia: Una visión internacional", p. 80.

padres, el derecho al nombre y la nacionalidad y la consagración del interés superior del niño³⁰, tanto desde la óptica institucional de dictación de las leyes³¹ como en la dimensión privada de su educación y orientación³². *“Este planteamiento resulta innovador ya que debe estar por encima de cualquier otra consideración, abriendo la posibilidad a considerar a los niños como sujetos de derecho”*³³, y constituye el tránsito formal desde la perspectiva del “interés por los niños” hacia el interés superior de ellos.

A partir de 1959 se desarrollaron una serie de iniciativas orientadas a reconocer los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito internacional. En ellas, la intervención de numerosas instituciones y organismos comprometidos con el reconocimiento específico de diversos derechos humanos, llevó a la consolidación de un entramado social, jurídico y político de tal magnitud, que derivó en la incorporación de una consideración primordial del interés de los hijos en el artículo 5.b) de la ‘Convención sobre la

30 *Ibíd.*, p. 80.

31 **Principio 2.** El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

32 **Principio 7.** El niño tiene derecho a recibir educación que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primero término, a sus padres.

El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deberán estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

33 *Op. Cit.*, DÁVILA, P. y NAYA, L. (otoño, 2006) “La evolución de los derechos de la infancia: Una visión internacional”, p. 80.

Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer' de 1979³⁴, y en la dictación, en 1989, de la 'Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas'.

En honor al 20° aniversario de la Declaración de 1959, la Organización de las Naciones Unidas denominó al año 1979 como el Año Internacional del Niño³⁵. Frente a ese evento, y aprovechando su intención de contar con un instrumento vinculante que la Declaración de 1959 no satisfacía, Polonia presentó una propuesta para redactar una Convención sobre los derechos de los niños, que una vez aceptada por la Asamblea General fue encargada a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas³⁶. El grupo de trabajo organizado por la Comisión, y en el que tuvieron una importante participación las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección de niños, niñas y adolescentes³⁷, comenzó su labor en 1979 usando como base un borrador de Convención remitido por el Estado de Polonia³⁸.

34 Artículo 5. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;

b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

35 PRICE, C. (febrero, 1990). "The role of nongovernmental organizations in the drafting of the Convention on the Rights of Child". *Human Rights Quarterly*, John Hopkins University Press, Vol. 12, N° 1, pp. 138 y 139.

36 *Ibid.*, p. 139.

37 *Op. Cit.*, DÁVILA, P. y NAYA, L. (otoño, 2006). "La evolución de los derechos de la infancia: Una visión internacional", p. 81.

38 *Op. Cit.*, PRICE, C. (febrero, 1990). "The role of nongovernmental organizations in the drafting of the Convention on the Rights of Child", p. 139.

Como resultado de diez años de trabajo, el 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, que entró en vigor en septiembre de 1990, siendo el tratado internacional que más apoyo ha recibido a lo largo de la historia del derecho internacional³⁹.

“La Convención recoge, en los primeros 41 artículos, los derechos humanos de todos los niños y niñas menores de 18 años que se deben respetar y proteger, y exige que estos derechos se apliquen a la luz de los principios rectores de la Convención. Además, el hecho de que el reconocimiento de la Convención sea prácticamente universal, reforzando los derechos de la infancia, sustenta como instrumento jurídico una combinación única de virtudes, al subrayar y defender la función de la familia en la vida de los niños, a la obligación de los Estados la responsabilidad de los padres en materia de atención a sus hijos; a fomentar el respeto de la infancia, pero no a costa de los derechos humanos o de las responsabilidades de los otros; a apoyar el principio de no discriminación y, finalmente, a establecer claras obligaciones por parte de los Estados Partes”⁴⁰.

Este nuevo Tratado, vinculante para los Estados y con órganos destinados a la supervigilancia de su cumplimiento y efectividad, como el Comité de Derechos del Niño, resultó ser el que cimentó el principio de interés superior del niño, consagrándolo expresamente en diversas disposiciones de su texto⁴¹, además de incorporarlo como un principio general interpretativo de todas sus normas.

39 Op. Cit., DÁVILA, P. y NAYA, L. (otoño, 2006).“La evolución de los derechos de la infancia: Una visión internacional”, p. 81.

40 *Ibíd.*, p. 81.

41 NACIONES UNIDAS. Convención de los Derechos del Niño. Artículos 3.1., 9.1, 9.3, 18.1, 20.1, 21, 37 c), 40.2.b).iii).

El Comité de Derechos del Niño, ha jugado un rol importante en materia de fiscalización y observación de la Convención, particularmente a través de la dictación de la Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial⁴², señalando que éste constituye “(...) uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, (...) [además de] un concepto dinámico [que] debe evaluarse adecuadamente en cada contexto”⁴³, cuyo objetivo es “(...) garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”⁴⁴, y cuya aplicación “(...) exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana”⁴⁵.

b. El interés superior del niño, niña o adolescente en la actualidad

La Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁶ reconoce en su artículo 3.1 que:

“[E]n 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”.

42 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS (2013). Observación general N° 14 (2013). “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial” (artículo 3, párrafo 1). Ginebra. [En línea] https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CR-C%2fC%2fGC%2f14&Lang=es.

43 *Ibid.*, numeral 1.1.

44 *Ibid.*, numeral 1.4.

45 *Ibid.*, numeral 1.5.

46 Suscrita por el Estado de Chile el 26 de enero de 1990 y ratificada el 13 de agosto de 1990.

A partir de dicha norma de derecho internacional de los derechos humanos se ha delimitado la configuración actual del interés superior del niño, niña o adolescente.

1. El interés superior del niño, niña o adolescente como principio general de la Convención sobre los Derechos del Niño

El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha reconocido al interés superior del niño, niña o adolescente como uno de los principios generales de la Convención sobre los Derechos Niño⁴⁷, señalando que su objetivo es *"garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño"*⁴⁸. De esta forma, todos los derechos humanos del NNA responden a su interés superior, por lo que ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa de este principio ni debería establecerse una jerarquía entre ellos⁴⁹. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, por su parte, que el interés superior es un principio regulador de la normativa de los derechos de los NNA que irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁰, cuando el caso se refiera a niños, niñas o adolescentes⁵¹, que se funda en la dignidad misma

47 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS (noviembre, 2003). Observación General No.5. "Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño", Doc. ONU CRC/GC/2003/5, párra. 12.

48 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS (mayo, 2013). Observación General N° 14. "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial" (artículo 3, párrafo 1), Doc. ONU CRC/C/GC/14, párra 4.

49 *Ibíd.*

50 Suscrita por el Estado de Chile el 22 de noviembre de 1969 y ratificada el 21 de agosto de 1990.

51 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (septiembre, 2005). "Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana", párra. 134.

del ser humano, en las características propias de estos y en la necesidad de propiciar su desarrollo, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵². De esta forma, para la Corte, el interés superior del NNA *"implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño"*⁵³.

2. Contenido jurídico del interés superior del niño, niña o adolescente

De acuerdo al análisis del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se entiende que el interés superior debe ser una consideración primordial que se debe atender al adoptar cualquier decisión y medida⁵⁴ que afecta directa o indirectamente a un niño, niña o adolescente, un grupo de NNA en particular o a los niños, niñas y adolescentes, en general⁵⁵, que estén sujetos a la jurisdicción del Estado y sin discriminación alguna⁵⁶. Así, el interés superior se concibe como un derecho colectivo e individual, en que el primero atiende a los niños como un grupo y el segundo al niño como un individuo

52 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (agosto, 2002). Opinión consultiva OC 17/2002. "Condición jurídica y derechos humanos del niño", párra. 56.

53 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (agosto, 2002). Opinión consultiva OC 17/2002. "Condición jurídica y derechos humanos del niño", opinión 2.

54 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS (mayo, 2013). Observación General N° 14. "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial" (artículo 3, párrafo 1), Doc. ONU CRC/C/GC/14, párra. 17.

55 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS (mayo, 2013). Observación General N° 14. "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial" (artículo 3, párrafo 1), párra. 19.

56 *Ibid.*, párra. 21.

particular, pudiendo ambos ser divergentes⁵⁷. Esta situación debe resolverse caso a caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y alcanzando un compromiso adecuado⁵⁸, lo que también debe hacerse cuando el interés superior entra en conflicto con los derechos de otras personas⁵⁹. Si no es posible armonizar el interés superior del NNA con los derechos de otras personas, debe darse máxima prioridad al primero, es decir, más importancia a lo que sea mejor para el niño, niña o adolescente⁶⁰. En definitiva, la prevalencia del interés superior del NNA debe ser entendida como *"la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos"*⁶¹.

Por su parte, los tribunales *"deben velar por que el interés superior del niño se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente"*⁶², obligación que alcanza a todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia, así como a los procesos de conciliación, mediación y arbitraje y a todas las actuaciones conexas relacionadas con niños, niñas y adolescentes, sin restricción alguna, sean estas llevadas por jueces, profesionales o personas que no lo sean⁶³.

57 *Ibíd.*

58 *Ibíd.*, párra. 39.

59 *Ibíd.*

60 *Ibíd.*

61 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (septiembre, 2005). "Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana", párra. 134.

62 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS (mayo, 2013), Observación General N° 14. "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial" (artículo 3, párrafo 1), Doc. ONU CRC/C/GC/14, párra. 29.

63 *Ibíd.*, párra. 27.

3. El interés superior del niño, niña o adolescente como un concepto triple

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el interés superior del NNA es un concepto triple en cuanto es un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento⁶⁴.

En cuanto derecho sustantivo, el niño, niña o adolescente tiene el derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión que lo afecte a él, a un grupo de NNA concreto o a los niños, niñas y adolescentes en general⁶⁵. En esta calidad, el interés superior tiene aplicación directa e inmediata y puede invocarse ante los tribunales⁶⁶, para lo cual se necesitará proporcionar a los NNA información adecuada, utilizando un lenguaje que les permita comprender el alcance de este derecho y crear las condiciones necesarias para que expresen su punto de vista. A estas opiniones se les debe entregar la importancia debida⁶⁷, de acuerdo al grado de desarrollo físico e intelectual del niño, niña o adolescente⁶⁸.

Como principio jurídico interpretativo fundamental, el interés superior del NNA determinará que una disposición jurídica que admita más de una interpretación debe ser interpretada de la manera que más efectivamente le satisfaga⁶⁹. La interpretación que se haga en el caso concreto debe demostrar la relación de causalidad entre esta y el interés superior del

64 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS, párra. 6.

65 *Ibid.*

66 *Ibid.*

67 *Ibid.*, párra. 15.

68 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS" (agosto, 2002). Opinión consultiva OC 17/2002. "Condición jurídica y derechos humanos del niño", párra. 101.

69 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS (mayo, 2013). Observación General N° 14. "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial" (artículo 3, párrafo 1), Doc. ONU CRC/C/GC/14, párra. 6.

niño, de modo que no bastará una motivación abstracta de la sentencia⁷⁰.

Finalmente, el interés superior del NNA como norma de procedimiento significará que su evaluación y determinación requieren de garantías procesales y que las decisiones deben indicar cómo se ha determinado y ponderado el interés superior en el caso concreto⁷¹. En esta dimensión, el interés superior del NNA es *"semejante a un derecho procesal que obliga a los Estados Partes a introducir disposiciones en el proceso de adopción de medidas para garantizar que se tenga en consideración el interés superior del niño"*⁷².

De esta forma, al evaluar y determinar el interés superior del NNA se deben observar las siguientes garantías procesales: la participación del NNA en este proceso expresando su propia opinión, sea individual o colectiva⁷³; la determinación de los hechos a través de la obtención y verificación de la información y datos por parte de profesionales perfectamente capacitados⁷⁴; los procesos de toma de decisiones deben realizarse en el menor tiempo posible y examinarse periódicamente en función de la percepción del tiempo, evolución y desarrollo de las facultades del NNA⁷⁵; la evaluación del interés superior debe ser realizada por profesionales especializados, idealmente un equipo multidisciplinario, en cuestiones relacionadas con el desarrollo del niño y el adolescente, en un ambiente agradable y seguro y considerando

70 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (febrero, 2012). "Caso Atala Riffo vs. Chile", párra. 100.

71 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS (mayo, 2013). Observación General N° 14. "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial" (artículo 3, párrafo 1), Doc. ONU CRC/C/GC/14, párra. 6.

72 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS (julio, 2009). Observación General N° 12. "El derecho del niño a ser escuchado", Doc. ONU CRC/C/GC/12, párra. 70.

73 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS (mayo, 2013). Observación General N° 14. "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial" (artículo 3, párrafo 1), Doc. ONU CRC/C/GC/14, párra. 89.

74 *Ibíd.*, párra. 92.

75 *Ibíd.*, párra. 93.

las consecuencias de cada posible solución para el NNA⁷⁶; el NNA debe contar con representación letrada, sobre todo cuando exista conflicto entre las partes⁷⁷; la decisión debe estar motivada, justificada y explicada, esto es, se debe indicar toda las circunstancias de hecho, los elementos que se han considerado pertinentes, el contenido de estos en el caso concreto y cómo se han ponderado, cómo se relaciona la decisión con la opinión del NNA y las consideraciones que prevalecieron al interés superior, en el caso que ello haya ocurrido, y los motivos de ello^{78 79}; deben estar disponibles los mecanismos para recurrir o revisar las decisiones cuando alguna parezca no ajustarse al procedimiento oportuno de evaluación y determinación del interés superior, frente al incumplimiento de las garantías procesales, cuando los hechos no son exactos, no se ha llevado a cabo adecuadamente la evaluación del interés superior del niño o se ha concedido demasiada importancia a consideraciones contrapuestas⁸⁰; y complementar el seguimiento y la evaluación permanentes del impacto de las medidas en los derechos del NNA⁸¹.

Las garantías procesales descritas no serán suficientes, en todo caso, si quienes llevan adelante el proceso de toma de decisiones no cuentan con la capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y la protección efectiva de los derechos de estos⁸².

76 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS, párra. 94.

77 *Ibíd.*, párra. 96.

78 *Ibíd.*, párra. 97.

79 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (febrero, 2012). "Caso Atala Riffo vs. Chile", párra. 200.

80 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS (mayo de 2013). Observación General N° 14. "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial" (artículo 3, párrafo 1), Doc. ONU CRC/C/GC/14, párra. 98.

81 *Ibíd.*, párra. 99.

82 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (agosto, 2002). Opinión consultiva OC 17/2002. "Condición jurídica y derechos humanos del niño", párra. 79.

4. El interés superior del niño, niña o adolescente en el caso concreto

El interés superior del NNA es un concepto dinámico⁸³, complejo, flexible y adaptable que debe determinarse en cada caso, con arreglo a la situación concreta del niño, niña o adolescente o de los NNA afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales o del grupo en particular⁸⁴. La determinación concreta debe realizarse fundamentadamente y a partir de pruebas y argumentaciones que hayan sido aportadas al proceso y explícitamente utilizadas para la motivación de la decisión⁸⁵.

Así, al momento de evaluar y determinar el interés superior se deben tener en consideración: la opinión del NNA⁸⁶; su identidad, abarcando, entre otros, sexo, orientación sexual, origen nacional, religión, creencias, identidad cultural y personalidad⁸⁷; la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones⁸⁸; el cuidado, protección y seguridad del niño, niña o adolescente necesarios para su bienestar⁸⁹; situaciones de vulnerabilidad del NNA, tales como tener alguna discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado o solicitante de asilo, ser víctima de malos tratos o vivir

83 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS (mayo, 2013). Observación General N° 14. "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial" (artículo 3, párrafo 1), Doc. ONU CRC/C/GC/14, párra. 11.

84 *Ibíd.*, párra. 32.

85 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (febrero, 2012). "Caso Atala Riffo vs. Chile", párra. 112.

86 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS (mayo, 2013). Observación General N° 14. "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial" (artículo 3, párrafo 1), Doc. ONU CRC/C/GC/14, párra. 53.

87 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS (mayo, 2013), "Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)", párra. 55.

88 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS, párra. 58.

89 *Ibíd.*, párra. 71.

en la calle⁹⁰; el derecho a la salud, el estado de salud y las posibilidades de tratamiento⁹¹; el derecho a una educación gratuita de calidad, la educación no académica o extra académica y las actividades conexas⁹²; y la búsqueda de un equilibrio entre los distintos elementos que pueden entrar en conflicto y el desarrollo presente y futuro del NNA⁹³.

5. En interés superior del niño, niña o adolescente en la legislación doméstica

Mientras nuestra Constitución Política de la República y la Ley N° 16.618 de Menores no hacen referencia al interés superior del NNA en ninguna de sus disposiciones, tanto la Ley N° 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, como la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, lo incorporan entre sus disposiciones generales y sus principios rectores, respectivamente.

Así, para la Ley N° 20.084, de acuerdo a su artículo 2°, el interés superior del adolescente se debe tener en consideración en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal y se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Por su parte, la Ley N° 19.968, en su artículo 16, reconoce al interés superior del NNA, junto con el derecho a ser oído, como principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

90 Ibid., párra. 75.

91 Ibid., párra. 77.

92 Ibid., párra. 79.

93 Ibid., párra. 80.

Precisamente sobre la aplicación práctica que ha hecho la Corte Suprema del interés superior del niño, niña o adolescente en materia de familia y penal, dará cuenta la siguiente parte del artículo.

III. Metodología utilizada

A. Objetivo general

Conocer el tratamiento que la Segunda y Cuarta Sala de la Corte Suprema han dado al concepto de interés superior del niño, niña y adolescente en su jurisprudencia.

B. Objetivos específicos

- › Realizar un análisis descriptivo de las sentencias en cuanto a materias, tipos de recursos, decisión, votación y aplicación de normativa que refiera al interés superior del niño.
- › Analizar cualitativamente el contenido que la Segunda y Cuarta Sala del máximo tribunal ha dado al concepto de interés superior del niño, niña o adolescente.
- › Comparar el análisis jurisprudencial del interés superior del niño, niña o adolescente con el contenido definido por el numeral 6 de la Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño, a saber, su triple dimensión: como un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento.

C. Enfoque Metodológico

Para indagar sobre el tratamiento que la Segunda⁹⁴ y Cuarta⁹⁵ Sala de la Corte Suprema han dado al concepto de interés superior del niño en su jurisprudencia, se decidió utilizar un diseño de metodología mixta que procuró comprender y abordar de una manera integral el objetivo de estudio.

94 Sala Penal de la Corte Suprema.

95 Sala que entre otras materias conoce temáticas de Familia.

El diseño contempló dos etapas de desarrollo: una primera, cuyo enfoque metodológico fue de tipo cuantitativo y, una segunda, que tuvo un enfoque de carácter cualitativo.

Para el desarrollo de ambas etapas, previamente se solicitó al Centro Documental de la Corte Suprema las “[S]entencias de la Segunda y Cuarta Sala de la Corte Suprema, dictadas entre los años 2014 – 2018, donde se invocara el interés superior del niño, niña o adolescente”. A su vez, se hizo referencia a otras posibles nomenclaturas tales como ‘interés superior del menor’, ‘interés superior de los hijos’, entre otras.

D. Etapa 1

En esta primera etapa, se llevó a cabo la lectura y registro de información específica⁹⁶ de las sentencias, en una planilla Excel. Con la información registrada se desarrolló un análisis de tipo descriptivo, a fin de tener una visión general sobre el comportamiento de la Corte Suprema en cuanto al fallo de este tipo de sentencias.

E. Etapa 2

La segunda etapa tuvo por objeto profundizar en el tratamiento del concepto ‘interés superior del niño’ en el contenido de las sentencias. Para esto, se consideró un enfoque de tipo cualitativo, utilizando como metodología el análisis de contenido.

Para tal ejercicio, se utilizó como herramienta de análisis el software cualitativo Atlas.ti, construyendo previamente una pauta o estructura de códigos.

96 Variables a considerar: año de ingreso, materia, menciones del interés superior del niño (dicotómica), aplica interés superior del niño (dicotómica), fecha sentencia, tipo de recurso, decisión; normativa nacional aplicada (dicotómica), cita o aplica CDN (dicotómica), votación y disidencia.

gos, elaboradas a partir del ejercicio de análisis de una pequeña muestra de sentencias, que permitiese efectuar una codificación estandarizada de las sentencias.

Para la construcción del análisis se consideraron las 5 tipologías de códigos más aplicadas en el análisis de los fallos, para el caso de familia.

Para el ámbito penal, se consideró la aplicación del concepto de interés superior del niño tanto en materia de responsabilidad penal adolescente como en expulsiones del país.

F. Muestra

La unidad de análisis trabajada correspondió a sentencias de la Corte Suprema, específicamente, sentencias de la Segunda y Cuarta Sala de la Corte Suprema en las que se mencionó el concepto 'interés superior del niño', como posible argumento para tomar una decisión, y que fueron resueltas entre los años 2014 y 2018.

En vista del criterio de selección antes mencionado, el total de sentencias proporcionadas por el Centro Documental correspondió a 92 en materia penal, mientras que para el ámbito de familia fueron 544. Una vez revisadas y verificada la pertinencia de las sentencias en relación a los objetivos, la muestra quedó conformada por 62 sentencias penales (Segunda Sala) y 342 sentencias de familia (Cuarta Sala).

IV. Análisis descriptivo de la jurisprudencia de la Corte Suprema

El capítulo tiene por objetivo entregar una descripción de las sentencias analizadas, identificando, particularmente, las principales materias, la mención y aplicación de normativa nacional e internacional, tipos de recursos interpuestos, decisión adoptada por las Salas, tipo de votación y disidencia realizada por parte de algún Ministro(a) y/o Abogado(a) integrante.

A. Recursos resueltos por la Corte Suprema

De la muestra trabajada, el total de recursos resueltos por la Corte Suprema entre los años 2014 y 2018 correspondió a 62 para la Segunda Sala, mientras que la Cuarta Sala tuvo por resolver un total de 342. La distribución según año de decisión, se presenta a continuación:

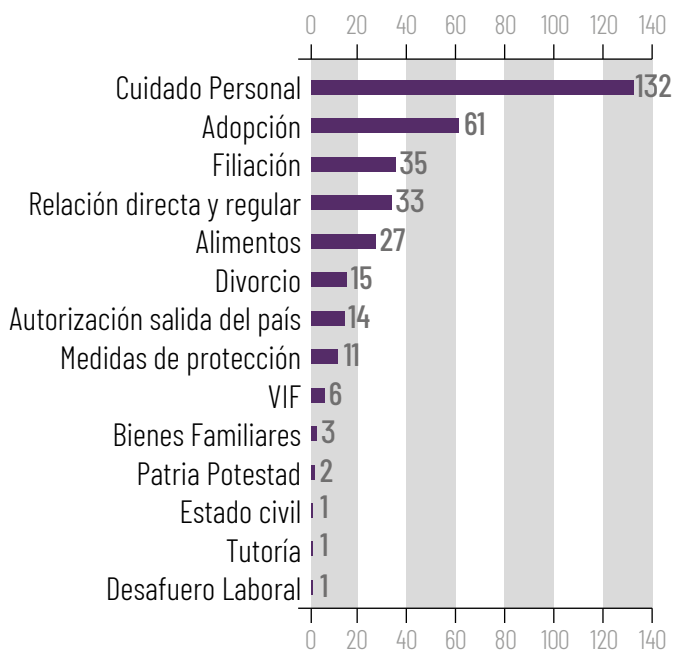
Tabla 1: Total de recursos resueltos por año y Sala

Año	Segunda Sala CS	Cuarta Sala CS
2014	6	82
2015	19	88
2016	19	55
2017	8	63
2018	10	54
Total	62	342

B. Principales Materias

De las 342 sentencias analizadas en materia de familia (Cuarta Sala) se distingue que el 38,6% corresponde a la materia de 'cuidado personal', seguido por 'adopción' (17,8%) y 'filiación' (10,2%). A continuación se presenta gráfico con distribución de materias:

Gráfico 1: Total de sentencias según materia. Cuarta Sala CS



En cuanto a la distribución por año de decisión, se observa que las sentencias relativas a 'adopción' presentan una disminución dentro del período analizado, no así aquellas en materia de 'cuidado personal', que mantienen un número similar entre los años 2014 y 2018. A continuación se presenta distribución por año y materia:

Tabla 2: Total de sentencias según año de decisión y materia. Cuarta Sala CS

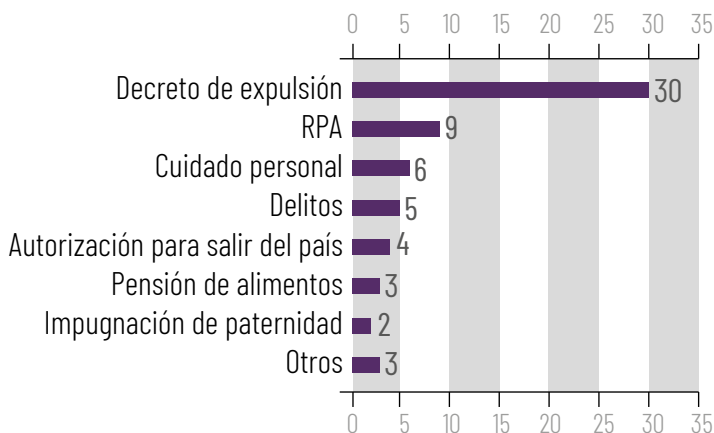
Materia	Año decisión CS					Total
	2014	2015	2016	2017	2018	
Cuidado Personal	26	26	26	26	26	132
Adopción	22	17	7	6	9	61
Filiación	9	9	9	4	4	35
Relación directa y regular	8	8	3	7	7	33
Alimentos	7	7	1	10	2	27
Divorcio	5	1	4	4	1	15
Autorización salida del país	1	6	2	2	3	14
Medidas de protección	2	3	1	4	1	11
VIF		2	4			6
Bienes Familiares	1	1	1			3
Patria Potestad	1				1	2
Estado civil		1				1
Tutoría		1				1
Desafuero Laboral		1				1
Total	82	88	55	63	54	342

De las 62 sentencias analizadas respecto de la Segunda Sala⁹⁷, se distingue

97 Importante mencionar que las materias correspondientes a familia, esto es, 'Cuidado personal', 'Pensión de alimentos', 'Impugnación de paternidad' y 'Bienes familiares' fueron conocidas y resueltas por la Segunda Sala debido que ésta funcionó como Sala de Verano durante los meses de febrero de 2015 y 2016.

que el 48,4% de estas corresponden a la materia de *'decreto de expulsión'*, el 14,5% a *'responsabilidad penal adolescente'* (RPA), un 9,7% a la materia de *'cuidado personal'*, un 8,1% a *'delitos'* relativos a violación, fraude, homicidio, abuso sexual y tráfico en que la víctima corresponde a un niño, niña o adolescente; un 6,5% corresponde a *'autorización para salir del país'*, un 4,8% a *'pensión de alimentos'*, un 3,2% refiere a *'impugnación de paternidad'*, y el 4,8% restante se categorizó en otras materias⁹⁸. La distribución se presenta en el siguiente gráfico:

Gráfico 2: Total de sentencias según materia. Segunda Sala CS



Respecto de la distribución por año de decisión y materia, no se observan mayores diferencias, tal como se presenta la siguiente tabla:

⁹⁸ Entre las materias agrupadas en esta categoría se encuentra: *'Bienes familiares'*, *'Prohibición de ingreso al país'* y *'Adopción'*.

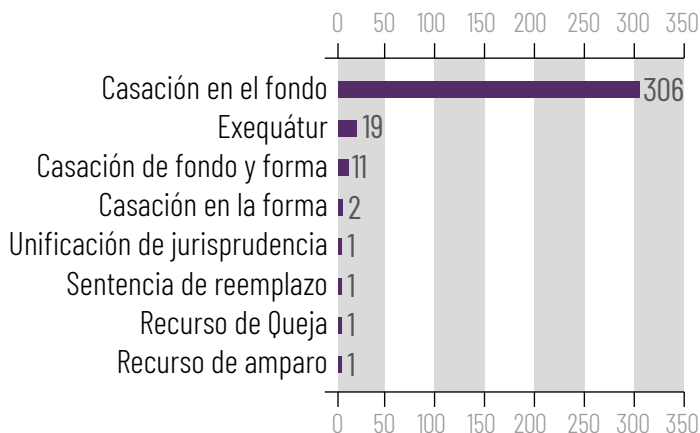
Tabla 3: Total de sentencias según año de decisión y materia. Segunda Sala CS

Materia	Año decisión CS					Total
	2014	2015	2016	2017	2018	
Decreto de expulsión	5	6	5	6	8	30
RPA	1	2	4	1	1	9
Cuidado Personal		3	3			6
Delitos		2	1	1	1	5
Autorización salida del país			4			4
Pensión de alimentos		2	1			3
Impugnación de paternidad		1	1			2
Otros		3				3
Total	6	19	19	8	10	62

C. Tipos de Recursos interpuestos en la Corte Suprema

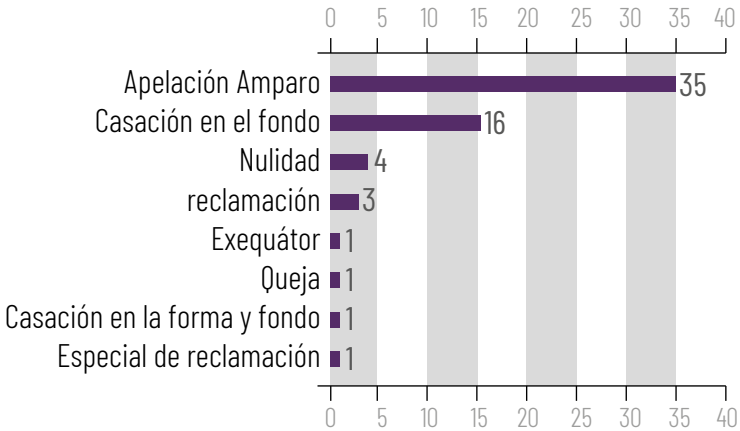
Respecto del tipo de recurso de las sentencias analizadas, se distingue que la Cuarta Sala de la Corte Suprema conoció principalmente recursos de casación en el fondo, correspondientes al 89,5% del total de sentencias analizadas, seguido lejanamente por solicitud de exequátur y recursos de casación de fondo y forma, correspondiente al 5,6% y 3,2%, respectivamente. La distribución por tipo de recurso se presenta en el siguiente gráfico:

Gráfico 3: Total de sentencias según tipo de recurso. Cuarta Sala CS



Cabe distinguir que en el caso de solicitud de exequátur, las principales materias corresponden a adopción (9) y divorcio (5). Respecto de las causas de adopción, la Cuarta Sala acogió la totalidad de los recursos.

De las sentencias analizadas conocidas por la Segunda Sala, se distingue que el principal tipo de recurso interpuesto correspondió a apelación de amparo (56,5%), seguido por el recurso de casación en el fondo (25,8%), nulidad (6,5%) y reclamación (4,8%), tal como se muestra en el siguiente gráfico de distribución:

Gráfico 4: Total de sentencias según tipo de recurso. Segunda Sala CS

Como principales materias de los recursos de apelación de amparo, se distingue *'decretos de expulsión'* (26) y aquellas causas relativas a *'responsabilidad penal adolescente'* (6). En materia de *'decreto de expulsión'* la Segunda Sala confirmó la sentencia apelada de 3 recursos y revocó la decisión apelada de 23 causas. En cuanto a las causas en materia de *'responsabilidad penal adolescente'* revocó la sentencia apelada de la totalidad de los recursos interpuestos.

D. Votación

Del total de sentencias analizadas, la Cuarta Sala resolvió por acuerdo unánime 254 recursos, correspondientes al 74,3%, mientras el 25,7% restante (88) presentó disidencia en la votación, sea por parte de Ministro/a y/o Abogado/a integrante.

Gráfico 5: Porcentaje de recursos según tipo de votación. Cuarta Sala CS



Respecto de las 62 sentencias conocidas por la Segunda Sala, se distingue que 30 de ellas, correspondientes al 48,4%, presentaron votación de tipo unánime, mientras el 51,6% restante (32) presentó una votación dividida.

Gráfico 6: Porcentaje de recursos según tipo de votación. Segunda Sala CS



E. Aplicación de la Convención de Derechos del Niño

Considerando la aplicación de la Convención, sea para argumentar o fundamentar la resolución, es importante distinguir por materia de cada una de las sentencias, evaluando, por tanto, en qué tipo de materia se aplicó mayormente este instrumento de derecho internacional de los derechos humanos.

De acuerdo a las sentencias analizadas y conocidas por la Cuarta Sala, se observa que la materia con mayor aplicación de uno o varios artículos de la Convención es 'autorización de salida del país', presentándose en el 92,9% de las sentencias. En materia de adopción se aplicó en el 75,4% de las causas, en 'VIF' se presentó en el 66,7%, en materia de 'filiación' se aplicó en el 60% y en aquellas relativas a 'cuidado personal' se declaró la Convención en la mitad de las sentencias (51,5%). A continuación se presenta una tabla con total de sentencias en las que se aplicó o no la Convención:

Tabla 4: Total de sentencias según materia y aplicación de CDN. Cuarta Sala CS

Materia	Se aplica la CDN		Total
	SI	NO	
Cuidado Personal	68	64	132
Adopción	46	15	61
Filiación	21	14	35
Relación directa y regular	22	11	33
Alimentos	10	17	27
Divorcio	2	13	15
Autorización salida del país	6	5	11
Medidas de protección	4	2	6
VIF		3	3
Bienes Familiares	1	1	2
Patria Potestad		1	1
Estado civil		1	2
Tutoría	1		1
Desafuero Laboral		1	1
Total	8	10	62

Respecto de aquellas sentencias correspondientes a materia penal, se identifica que las relativas a 'autorización salida del país' e 'impugnación de paternidad' presentan la aplicación de la Convención en la totalidad de sus sentencias. En cuanto a 'decreto de expulsión', 'cuidado personal' y 'delitos', se citó en el 83,3% respectivamente, la Convención y, en materia RPA la Convención fue aplicada en el 62,5% de las sentencias analizadas. A continuación se presenta distribución de sentencias según materia y

aplicación de Convención:

Tabla 5: Total de sentencias según materia y aplicación de CDN. Segunda Sala CS

Materia	Se aplica la CDN		Total
	SI	NO	
Decreto de expulsión	25	5	30
RPA	5	3	8
Cuidado personal	5	1	6
Delitos	5	1	6
Autorización salida del país	4		4
Pensión de alimentos		3	3
Impugnación de paternidad	2		2
Otros	1	2	3
Total	47	15	62

V. Análisis cualitativo de la jurisprudencia de la Corte Suprema

Para llevar a cabo el análisis cualitativo de las sentencias, se consideraron los principales códigos surgidos a partir del trabajo realizado con el software cualitativo Atlas.ti en las sentencias conocidas por la Segunda y Cuarta Sala. De esto, se destacaron 5 códigos para aquellas sentencias conocidas y resueltas por la Cuarta Sala referentes a: 1) Interés superior del niño como principio transversal; 2) Interés superior del niño como derecho sustantivo (aplicación en concreto); 3) Interés superior del niño como norma de procedimiento (sistema probatorio); 4) Ponderación/Consideración primordial interés superior del niño; y, 5) Interés superior del niño como derecho interpretativo (ámbitos de aplicación en materia de cuidado personal)

Respecto de las sentencias de la Segunda Sala y considerando el bajo número, se trató como temática general de análisis ‘el interés superior del niño aplicado como protección de derechos’.

A continuación se presentan los resultados del análisis realizado:

A. Sentencias de la Cuarta Sala de la Corte Suprema

a. Interés superior del niño como principio transversal

Como ha sido establecido por el Comité de los Derechos del Niño, el concepto de interés superior del NNA es triple en cuanto comprende un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento. En este aspecto, y tal como han señalado distintos autores, este concepto *“ha pasado a ser un principio transversal en todas las materias de familia en que hay personas menores de edad involucradas, constituyéndose*

se en la base de la fundamentación de las resoluciones judiciales⁹⁹.

La Corte Suprema ha indicado que el interés superior del niño y adolescente constituye el principio fundamental para adoptar cualquier decisión que pudiese afectar la vida de niños, niñas y adolescentes.

"1. Que 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 afecte la vida de éstos. 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.

2. Que, 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". (Corte Suprema, Rol 16.928/2016)

"Décimo tercero: Que, en cuanto a la conculcación del artículo 16 de la Ley N° 19.968 en relación al artículo 9 N° 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha de tenerse en consideración que el interés superior del niño, como principio fundamental e inspirador del ordenamiento jurídico en asuntos de familia y de menores, que se encuentra consagrado en las referidas normas, aun cuando su definición se encuentra en desarrollo o constituya un concepto in-

99 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 del derecho, Vol.42 N°3, Santiago. Versión on-line ISSN 0718-3437. [En línea]

<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000300007>.

determinado, cuya magnitud se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que el mismo alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, buscándose a través del mismo el asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad". (Corte Suprema, Rol 12.917/2013)

En este contexto, el principio del interés superior del niño se ha transformado en el eje rector que, independiente de su holgura conceptual, dependerá de cada caso particular que se presente.

"...un concepto indeterminado, cuya magnitud se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que el mismo, alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, buscándose a través del mismo, el asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad". (Corte Suprema, Rol 3.666/2014)

"4°. -Que la determinación de si la menor se encuentra en alguna de las hipótesis que la norma de excepción contempla es una cuestión compleja que debe ser analizada desde los diferentes ámbitos que la naturaleza particular del caso impone como exigencia. Sobre ello ha de considerarse también que el niño es un sujeto de derecho especial, dotado de una supra protección, pues goza de garantías adicionales, atendida su vulnerabilidad y fragilidad. En este sentido, cobra aplicación el denominado Principio del Interés Superior del Niño, consagrado e inspirador de la Convención aludida y de vigencia transversal en nuestro ordenamiento jurídico, el que si bien presenta un contenido indeterminado, sujeto a la comprensión y a la extensión que cada sociedad y su momento histórico le asignen, puede sostenerse que alude o dice relación con la satisfacción integral de

los derechos del niño o niña, en todos los ámbitos de su desarrollo”.
(Corte Suprema, Rol 5.962/2013)

Por tanto, y tal como es argumentado en la sentencia de la causa Rol 38.044/2017, “[L]a fórmula del interés superior del niño, adquiere así, un nuevo significado en la Convención, pues, por un lado, es elevado al carácter de norma fundamental y se le otorga un rol jurídico que se proyecta a todo el aparato estatal, en cuanto precepto “rector-guía” de sus actuaciones, y por otro, y al mismo tiempo, se constituye, como una exigencia de comportamiento global en el contexto internacional, planteando así, un mínimo ético universal que los actores sociales deben asumir”.

También, en cuanto a criterios aplicados, se distingue que para causas en materia de cuidado personal la línea argumentativa de la Corte Suprema ha estado centrada particularmente en el niño como sujeto de derechos, estableciendo que el interés superior del niño primará por sobre otros, al momento de la decisión de cuidado personal.

“(...)corresponde aplicar lo que prescriben los artículos 225 y 225-2 del Código Civil, reglas que -en plena consonancia con las tendencias comparadas y los pactos internacionales suscritos por Chile- han desplazado el foco desde la inhabilidad como una forma de reprobación o sanción de los padres, hacia una interpretación centrada en el niño como sujeto de derechos, respecto de quién ambos padres deben tomar parte activa en las decisiones fundamentales relativas a su crianza y desarrollo, con el interés superior del hijo como preocupación esencial. Así, desde esta óptica se ha señalado que los derechos de los padres se entienden como derechos-funciones o derechos-deberes, con lo que se quiere resaltar que se trata de facultades o derechos concedidos a los padres en aras de la satisfacción del bien de los hijos (Acuña San Martín, Marcela. El principio de corresponsabilidad parental. Revista de Derecho Universidad Católica del

Norte - Año 20 N° 2 (2013), p. 37). **(Corte Suprema, Rol 4.827/2017)**

“Décimo: Que el principio del interés superior del niño se encuentra reconocido en nuestra legislación interna, en forma expresa y general, en el inciso 1° del artículo 222 del Código Civil, con que se da inicio al Título IX del Libro Primero que regla “Los Derechos y las Obligaciones entre los Padres y los Hijos”, estableciendo que “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. Mismo principio que luego impregna los criterios que prevalecen en la regulación del cuidado personal de los hijos, contenida en los artículos 225 y 225-2 del cuerpo legal citado. Asimismo, es un principio consagrado en el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”, y que se encuentra incorporado en nuestro ordenamiento interno a través de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política.

Dicho principio también es recogido en el artículo 16 de la ley 19.968, que crea los Juzgados de Familia, los que tienen competencia para conocer, entre otras materias, del cuidado personal de los hijos”.
(Corte Suprema, Rol 55.035/2016)

Entre otros ejemplos, es importante destacar la primacía del interés superior del niño para efectos de no sólo otorgar cuidado personal al padre o madre, sino también a la familia extensa en la que el niño, niña o adolescente encuentre protección y bienestar, tal como lo estipula el artículo 3.2 de la Convención.

“5° Que en estrecha relación y armonía con lo anterior, se encuentra el interés superior del niño -principio rector en materia de familia- conforme al cual no puede soslayarse que aparece como 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 reconoce como figuras significativas y a quienes designa con lenguaje cariñoso”. **(Corte Suprema, Rol 41.051/2016)**

b. Interés superior del niño como derecho sustantivo. Aplicación en concreto

De las sentencias analizadas, la aplicación del interés superior del niño se ha manifestado como un argumento no únicamente utilizado como criterio de control y aplicación correcta de los derechos y obligaciones en beneficio del NNA, sino también como un término que debe dirigir una solución adecuada, conforme a los intereses, bienestar y circunstancias particulares de los NNA.

*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 efectuado; 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, concreta y sistemáticamente apreciada”. **(Corte Suprema, Rol 38.044/2017 y Rol 6.219/2018)***

(...)el interés superior del niño, niña o adolescente, es un principio

rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución de la controversia específica, lo que significa que su aplicación debe ser concreta a la situación juzgada, en caso contrario, se infringe la norma". (Corte Suprema, Rol 6.219/2018)

"Sexto: Que por otra parte en estas materias debe considerarse, como principio rector de interpretación y de decisión, el del interés superior del niño, concepto que aunque jurídicamente indeterminado y de contornos imprecisos, aparece delimitado por las circunstancias de cada caso en particular, y en la especie, por aquello que resulte ser lo más aconsejable para asegurar la protección de los derechos fundamentales de la menor y posibilitar la satisfacción de todos los requerimientos de una vida normal, orientados al equilibrio y sano desarrollo de su personalidad en un ambiente de afecto, de contención y de formación integral". (Corte Suprema, Rol 6.349/2013)

En este contexto, la aplicación establecida por la Corte Suprema ha considerado lo indicado en la Observación General N°14 de las Naciones Unidas, en cuanto que el concepto de interés superior del niño "[D]ebe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales (...)"¹⁰⁰.

"DÉCIMO TERCERO: Que, finalmente, tampoco es efectiva la supuesta vulneración a lo preceptuado en el artículo 9 de la Convención de los Derechos de Niño, y que se haya desconocido de esta manera el interés superior del niño de autos, pues al momento de arribar a la conclusión aludida se tuvieron precisamente en consideración las necesidades del niño en orden a contar con una familia que le permita un adecuado desarrollo personal y las falencias de la familia de origen, teniendo

100 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS (mayo, 2013).

Observación General N° 14. "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial" (artículo 3, párrafo 1), párra. 9.

en consideración el carácter excepcional de esta institución a la luz de los hechos asentados en juicio". (Corte Suprema, Rol 634/2014)

"Tercero: Que, de la lectura de la sentencia de primera instancia, confirmada por la impugnada, se advierte que para negar lugar a la demanda de cuidado personal se dio por establecido que la demandante no logró acreditar que al padre de la menor le asista alguna inhabilidad que haga procedente privarlo del cuidado personal que ejerce desde hace más de dos años por acuerdo de las partes; concluyéndose que tal decisión guarda perfecta conexión con el principio rector del marco regulatorio de los derechos sustantivos establecidos en favor de los menores de edad, esto es, el interés superior del niño, ya que una decisión diferente a la adoptada constituiría una evidente vulneración de los derechos de la niña a vivir en un ambiente que le asegure el sentimiento de pertenencia, esencial para su normal desarrollo". (Corte Suprema, Rol 11.782/2014)

Importantes han sido sentencias en materia de adopción, frente a las que la Corte Suprema ha debido pronunciarse ya sea para confirmar o rechazar la susceptibilidad. En este caso, se ha aplicado el interés superior del NNA en conformidad al caso concreto, existiendo disidencias y conflicto de principios y derechos consagrados tanto en la legislación chilena como en tratados internacionales.

"Cuarto: Que al respecto, cabe señalar que si bien en materia de Adopción rigen los principios de la subsidiaridad y de la prioridad de la familia biológica, consagrados en nuestra legislación al considerar a dicha institución como una forma alternativa cuando el niño o niña no cuente con un medio familiar adecuado que lo acoja, lo cierto es que esta última circunstancia no se verifica en la especie, desde que no existe una familia extensa capaz de asumir la integral satisfacción de los derechos de la menor en todos los ámbitos de su vida, apareciendo entonces que la obligación de velar por su interés superior ha

de centrarse en instar por el amparo de su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y de orden material, permitiéndole alcanzar el desarrollo y protección de los derechos fundamentales que le corresponden, posibilitando la mayor suma de ventajas en todos los aspectos de su vida, en la perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desenvolvimiento de su personalidad, prescindiendo de su filiación de origen todo lo que no pudo ser proporcionado por su familia biológica.

Disidencia:

3° Que, en este sentido, el artículo 8° del Reglamento de la Ley de Adopción reitera este principio al disponer que los programas de adopción, en lo referido a la orientación y apoyo a la familia de origen, deben tener como objetivo fundamental constatar si ésta podría procurarle los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales. Así, el carácter o naturaleza subsidiaria de la adopción determina que sólo puede materializarse ante la inexistencia jurídica de la familia biológica nuclear o extensa, o si, estando ésta determinada, se encuentra impedida de contener en su interior a la menor y de proporcionarle las condiciones para su desarrollo, o cuando el grupo familiar rechaza al niño o los padres no asumen sus funciones y responsabilidades filiales, pues en tales hipótesis es el interés superior del menor que se expresa de ese modo, a través de la reincorporación de la menor a su familia de origen.

4° Que, de este modo, y desde la perspectiva del carácter subsidiario de la adopción, es absolutamente necesario considerar que la menor puede ser acogida al interior de la familia de origen, constituida por su tío paterno y ayudado por la madre de éste, es decir, la abuela de la niña, quienes han manifestado interés por ésta y pueden trabajarse las habilidades parentales para que en el futuro se ha-

gan cargo de su crianza, tal como lo dispone el fallo que se revisa.

5° Que en estrecha relación y armonía con lo anterior, se encuentra el interés superior del niño -principio rector en materia de familia- conforme al cual no puede obviarse la posibilidad que la menor encuentre la protección y el afecto, del que hasta ahora no ha podido gozar en plenitud, al interior de su familia de origen, conformada por éstas figuras parentales.” (Corte Suprema, Rol 6.349/2013)

“Undécimo: Que cabe destacar también, que si bien en la materia rigen los principios de la subsidiaridad de la adopción y de la prioridad de la familia biológica, ambos consagrados en nuestra legislación, debemos considerar a dicho instituto de la adopción como una forma alternativa, plenamente válida, cuando el niño o niña no cuente con un medio familiar adecuado que lo acoja, sin perjuicio de reconocer que se deben hacer siempre los máximos esfuerzos posibles para conseguir que el menor conserve su familia de origen. De allí que la declaración que se impetra en estos antecedentes procede sólo y una vez que se haya acreditado la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del menor con su familia, circunstancia ha resultado fehacientemente demostrada, desde que los padres se han resistido a la intervención programática en los Centros especializados, luego de que los informes concluyan que sus habilidades parentales son irrecuperables; que los hermanos del menor también se encuentran institucionalizados y que no existe una familia extensa capaz de asumir la integral satisfacción de los derechos del niño en todos los ámbitos de su vida, apareciendo entonces que la obligación de velar por el interés superior de éste se centra, ante la imposibilidad de dar aplicación a la referida regla general, en velar por el amparo de su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y de orden material que le permita alcanzar su máximo desarrollo y protección, posibilitando

la mayor suma de ventajas en todos los aspectos de su vida, en la perspectiva de su autonomía, el libre desenvolvimiento de su personalidad, lo que obliga prescindir de su filiación de origen atendido que tales cuidados no han podido ni pueden, con los antecedentes de que se dispone, ser proporcionados por su familia de origen.

Disidencia:

5° *Que, de este modo, y desde la perspectiva del carácter subsidiario de la adopción, es absolutamente necesario considerar que niño puede ser acogido al interior de la familia de origen, constituida por sus padres, quienes han manifestado interés por éste y pueden trabajarse las habilidades parentales para que en el futuro se hagan cargo de su crianza, tal como lo dispone el fallo que se revisa.*

6° *Que en estrecha relación y armonía con lo anterior, se encuentra el interés superior del niño -principio rector en materia de familia- conforme al cual no puede obviarse la posibilidad que el menor encuentre la protección y el afecto, del que hasta ahora no ha podido gozar en plenitud, al interior de su familia de origen, conformada por sus padres". (Corte Suprema, Rol 5.527/2014)*

c. Interés Superior del Niño como Norma de Procedimiento. Sistema probatorio (Sana crítica).

El artículo 32 de la Ley N° 19.968 de Tribunales de Familia, establece que *"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 la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo".*

Se distingue que de las sentencias analizadas, y en su mayoría rechazadas, una de las principales argumentaciones de los recursos interpuestos

ante la Corte Suprema dicen relación con la infracción a este artículo o aplicación errónea de este u otro artículo por parte de los jueces del fondo.

“6° Que, sin perjuicio de lo anterior, el examen del libelo conduce a la conclusión que no puede prosperar, porque en lo que concierne a las normas contenidas en la Carta Fundamental y en la Convención de los Derechos del Niño, simplemente se transcriben, ergo, no se explica cómo se habrían conculcado; porque tratándose de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N° 19.968 sólo se copian determinados pasajes de los informes periciales aportados en la audiencia respectiva y que favorecerían la postura asumida por el recurrente, y, en definitiva, se impugna la ponderación que los sentenciadores del fondo hicieron de los informes psicológicos practicados a las partes, como de la prueba testifical y declaración prestada por la madre de la niña, lo que importa discrepar del proceso racional que llevaron a cabo por no compartir la conclusión a la que arribaron, esto es, no se plantea la infracción a dicha norma de manera eficiente, y, sobre la materia, esta Corte ha sostenido, de manera reiterada, que ese proceso intelectual, en un caso como el indicado, escapa al control que debe efectuarse en sede de casación; y, por último, porque en lo que atañe a lo previsto en los artículos 229 del Código Civil y 49 de la Ley N° 16.618, se estableció como hecho de la causa que entre el padre y la niña no se ha regulado un régimen de relación directa regular, judicial o convencionalmente, debido precisamente a la nula actuación del progenitor en ese aspecto;

7° Que, atendido lo expuesto, el recurso de casación en el fondo no puede prosperar y debe ser rechazado.

Disidencia

13) Que por todo lo anterior, este disidente colige que los sentenciadores recurridos, al decidir como lo hicieron, incurrieron en

errónea aplicación del artículo 16 de la Ley N°19.968, ya que vulneraron el interés superior de (nombre) al privarla de un régimen comunicacional con su padre, con las consecuencias que ello conlleva, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo en estudio, desde que condujo a los jueces a revocar la sentencia de primer grado y acoger la solicitud de autorización de salida del país intentada por la madre”. (Corte Suprema, Rol 4.443/2014)

“Quinto: Que, de lo transcrito, queda en evidencia que no es efectiva la infracción que alega el recurrente, esto es, que los sentenciadores del grado no consideraron la prueba rendida en el juicio, por el contrario el fallo en estudio revela que se la analizó y valoró, siendo el interés superior de la niña el eje rector para decidir, otorgándole a ésta premisa normativa un contenido específico, que se tradujo, en velar por la estabilidad emocional de la niña en su actual etapa de desarrollo; sin perjuicio de la evaluación de los lazos que se adquieren con el transcurso del tiempo y que permitan modificar la decisión”. (Corte Suprema, Rol 4.508/2015)

Aquí, la decisión que debe adoptar la Corte Suprema, frente a este tipo de recursos, dice relación con evaluar y dar cuenta si efectivamente se han vulnerado o no las reglas que informan al sistema de la sana crítica.

“Cabe agregar, a este respecto, que de conformidad a lo que prevé el artículo 32 de la ley N°19.968, los jueces de familia deben apreciar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, y como reiteradamente lo ha resuelto este tribunal, tal sistema conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconsejan la razón y el criterio fundado puesto en juicio. Las reglas que la constituyen no están consagradas en la ley; por ende, se trata de un proceso intelectual, interno y subjetivo del que analiza y, en consecuencia, una materia esencialmente de apreciación y, por lo mismo, de hecho, cuya

estimación corresponde exclusiva y privativamente a los jueces del fondo, salvo que en el establecimiento de los hechos, se haya vulnerado las reglas que informan al sistema de la sana crítica". (Corte Suprema, Rol 5.127/2014)

Entre otros ejemplos de recursos rechazados por la Corte Suprema, en cuanto no existe una causal de infracción, se presentan los siguientes:

"Cuarto: Que, en lo que refiere a la infracción al artículo 1698 del Código Civil, la recurrente funda el yerro en no haberse probado la conveniencia de modificar el cuidado personal, alterando de esa manera el onus probandi, dado que no se habrían considerado pruebas que la recurrente estima idóneas para justificar la inmutabilidad del cuidado a cargo de la demandada. Sin embargo, del mérito de la sentencia, queda en evidencia que no es efectiva la infracción que alega la recurrente, esto es, que el fallo alteró la carga de la prueba en razón que "no considera pruebas de suma importancia para los intereses del niño". (Corte Suprema, Rol 26.845/2014)

"Séptimo: Que, en definitiva, lo realmente impugnado por la recurrente es la ponderación que los jueces de alzada realizaron de la prueba rendida, al resolver que el cuidado de los niños queda radicado en su padre, labor que, como reiteradamente ha señalado este tribunal, no es susceptible de ser revisado por esta vía, a menos que en el establecimiento de los hechos se hayan vulnerado las reglas de la sana crítica, las que, en todo caso, no fueron invocadas como conculcadas en el arbitrio, razones por las que el recurso en análisis adolece de manifiesta falta de fundamento que autoriza su rechazo en esta etapa tramitación". (Corte Suprema, Rol 6.323/2015)

"Quinto: Que los hechos establecidos en la sentencia resultan inamovibles para este tribunal, a menos que se denuncie el quebrantamiento de las reglas que integran el sistema valorativo de la sana

crítica. En la especie, si bien se denuncia la infracción al artículo 32 de la Ley N°19.968, no se desarrolla, determinadamente, de qué modo, en este caso particular, se habría producido dicha conculcación, esto es, qué reglas de la sana crítica se estiman vulneradas y por qué razón, cuestión que permite entender que las alegaciones resultan ser meras discrepancias con la ponderación de la prueba efectuada por los sentenciadores, lo que no es constitutivo de la causal de infracción de ley que se conoce en estos autos.

Sexto: Que en efecto, como se advierte del recurso, el reproche del recurrente se dirige exclusivamente a cuestionar la ponderación del material probatorio efectuado por los jueces de fondo, pero sin explicar de manera detallada como arriba a dicha conclusión, la que además de apoyarse en consideraciones fácticas no establecidas, omite referencia y desarrollo argumental en torno a cómo se han infringido las reglas de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicamente aceptados.

Séptimo: Que, dicho lo anterior, resulta pertinente tener en consideración que sólo los jueces del fondo se encuentran facultados para fijar los hechos de la causa y que, efectuada correctamente dicha labor, esto es, con sujeción al mérito de los antecedentes, probanzas aportadas por las partes, interpretación y aplicación de las normas atinentes al caso en estudio, resultan inamovibles para este tribunal, conforme a lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, salvo que se denuncie y desarrolle de manera eficiente la infracción a las reglas de la sana crítica, lo que no ha ocurrido en la especie.

Octavo: Que lo razonado, resulta suficiente para concluir que el recurso en análisis adolece de manifiesta falta de fundamento, lo que conduce a desestimarlo en esta etapa de su tramitación". (Corte Suprema, Rol 32.833/2014)

Por el contrario, en sentencia del año 2017 en materia de cuidado personal, se decide acoger el recurso debido a la no ponderación de toda la prueba respecto al interés superior del niño, por la omisión de lo manifestado por el niño, de manera de evaluar la aplicación efectiva de su interés superior por parte de los jueces del fondo:

Segundo: Que la recurrente denuncia infracción a los artículos 16 y 32 de la Ley 19.968; 222, 225, 225-2, 226, 229, 234 y 242 del Código Civil; 3 y 9 de la Convención de Derechos del Niño, porque no se ponderó toda la prueba rendida conforme a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, omitiendo lo manifestado por el niño durante todo el proceso, en el sentido que desea vivir con su madre, afectando su salud e interés superior al mantenerlo alejado de su principal figura de apego, y por no considerar los factores que la ley establece para asignar el cuidado personal a uno u otro padre, cuya correcta interpretación lleva a concluir que la madre, quien siempre se ha dedicado al cuidado de sus hijos, tiene las aptitudes para proveerle un ambiente sano y seguro. Se solicita invalidar la sentencia del grado y dictar una de reemplazo que acoja la demanda. (Corte Suprema, Rol 10.338/2017)

d. Ponderación/Consideración primordial interés superior del niño

La Observación General N° 14 establece que “36. El interés superior del niño debe ser una consideración primordial en la adopción de todas las medidas de aplicación.

37. La expresión "a qué se atenderá" impone una sólida obligación jurídica a los Estados y significa que no pueden decidir a su discreción si el interés superior del niño es una consideración primordial que ha de valorarse y a la que debe atribuirse la importancia adecuada en cualquier medida que se tome. La expresión "consideración primordial" significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones (...)¹⁰¹.

En concordancia con lo anterior, la Corte Suprema aplica, en su argumentación, la supremacía del concepto, superando, por tanto, otros derechos individuales o colectivos.

"En efecto, se advierte que, en el fondo, la decisión de atribuirle a la demandada el cuidado personal de (nombre niña), obedece a un ejercicio de reparación de la discriminación de género que los sentenciadores advierten en el caso concreto.

Si bien son loables los intentos por reivindicar las distorsiones que afectan a las mujeres en el disfrute igualitario de sus derechos, en razón de factores culturales y sociales –lo cual, además, tiene sustento normativo claro y vigente en instrumentos internacionales e internos–, debe recordarse que dichas reparaciones no pueden alterar la configuración del interés concreto del niño, que, como se ha dicho, es siempre superior. En efecto, como ya se planteó, el interés de asegurar la satisfacción de todos los derechos del niño es predominante por sobre otros derechos individuales e intereses colectivos, los que deben ceder frente a la superioridad de los del niño, de manera que, en caso de conflicto, estos deben tener primacía". (Corte Suprema, Rol 35.161/2016)

101 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS (mayo, 2013). Observación General N° 14. "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial" (artículo 3, párrafo 1), párra. 10.

A su vez, la Corte Suprema ha invocado la importancia no sólo del interés superior del niño, sino también la de otros principios rectores con los que éste se relaciona y que son también considerados como elementos primordiales al momento de resolver un determinado asunto por parte de un juez. El derecho a ser oído, así como también la autonomía progresiva, son principios citados por la Corte Suprema para argumentar la decisión a tomar en cada caso concreto, elaborando la vinculación que tienen con el interés superior.

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

Décimo octavo: Que las consideraciones anteriores desmienten categóricamente que al pronunciarse sobre una solicitud de autorización de salir del país, los tribunales estén obligados a decidir en conformidad a lo expresado por el niño o niña interesados. Esto es particularmente cierto en un caso como éste, en que cuando expresó sus reparos a establecerse fuera del país, la niña tenía diez años de edad y no tenía la experiencia de vivir en el extranjero. En consecuencia, el hecho de que la niña haya manifestado su opinión des-

favorable a establecerse en Londres, no es suficiente para concluir que los jueces infringieron los artículos 3 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño al autorizar su viaje. Por estas consideraciones, se rechazará el recurso en relación con la supuesta infracción del inciso segundo del artículo quinto de la Constitución Política en relación con dicha Convención”. (Corte Suprema, Rol 25.409/2014)

“Conjuntamente con ello, también se ha quebrantado la disposición contenida en el artículo 16 de la Ley N° 19.968 que consagra el interés superior del niño y el derecho a ser oído como “principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”, pues el fallo objetado no ha respetado la voluntad de la menor, y es más, ha decidido en contra de su interés suficientemente expresado”. (Corte Suprema, Rol 11.885/2015)

“Por otro lado, se impone al juez la obligación de tener en cuenta “las opiniones del menor, en función de su edad y madurez” conforme establece su artículo 3°, tanto en el procedimiento previo como en el de adopción propiamente tal, puesto que su objeto es velar por el interés superior del niño, resguardando el goce de sus derechos, en especial el de vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”. (Corte Suprema, Rol 41.051/2016)

También, el interés superior del niño como principio interpretativo “permite relacionar los intereses del niño, niña o adolescente con los intereses de los demás involucrados. Debido a que el niño, niña o adolescente no interviene directamente en el juicio, sino que a través del derecho de participación, sus intereses deben protegerse sobre los de los demás quienes pueden in-

*tervenir aportando pruebas*¹⁰². En este contexto, la Corte Suprema ha establecido la importancia de la participación del NNA durante el proceso:

"(...)la defensa, en su aspecto o dimensión de "defensa material" que se traduce en las facultades del niño, niña o adolescente a intervenir en todos los asuntos que le afecten, formular alegaciones y presentar prueba y, en general, estar protegidos en contra de cualquier indefensión, por lo que no se satisface consultando la opinión en una oportunidad durante la tramitación del proceso, sobre dos o tres alternativas cerradas definidas de manera previa, sino que se le debe ofrecer la posibilidad de participar en la construcción del caso, desde un principio, siendo un protagonista de la decisión en un sentido más amplio. No se trata simplemente del derecho a opinar, sino del derecho a participar en la decisión del caso (en la decisión de su propia vida". (Corte Suprema, Rol 42.527/2017)

"Que la recurrente afirma que la sentencia incurre en la infracción denunciada al prescindir de la opinión del hijo; sin embargo, debe considerarse que la norma cuya conculcación se acusa establece como principios rectores el interés superior del niño y su derecho a ser oído, los que fueron cabalmente respetados, pues se le escuchó durante el proceso y su opinión fue ponderada junto a los restantes antecedentes incorporados por las partes, a fin de adoptar la decisión que mejor se aviniera a su interés superior, concepto que carece de definición legal por lo que corresponde a los jueces del fondo valorar las circunstancias concretas y determinar su más adecuada realización en el caso de que se trata". (Corte Suprema, Rol 7.369/2018)

102 RIVAS, E. (2015). "La evolución del interés superior del niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva", p. 44. [En línea]

<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/135615/La-evoluci%C3%B3n-del-inter%C3%A9s-superior-del-ni%C3%B1o.pdf;sequence=1>

e. Interés superior del niño como principio interpretativo. Ámbitos de aplicación en materia de 'cuidado personal'

El interés superior del niño como principio interpretativo, según lo establece la Observación General N°14, admite más de una interpretación, eligiendo aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

Considerando que la materia de cuidado personal es aquella con mayor ingreso de recursos a la Corte Suprema, se distingue como ámbito de aplicación y en la que se pondera el interés superior del niño en relación a los derechos y deberes de los padres en el arbitrio del principio de corresponsabilidad, en cuanto a la participación activa y permanente de la crianza y educación de sus hijos.

“6° Que, según lo dispone el inciso 2° del artículo 225 del Código Civil, el cuidado personal compartido es 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. En consecuencia, cuidado personal compartido y corresponsabilidad no son conceptos sinónimos, como parece sugerirse en el recurso, 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.

El inciso 1°, por su parte, señala que los padres que viven separados pueden de consuno determinar que el cuidado personal de los hijos corresponda a ambos en forma compartida, precisando que el acuerdo se debe otorgar por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser sub-

inscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento; y el inciso 4° que el juez solo puede atribuir el cuidado personal a uno de los progenitores, por lo que excluye la posibilidad de otorgar una modalidad de custodia compartida sino existe acuerdo entre ellos;

*7° Que, 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. Tampoco la de los otros tratados ya que no se ha discriminado en favor o en contra de un progenitor al rechazarse la demanda por el motivo ya señalado”. **(Corte Suprema, Rol 4.889/2015)***

“Que tal como esta Corte ha señalado (en causa Rol N° 42.641-17) la reforma introducida en materia de cuidado personal por la ley 20.680 supuso un conjunto de modificaciones orientadas a perfeccionar el sistema vigente, en términos tales que fuera nítida la opción normativa de que el eje central en torno al cual ha de girar la determinación de la titularidad y el ejercicio del mismo, es el interés superior del niño, desplazando la idea de atribuciones legales o derecho preferente de un padre por sobre el otro, e incorporando instituciones como

el principio de la corresponsabilidad en la crianza y educación de los hijos, y el cuidado compartido, como una alternativa susceptible de ser convenida por los padres, todo lo cual en perfecta coherencia con una redefinición del derecho de los niños a mantener una relación directa y regular con el progenitor no custodio, que destaca la importancia de este derecho-deber de los padres para el pleno desarrollo de sus hijos”. (Corte Suprema, Rol 43.557/2017)

Cabe destacar que los fallos de la Corte Suprema analizados en materia de cuidado personal aplican, dentro de su argumentación, el interés superior del niño como elemento preponderante al momento de tomar la decisión; a su vez, se distingue una transición en cuanto al criterio aplicado dentro del ejercicio de cuidado personal compartido, aplicándose los artículos 225 y 225-2 del Código Civil.

“Tercero: Que, de la lectura de la sentencia de primera instancia, confirmada por la impugnada, se advierte que para negar lugar a la demanda de cuidado personal se dio por establecido que la demandante no logró acreditar que al padre de la menor le asista alguna inhabilidad que haga procedente privarlo del cuidado personal que ejerce desde hace más de dos años por acuerdo de las partes; concluyéndose que tal decisión guarda perfecta conexión con el principio rector del marco regulatorio de los derechos sustantivos establecidos en favor de los menores de edad, esto es, el interés superior del niño, ya que una decisión diferente a la adoptada constituiría una evidente vulneración de los derechos de la niña a vivir en un ambiente que le asegura el sentimiento de pertenencia, esencial para su el normal desarrollo”. (Corte Suprema, Rol 11.782/2014)

“Quinto: Que sobre la base de tales hechos, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 225 del Código Civil, los sentenciadores del fondo consideraron que no sólo debe tenerse en cuenta el conflicto jurídico puesto en conocimiento del tribunal, sino que, además, debe

*ponderarse el interés superior de la niña, quien ha permanecido bajo el amparo de su progenitor, que le ha entregado los cuidados amorosos y cubierto todas sus necesidades y requerimientos, sin interferir en la relación materno-filial que debe fortalecerse, lo que no obsta a que el cuidado personal lo ejerza el padre, justamente para mantener la estabilidad en su desarrollo, factorpreciado que no resulta aconsejable alterar si se ha comprobado que la niña, estando a su cargo, se encuentra rodeada de afecto y bien cuidada”.***(Corte Suprema, Rol 94.928/2016)**

Sin embargo, es importante destacar que de las sentencias analizadas e ingresadas en el año 2014 –a un año de la modificación legal de los artículos 225, 225-2 y otros del Código Civil– presentan en su mayoría recursos de casación denunciando infracción a los artículos antes mencionados (sana crítica), independiente de la resolución establecida por la Corte Suprema que, en su mayoría, estuvo por rechazar los recursos por falta de fundamento.

“Segundo: Que el recurrente denuncia la infracción a los artículos 225 del Código Civil, 42 de la ley N° 16.618 y 32 de la ley N° 19.968, solicitando que se invalide la sentencia impugnada y se dicte la de remplazo acogiendo la demanda, concediendo el cuidado personal del niño a su padre, el demandante, todo con costas.

Tercero: Que fundamenta su recurso señalando que se infringió el artículo 32 de la ley N°19.968, al carecer la sentencia de una valoración fundada de toda la prueba aportada, refiere que de haberse analizado conforme a las reglas de la sana crítica se habría establecido que la madre padece de alcoholismo crónico y que no se ha mantenido abstinentes, situación que pone en grave riesgo a su hijo y de manifiesto que lo más conveniente y seguro para el interés superior del niño, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 225 del Código Civil, es que el cuidado personal quede radicado en su padre. Agrega que si bien

en la actualidad no se requiere acreditar la inhabilidad de la madre, igualmente se acreditó suficientemente en relación a lo que dispone el artículo 42 N° 2 de la Ley de Menores. Para sustentar su recurso, refiere los diferentes medios probatorios que darían por acreditada la circunstancia antes mencionada, que, a su juicio, infringen el sistema de valoración de la sana crítica, vulneración de la cual dependen las otras infracciones de ley alegadas.

Octavo: Que lo razonado, resulta suficiente para concluir que el recurso en análisis adolece de manifiesta falta de fundamento, lo que conduce a desestimarlo en esta etapa de su tramitación". (Corte Suprema, Rol 38.833/2014)

"Segundo: Que se denuncian como infringidos los artículos 225 inciso 4º y 27 y 32 de la Ley 19.968 en relación con el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, desde que conforme al mérito del proceso y al interés superior de la niña, su cuidado personal se debió confiar al padre.

Tercero: Que para una adecuada resolución del asunto propuesto por el recurso, es necesario tener presente que para efectos de rechazar la demanda reconventional de cuidado personal interpuesta por el padre, se tuvo en consideración que si bien no se desconoce que el padre posee las habilidades parentales necesarias para ejercer el cuidado personal de la niña, el apego de ella con la madre hace necesario que por su edad y para su adecuado crecimiento, desarrollo y formación integral se mantenga al cuidado de la madre.

Cuarto: Que del examen del recurso se advierte que lo que se pretende es la introducción de nuevos hechos que no se encuentran acreditados en el proceso, esto es que resulta más conveniente para la niña estar bajo el cuidado del padre. No obstante ello, no se incluye en el libelo ninguna observación precisa y determinada relativa a la forma en que los sentenciadores hubieren desconocido los parámetros establecidos en el artículo 32 de la Ley 19968. Siendo así, y tal como

aparece del propio tenor del escrito de impugnación, la queja se limita a discrepar de la ponderación de la prueba por parte de los jueces, aspecto que escapa al presente control, que es de puro derecho.

Quinto: Que lo razonado es suficiente para concluir que el recurso en estudio no podrá prosperar por adolecer de manifiesta falta de fundamento". (Corte Suprema, Rol 24.341/2014)

Por último, la Corte Suprema ha resuelto respecto de la interpretación de la normativa nacional e internacional en función del interés superior del niño, para una adecuada toma de decisiones, tanto en tribunales de primera instancia como en tribunales de alzada.

"En efecto, la subordinación del razonamiento al supuesto criterio de preferencia legal se constata de la simple lectura de algunos pasajes de la sentencia, en que los jueces, no obstante la evidencia acerca de los datos objetivos contenidos en la prueba recogida, que ellos mismos reproducen, conducen su argumentación hacia la posible mejoría o proyección de cambio que podría operar en quien tiene actualmente el cuidado de los niños, de manera de justificar que se mantenga en ella, para así ajustarse al criterio "de priorización legal", forzando una conclusión que, de haber tenido una mirada centrada en el interés superior de los niños, debió ser distinta (...).

Por último, es menester destacar que al concluir sus razonamientos, la sentencia vuelve a reiterar el concepto equivocado acerca de la preferencia legal en cuanto al cuidado personal, e incluso agrega otro criterio que fue derogado por la ley 20.680, cual es el de la necesidad de una "causa grave calificada", para alterar la situación previa, lo que significa mantener una barrera o estándar que la legislación actual no prevé y que, precisamente desechó, para privilegiar por sobre todo, el interés superior del niño, sin exigir que la situación deba encontrarse en el límite (...).

7° Que, por lo reflexionado, se debe concluir que los jueces han cometido los errores de derecho denunciados al interpretar los artículos 225 y 225-2 del Código Civil, lo que influyó sustantivamente en lo dispositivo del fallo, razón por la cual el presente recurso de casación será acogido". (Corte Suprema, Rol 99.861/2016)

B. Sentencias de la Segunda Sala de la Corte Suprema

1. Interés superior del niño como concepto aplicado a la protección de derechos

Parte importante de las sentencias analizadas fueron recursos de amparo interpuestos en contra de órdenes de expulsión o abandono, que si bien no corresponden a materias propias de infancia, las circunstancias personales y familiares del amparado/a son tomadas en cuenta a la hora de fallar.

De esta manera, en las sentencias analizadas se menciona, como primer punto a considerar, dichas circunstancias personales y familiares, tales como el tiempo de permanencia en Chile y el hecho de tener pareja e hijos, ya que de ejecutarse la expulsión se transgrediría el interés superior del niño, invocándose en todos los fallos revisados, la perturbación de la "identidad familiar y nacional" en caso de ejecutarse la medida, empleándose por tanto el concepto del interés superior del niño como protección de derechos, señalando que la medida se vuelve desproporcionada al transgredirlo, siendo además infringidos otros deberes asumidos por el Estado que se encuentran en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño, y el artículo primero de nuestra Carta Fundamental, que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

Por tanto, a la hora de analizar la expulsión del amparado, el máximo

tribunal considera toda su situación personal, y por sobre todo la familiar, salvaguardando el interés superior del niño, en el sentido de hacer respetar y valer el derecho a la identidad de todos los niños y niñas, poniendo en evidencia que en todos aquellos casos que involucren niños y niñas debe protegerse y considerarse su interés superior.

“7° Que en este sentido, no es posible desatender las circunstancias personales y familiares del amparado, quienes cuentan con más de 17 años de residencia ininterrumpida en Chile, con pareja estable desde hace 11 años, también extranjera, la que posee residencia permanente y trabajo como empleada de casa particular y con quien tiene una hija de tres años de edad, de manera que de ejecutarse la medida ciertamente se transgrede el interés superior de la menor, pues se perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño, y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta” (Corte Suprema, Rol 2.390/2015)

Cabe destacar, además, que en las sentencias analizadas en materia de adolescentes infractores de la ley penal se hace referencia al artículo 2° de la Ley N° 20.084, en cuanto debe considerarse a la hora de dictar sentencia, en esta materia, el hecho que existe un subsistema penal especial, que no se traduce únicamente en penas más bajas, sino que conforme el artículo 40.1 de la Convención de Derechos del Niño, dispone un tratamiento acorde al fomento de su sentido de dignidad y valor, fortaleciendo valores y su reintegración a la sociedad, es decir, se debe resguardar el interés superior del adolescente, el que, además, ha sido dotado de contenido en cuanto corresponde al reconocimiento y respeto de sus derechos.

De esta manera, se distingue nuevamente que el concepto de interés superior se entiende en el marco de protección de derechos, señalándose de manera expresa que corresponde al reconocimiento y respeto de sus derechos.

“Lo anterior es consecuencia del artículo 40.1 de la Convención sobre Derechos del Niño que dispone que los niños infractores deberán ser tratados de acuerdo con su particular dignidad, cuidando fortalecer valores y su reintegración a la sociedad, lo que encuentra reconocimiento legal en el artículo 2° de la ley ya citada, en el que se dispone que en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos”. **(Corte Suprema, Rol 559/2015)**

Por último, es importante destacar que a la hora de definir este concepto se alude al artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, el que señala que es éste el que debe primar a la hora de tomar decisiones en materias que los involucren.

“5° Que, de conformidad a lo que dispone el artículo 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el principio del interés superior del niño es el que debe primar e inspirar las decisiones concernientes a ellos y que deben adoptar las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales y las autoridades administrativas o los órganos legislativos. Dicho principio debe identificarse con sus derechos, por lo tanto, como lo sostiene la doctrina, “el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos”; bienestar que podrá obtener en la medida que pueda desarrollar su personalidad de manera plena y armónica, y, para ello, necesita crecer en un ambiente de familia que le brinde amor y comprensión, y que también le proporcione los medios para satisfacer sus necesidades materiales”. **(Corte Suprema, Rol 1.481/2015)**

VI. Conclusiones

Como ha sido abordado a lo largo del artículo, la evolución del concepto de interés superior del niño en las últimas décadas ha desencadenado en un entendimiento más uniforme y estandarizado de éste para su aplicación práctica en el tratamiento adecuado de casos conocidos y fallados, en este caso por la Corte Suprema, que afecten a niños, niñas y adolescentes.

En el entendido del concepto como herramienta que asegure la protección y bienestar de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la tendencia jurisprudencial actual de la Corte Suprema se ha mantenido en esta línea durante los últimos años, visualizándose también la transición en cuanto aplicación y consideración del concepto a partir de la dictación de la Observación General N°14. En esta materia, se identifica la labor de la Corte Suprema por adoptar y abocarse a lo establecido tanto en el artículo 3.1 de la Convención como también a lo indicado en la Observación N°14, esto es, el interés superior del niño como un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento; en definitiva, que sea la consideración primordial en las medidas y decisiones a adoptar.

Resulta destacable la consideración del interés superior del niño como principio interpretativo en determinadas sentencias de la Corte Suprema, en que expresamente se indica la importancia de la participación del niño, niña o adolescente durante el proceso, como medida de protección de sus derechos, sin obviar la complementación y ponderación de otros principios rectores, como el derecho a ser oído y la autonomía progresiva.

En cuanto al tratamiento que la Segunda Sala confiere al interés superior del niño, cualquiera sea la causa que esté afectando directa o indirectamente a un niño, niña o adolescente, se distingue la consideración primordial de tal, así como también el tratamiento de éste como una norma de procedimiento, en el sentido que en la toma de decisiones deberá considerarse la situación y realidad del niño, niña o adolescente, salvaguardando así el interés superior del niño.

Finalmente, los fallos de la Corte Suprema en los últimos años exhiben un proceso de adecuación del interés superior del niño como concepto integral y sistémico en sus resoluciones, estableciendo una tendencia en su línea argumentativa para determinadas materias, con excepción de aquellas referidas a adopción, que aún mantienen cierta tensión en las discusiones argumentativas de las resoluciones. En este aspecto, se distingue la vinculación del interés superior del niño con otros principios que rigen en la materia, como el de subsidiariedad, y la aplicación a los casos concretos.

Bibliografía

A. Artículos y libros

- PRICE, C. (febrero, 1990). "The role of nongovernmental organizations in the drafting of the Convention on the Rights of Child". Human Rights Quarterly, John Hopkins University Press, Vol. 12, N° 1, pp. 138 y 139.
- RIVAS, E. (2015). "La evolución del interés superior del niño: Hacia una evaluación y determinación objetiva" (Memoria). Universidad de Chile. Santiago de Chile. p. 13.

B. Normativa internacional

- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS (julio, 2009). Observación General N° 12. "El derecho del niño a ser escuchado", Doc. ONU CRC/C/GC/12.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS (noviembre, 2003). Observación General No.5. "Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño", Doc. ONU CRC/GC/2003/5.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (agosto, 2002). Opinión consultiva OC 17/2002. "Condición jurídica y derechos humanos del niño".
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (febrero, 2012). "Caso Atala Riffo vs. Chile".
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (septiembre, 2005). "Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana".

C. Normativa Nacional

- Ley N° 19.585 que modifica el código civil y otros cuerpos legales en materia de filiación
- Código Civil
- Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia.
- Ley N° 20.680 que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados

D. Webgrafía

- ALEGRE, S., HERNÁNDEZ, X. y ROGER, C. (2014). "El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas". [En línea] http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf
- BOFILL, A. y COTS, J. (1999). "La Declaración de Ginebra. Pequeña historia de la primera carta de los derechos de la infancia". Comissió de la Infància de Justícia y Pau. Barcelona. [En línea] https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf.
- CÁCERES, M. y LAGOS, A. (2018). "Principio del interés superior del niño, niña y adolescente como criterio de adjudicación". [En línea] <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/151240/Principio-del-inter%C3%A9s-superior-del-ni%C3%B1o-ni%C3%B1a-y-adolescente-como-criterio-de-adjudicaci%C3%B3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- CILLERO, M. s/f. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”. [En línea] http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf
- DÁVILA, P. y NAYA, L. (otoño, 2006). “La evolución de los derechos de la infancia: Una visión internacional”. *Encounters on Education*, Vol. 7. [En línea] <https://ojs.library.queensu.ca/index.php/encounters/article/view/597/3498>.
- DEGOL, A. y DINKU, S. (2011). “Notes on the principle ‘Best interest of the Child’: Meaning, history and its place under Ethiopian law”. *Mizan Law Review*, Vol. 5, N° 2. [En línea] <https://www.ajol.info/index.php/mlr/article/view/145487>.
- FITZGERALD, S. y LAIDLAW, A. (abril, 1995). “Adolescents and work. Riks and benefits of teenage employment”. *AAOHN Journal*, Vol. 43, N° 4. [En línea] <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/216507999504300404>.
- GROOTAERT, C. y KANBUR, R. (1995). “Child labour: An economic perspective”. *International Labour Review*, Vol. 134, N° 2. [En línea] <http://www.fhu55.com/sites/default/files/hanehalki/Okumalar/134IntlLabRev187.pdf>.
- LEAGUE OF NATIONS. “Geneva Declaration of the Rights of the Child”. Adoptada el 26 de septiembre de 1924. [En línea] <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>.

- LEIBNIZ INSTITUTE OF EUROPEAN HISTORY. Online Atlas on the History of Humanitarianism and Human Rights. "Geneva, 1924: The Geneva Declaration of the Rights of the Child". (Traducción propia) [En línea] <http://hhr-atlas.ieg-mainz.de/articles/stornig-geneva>.
- 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 del derecho, Vol.42 N°3, Santiago. Versión on-line ISSN 0718-3437. [En línea] <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000300007>.
- SÁNCHEZ, M. (2017). "Las certezas del interés superior del menor en el contexto de los derechos de la infancia". [En línea] <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/13317/LasCertezasDel.pdf?sequence=3>
- The National Archives Education Service. "1833 Factory Act. Did it solve the problems of children in factories?" [En línea] <http://nationalarchives.gov.uk/documents/education/factory-actdoc.pdf>.
- UNICEF (2016). "Para cada niño, esperanza. UNICEF@70: 1946-2016". Nueva York. [En línea] https://www.unicef.org/spanish/publications/files/unicef_para_cada_nino_esperanza_1946-2016.pdf.
- UNITED NATIONS. "Maintain International Peace and Security". [En línea] <http://www.un.org/en/sections/what-we-do/maintain-international-peace-and-security/>.
- ZAHRA, T. (marzo, 2009). "Lost children: Displacement, Family, and

Nation in Postwar Europe". *The Journal of Modern History*, University of Chicago, Vol. 81, N° 1 [En línea] https://www.jstor.org/stable/10.1086/593155?seq=2#metadata_info_tab_contents

- ZERMATTEN, J. (2003). "The best interest of the Child. From the literal analysis to the philosophical scope". Institut International des droits de l'enfant, Working report 3-2003. (Traducción libre) [En línea] https://www.researchgate.net/publication/268041329_The_Best_Interests_of_the_Child_From_the_Literal_Analysis_to_the_Philosophical_Scope.

Artículo que analiza el tratamiento que la Segunda y Cuarta Sala de la Corte Suprema han dado al interés superior del niño, niña y adolescente en su jurisprudencia

