

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO DISPOSITIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS PARENTALES EN EL CASO DE SALIDA PERMANENTE DE UN MENOR AL EXTRANJERO JUNTO A SU PADRE CUSTODIO*

A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE 30
DE DICIEMBRE DE 2015**

ÁLVARO VIDAL OLIVARES***

RESUMEN: Nuestra legislación no prevé regla sobre la autorización del niño para salir del país y fijar su residencia permanente en el extranjero, junto a su progenitor custodio, de modo que el juez de familia al resolver el conflicto entre los padres deberá aplicar el principio de protección superior del niño o niña en sus funciones resolutoria, integradora e interpretativa.

ABSTRACT: The Chilean legislation does not foresee any rule about the authorization for the child to leave the country and, along his custodial parent, settle down with permanent residence abroad. Thus, the Family Court must resolve the conflict between the parents according the principle of superior protection the child, in their operative, integrative and interpretive functions.

PALABRAS CLAVE: Principio de protección del interés superior del niño, criterio resolutorio, autorización de salida del país para fijar residencia permanente en el extranjero.

KEYWORDS: Principle of superior interest protection of the child, resolution criteria, authorization to leave the country and permanent residence abroad.

INTRODUCCIÓN

Las cuestiones que plantearemos en este trabajo son dos. La primera, ¿está facultado un juez de la República para conceder al padre o madre que detenta el cuidado personal del menor, autorización para fijar la residencia de su hijo o hija en el extranjero en forma permanente? Y, de ser afirmativa la respuesta, ¿conforme a qué régimen y bajo qué condiciones puede hacerlo?

En nuestra legislación civil no hay norma que resuelva esta cuestión, sino que la ley sólo prevé sobre la autorización judicial de salida temporal del país, siempre que así lo aconseje el interés superior del menor, en el entendido que el hijo o hija tenga su residencia en Chile. De esta manera se explica y cobra todo sentido que el artículo

* El presente trabajo se inserta en el marco de ejecución del Proyecto Anillo SOC N° 1406, de Conicyt, sobre mecanismos alternativos de solución de conflictos en Chile.

** Dictada en autos Rol N° 2252-2015, pronunciándose sobre recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de 31 de diciembre de 2014 que confirma sentencia de 26 de junio de 2014, dictada por el Tercer Juzgado de Familia de Santiago, Rit N° C-6414-2013.

*** Profesor titular de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, correo electrónico: alvaro.vidal@pucv.cl.

49 de la Ley N° 16.618 disponga que el juez otorgará tal autorización considerando el beneficio que la salida del país pudiere reportar al menor y, en todo caso, fijando el tiempo por el que se concede la autorización.

Para dar respuesta al problema planteado me detendré en una reciente sentencia de la Corte Suprema que se pronuncia sobre la autorización de salida del país de un menor para radicar, junto a su madre, su residencia permanente en el extranjero en contra de la oposición de su padre.

Para la correcta intelección del problema y para dar una adecuada solución al mismo, dedicaré la primera parte de este trabajo al planteamiento del caso objeto de la sentencia y, la segunda, a partir de la resolución judicial y su comentario crítico, a las preguntas planteadas precedentemente.

I. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO CRITERIO RESOLUTIVO, LOS HECHOS DE LA CAUSA Y SU PONDERACIÓN CONFORME A TAL PRINCIPIO

1. *El interés superior del menor como criterio para la resolución del problema suscitado entre las partes*

El criterio fundamental para dirimir el conflicto entre las partes –la madre que requiere la autorización y el padre que se opone a que se otorgue– es el principio del interés superior del menor, principio que, como explicaré, entre otras funciones cumple una resolutoria de conflictos entre los progenitores.

En efecto, en Chile la decisión en orden a autorizar, o no, la salida de un menor al extranjero por parte de un tribunal de familia debe ser adoptada a la luz del interés superior del niño, niña o adolescente involucrados. Así se desprende del citado artículo 49 y lo exige expresamente el artículo 16 de la Ley N° 19.968 que ordena al juez “tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento” este “principio rector”. Esta norma aplica en términos particulares aquella contenida en la Convención sobre los Derechos del niño (CDN en adelante), ratificada por Chile el año 1990, ordenación que, por su carácter de tratado internacional ratificado por Chile, es de aplicación directa por parte de nuestros Tribunales de Justicia¹.

Pese a que estas normas no dan lugar a discusión en orden a imponer al juez cuando resuelven conflictos parentales la necesaria consideración del interés superior, no existe claridad sobre la o las funciones que debe asignársele a este concepto jurídico indeterminado.

La pregunta, entonces, es ¿cuál o cuáles son las funciones que le cabe al interés superior del niño, niña o adolescente en la resolución de los conflictos parentales?

¹ El artículo 3.1 de la CDN dispone: “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”.

La primera aproximación al interés superior del menor nos llama a vincularla con la idea de principio general del derecho². Es el propio artículo 16 el que lo califica como “principio rector”, carácter que permite asignarle, desde ya, a lo menos, dos funciones ampliamente reconocidas a los principios generales del derecho, una interpretativa de la norma y otra integradora de vacíos legales³. Sobre estas dos funciones me detendré al examinar el régimen legal de la salida de los menores al extranjero.

A estas dos funciones se añade otra particular, y que se refiere a su carácter resolutivo de conflictos de intereses en el ámbito de las relaciones de familia y, en particular, paterno-filiales. La premisa de esta función es que si los derechos e intereses de los niños y adolescentes en colisión con los de sus progenitores, la decisión del juez debe preferir los primeros sacrificando estos últimos. La voz “superior” del interés –cuya protección la ordena un principio general del derecho– alude con meridiana claridad a que el interés del menor, enfrentado al de uno o ambos padres, debe prevalecer. En otros términos, la calificación de superior impone al juez resolver los conflictos entre estos intereses conforme a un criterio de jerarquía⁴.

Con la finalidad de ilustrar lo expresado basta el recurso al precepto del inciso 4º del artículo 225 del Código Civil. Según éste, el interés superior del menor autoriza sacrificar legítimamente el interés de uno de los padres a quien –por ley, resolución judicial o acuerdo– corresponde el cuidado personal del menor. Entonces, el cambio de titularidad del cuidado personal está justificado en el interés superior, el del hijo o hija. Se advierte que el conflicto se da entre los padres que disputan la custodia del hijo y el juez empleando el interés superior como dispositivo de resolución, se inclinará por aquella solución que garantice la mayor realización y pleno desarrollo del menor en lo material y espiritual.

Por su parte, el artículo 9º de la CDN recoge esta función, para los efectos que interesan al presente comentario, al disponer que: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”. Tal determinación puede ser necesaria en situaciones particulares,

² Sobre el interés superior del niño como principio en el derecho chileno, véase: RAVETLLAT BALLESTE, Isaac y PINOCHET OLAVE, Ruperto. “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”. *Rev. Chilena de Derecho* [online]. 2015, vol. 42, Nº 3 [citado 2016-08-06], pp. 903-934. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300007&lng=es&nrn=iso>. ISSN 0718-3437. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000300007>.

³ Véase: CILLERO BRUNOL, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En: *AA. VV. Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 1999, disponible en línea: www.unicef.org.

⁴ Cfr. COUSO SALAS, Jaime, “El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído”, en *Revista de Derechos del Niño*, N°s. 3-4, 2006, p. 147. En este mismo sentido, CILLERO BRUNOL (1999).

por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”. Precisamente, este último es el supuesto que preocupa, el de los padres que viven separados siendo necesaria la resolución sobre el lugar de residencia del menor. La resolución de este conflicto –salvo que se acuerde un cuidado compartido– implicará al sacrificio del interés de uno de los progenitores, prefiriendo el del otro y tal resolución –y el sacrificio que envuelve– deberá encontrar su justificación en el interés superior del menor.

Como puede apreciarse, en ambos casos, la decisión judicial de la controversia, cualquiera que ella sea, lesionará con alguna intensidad los derechos e intereses de uno de los progenitores, pero nunca podrá poner el riesgo el del derecho o interés del menor involucrado.

Puestas así las cosas, la función resolutoria permite al juez decidir aquel interés que deberá sacrificarse –por ejemplo, en el cuidado personal, el del padre custodio a quien se le priva del mismo– en beneficio de otro considerado más relevante –a quien se le concede el cuidado personal– siempre que así lo ordene la satisfacción del interés superior del menor, habida cuenta las circunstancias del caso y su ponderación.

La incorporación del principio del interés superior implica un cambio de paradigma en el análisis y resolución de estas materias y que se traduce en su consideración como criterio rector de la decisión. Este principio y su calificación de “superior” ordena que los intereses de ambos progenitores han de quedar subordinados a la protección del menor.

Resulta particularmente compleja la protección del derecho del hijo o hija a mantener una relación con ambos padres cuando se trata del caso sobre el cual se pronuncia la sentencia comentada, es decir, de la autorización de un menor para salir del país junto a unos de sus progenitores y fijar su residencia permanente en el extranjero. En este supuesto, conceder la autorización, si así lo aconseja el interés superior del menor, implica sacrificar, en alguna medida, el derecho del padre no custodio a mantener una relación directa y regular con su hijo, el que se deberá ejercitar de modo diverso y sujeto a una serie de condicionantes vinculadas con la distancia. Tal sacrificio, en la medida que sea, deberá encontrar su justificación en la protección del interés superior del niño y, particularmente, en la circunstancia que la decisión judicial permita al niño o niña acceder a su más plena satisfacción.

Y esta noción –la de interés superior del menor y su protección–, en principio abstracta y etérea, tiene un contenido bien preciso y de aplicación inmediata, que se traduce en un conjunto de derechos de que es titular el menor que le garanticen su mayor realización espiritual y material posibles, ponderando las circunstancias del caso concreto. Tal garantía debe redundar en la situación más idónea para el menor en términos de cuidado, crianza y educación, y de relación con ambos padres.

Al respecto, estimamos que el juez debe evaluar en su conjunto todos los antecedentes establecidos en el juicio a objeto de anticipar, en la medida de lo posible y habida cuenta de las máximas de la experiencia, cuál será la situación del niño. Su análisis debe

estar orientado a establecer cuál es la solución que hace posible proyectar las mejores condiciones para el desarrollo del menor.

Según lo expuesto, la consideración del interés superior del niño puede exigir sacrificar, al menos en intensidad, la relación directa y regular con uno de los padres. Este sacrificio no resulta extraño a otros supuestos más frecuentes, como aquéllos en los que aquel progenitor que detenta el cuidado personal del hijo se traslada, por razones laborales e incluso familiares o de origen a una ciudad, dentro del país, distinta a la que reside el padre o madre que no tenga tal cuidado, lo que puede resultar tan complejo como la fijación de la residencia en país extranjero, habida cuenta las condiciones geográficas de nuestro país.

Por estas consideraciones es necesario detenerse en los hechos que el Tribunal de fondo dio por establecidos y la ponderación que la Corte Suprema hizo de ellos, precisamente, en miras al interés superior de los menores.

2. Los hechos establecidos en la causa y apreciación del Tribunal

En los autos en que recae la sentencia de la Corte Suprema, objeto de comentario, se discute sobre la autorización de salida del país de los niños Angelina y Adriano, ambos nacidos el 7 de abril de 2010, junto a su madre, con destino a Alemania, a fin de radicarse definitivamente en dicho país, la que fue concedida por sentencia de primera instancia y confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de 31 de diciembre de 2014. En contra de esta última sentencia se dedujo recurso de casación en el fondo, pidiendo su invalidación y que se dictara una sentencia de reemplazo que rechazara la solicitud de autorización para salir del país de los niños bajo las condiciones descritas.

Antes de referirnos al recurso y a los argumentos en que se sustenta la parte, conviene detenernos en los hechos establecidos por el juez de fondo y en el razonamiento del Tribunal, a partir de tales hechos, en lo que concierne a la protección del interés superior de los menores.

La sentencia de instancia da por establecidos los siguientes hechos: (a) La madre demandante es el referente de sus hijos, la figura predominante o representativa para ambos niños; (b) Entre el demandado y sus hijos existe una buena relación, pero se visualiza más en aspectos lúdicos que como modelo de crianza; (c) Las condiciones para que los hijos de la demandante se mantengan en Chile no son las más adecuadas, tomando en consideración la situación actual de los progenitores; (d) La salida del país para que los niños se radiquen en el país natal de la demandante importará, en definitiva, que los hijos de la actora puedan alcanzar su máximo potencial, amparado en un sistema que les proporcionará las herramientas necesarias para su desarrollo y circunscrito en el seno de una familia de origen que ha participado en sus diversas etapas de la vida, pese a la lejanía, y (e) Existen elementos suficientes de resguardo para que, mediando la autorización respectiva, el padre mantenga el vínculo parental con sus hijos.

El tribunal agrega que, sobre la base de los hechos descritos, los jueces del fondo concluyeron que para los menores Adriano y Angelina “la salida del territorio nacional para radicarse en el país natal de la madre de ambos les permitirá alcanzar su mayor realización espiritual y moral posible, lo cual constituye la preocupación fundamental de los padres, según el artículo 222 del Código Civil, norma que está en plena armonía con la Convención de los Derechos del Niño promulgada como ley por Chile, en cuyo artículo 3º se dispone que en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Además, en la sentencia se reconoce que la resolución de alzada hace suya íntegramente la de primera instancia, sosteniendo que los informes periciales acompañados en autos resultan coincidentes en aconsejar la salida de los menores del territorio nacional, a cuyo efecto destaca algunas conclusiones y consideraciones de los informes evacuados, las que ponen en evidencia que el sentenciador resuelve el conflicto de intereses privilegiando el interés superior de los menores de autos. En efecto, en la sentencia se destaca que ellos mantienen internamente la percepción de ambas figuras, materna y paterna, de manera estable y segura, observándose niños emocionalmente estables, tranquilos y seguros, no obstante en la dinámica diaria recurren en forma espontánea y directa a la madre, siendo un elemento importante en el logro del desarrollo afectivo que han alcanzado; el padre, si bien se observa presente, es con menor necesidad de requerir de éste la protección y cuidados básicos, percibiéndolo ausente de las dinámicas cotidianas. Al mismo tiempo, se constata un hecho objetivo, que la madre en Chile carece de redes de apoyo familiar y que ante la ausencia de un elemento emocional que pueda alterar a los niños, aparece claro que el cambio de residencia no los perjudicaría en su desarrollo, siempre y cuando puedan mantener el vínculo con su padre, por los medios que sean necesarios, a través de alternativas presenciales o indirectas, considerando los avances tecnológicos; y se añade, en conexión con lo anterior, que la salida del país de los niños es la mejor opción, atendidas las características y recursos propios de la madre, la presencia y participación activa de una red familiar mayor, la seguridad económica y disminución del estrés que ello significaría para la madre y la disposición positiva de ésta en la necesidad de reforzar el vínculo entre sus hijos y el padre, a través de distintas medidas. Finalmente, se destaca que la autorización de salida reportaría a los niños Adriano y Angelina diversos beneficios en el plano social, personal y cultural, al insertarse en un país desarrollado a temprana edad, con apoyo de la familia extensa materna, accediendo a competencias educacionales, producto de un sistema educativo de reconocida excelencia.

De lo expresado en esta sección aparece cómo el sentenciador emplea al principio rector del interés superior del menor como criterio de resolución, considerándolo jerárquicamente superior respecto del interés de ambos progenitores, pese a que se privilegia el derecho de la madre en desmedro de aquél de que es titular el padre.

En lo que sigue del presente trabajo, nos detendremos en las reglas que el recurrente entiende infringidas y en el razonamiento jurídico del Tribunal para rechazar el recurso, entendiendo que sí procede en nuestro ordenamiento conceder una autorización como la que es objeto del caso controvertido.

II. EL RECURSO: LAS NORMAS DENUNCIADAS COMO INFRINGIDAS Y EL RAZONAMIENTO JUDICIAL PARA LA RESOLUCIÓN DEL CASO

En su recurso de casación en el fondo, el recurrente denunció como infringidos los artículos 1º, inciso 2º y 5º, en relación al artículo 5º, ambos de la Constitución Política, los artículos 3, 5, 7.1, 9, 18.1 y 18.2, 27.2 y 41, todos de la Convención sobre Derechos del Niño; los artículos 16 y 32 de la Ley Nº 19.968; los artículos 225 y 229 del Código Civil, y el artículo 49 de la Ley Nº 16.618.

El padre, recurrente de casación, asevera, en primer término, que el fallo impugnado transgrede las normas constitucionales que protegen y resguardan a la familia, contenidas en el artículo 1º de la Carta Fundamental. Seguidamente, considerando la disposición del artículo 5º del mismo cuerpo constitucional, que ordena el respeto y promoción de los derechos consagrados en tratados vigentes suscritos por Chile. Denuncia que se han transgredido numerosas disposiciones de la CDN, en la especie, los artículos 7.1 y 9.1 y 3, que reconocen el derecho de todo niño a tener una familia y vivir en ella y el deber del Estado de velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, a menos que se resuelva judicialmente y la separación sea necesaria atendido el interés superior del niño; así como su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, de manera regular, salvo si hay atentado contra su interés superior. En similar sentido, afirma que de los artículos 5, 18.1 y 27.2 de esta Convención se infiere el derecho a que ambos padres o, los miembros de su familia ampliada, asuman la responsabilidad de la crianza y desarrollo del niño, teniendo como preocupación fundamental su interés superior. Agrega que, para reforzar el principio de convivencia familiar, la Convención establece el deber del Estado de colaborar con las familias y promover el ejercicio de los roles parentales, deberes orientados a dar protección al derecho a la identidad del niño, a la asistencia en labores de crianza y a dar efectividad a los derechos del niño, lo que se desprendería de sus artículos 8.2, 18.2 y 27.3. En tercer término, vulnera el interés superior del niño, principio recogido en los artículos 16 de la Ley Nº 19.968 y 3 de la mencionada Convención, que impone la necesidad de asegurarle el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales y posibilitar la mayor suma de ventajas en todos los aspectos de su vida. Continúa, argumentando que el efecto probable de la autorización para que los niños se radiquen en Alemania junto a su madre, es la pérdida de la vinculación en forma directa con el padre y que esta circunstancia influirá en la forma en que perciben el mundo, dejando sin efecto la corresponsabilidad entre los padres que recogen los artículos 225 y 229 del Código Civil, principio que ordena que ambos padres, vivan juntos o separados, participen en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus

hijos. Esta corresponsabilidad se perfila positivamente como derecho del niño al cuidado, educación y contacto permanente de parte de ambos progenitores aunque estén separados y negativamente, pero concurrente, como derecho a no ser separado de sus padres, salvo cuando los exijan circunstancias especialmente graves en atención a la protección de su interés superior, lo que, a su modo de entender las cosas, no ocurriría en los autos. Sostiene, además, que el fallo quebrantaría el interés superior de los niños, vulnerando su derecho a mantener un régimen comunicacional fluido y directo con su padre, habida cuenta las dificultades que impondría la distancia física, vulneración que no se compensaría con las ventajas que el sentenciador asume, presentaría el traslado permanente de los niños a Alemania.

Finalmente, respecto de la infracción al artículo 49 de la Ley N° 16.618, argumenta que esta norma es perentoria y clara al ordenar que la sentencia debe señalar el lapso en que el menor se ausentará del país, exigencia establecida precisamente para el resguardo del derecho del padre a mantener una relación directa, estable y cercana con el menor. En su comprensión la sentencia habría omitido esta exigencia legal, autorizando a viajar a la madre con sus hijos sin obligación de regresar a Chile, ni cumplir con el régimen de relación directa y regular establecido judicialmente a favor del padre.

Por su parte, la sentencia dedica sendos considerandos a las infracciones de ley denunciadas por el recurrente, siendo de interés aquéllas referidas a las disposiciones de la CDN y la Constitución Política de la República, al interés superior del niño y a la norma del artículo 49 de la Ley N° 16.618.

En lo que concierne a la infracción a las disposiciones de la CDN el Tribunal Supremo expresa que ellas se agrupan del modo que sigue: a) Las que ponen de relieve la importancia de la familia y el derecho del niño a vivir en ella y a no ser separado de sus padres, salvo que lo aconseje su interés superior, así como el deber del Estado de velar porque aquello se cumpla; b) Aquellas que apuntan al derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, de manera regular, salvo si atenta contra su interés superior y vinculado a ello el derecho a que ambos padres asuman la responsabilidad de su crianza y desarrollo y el deber del Estado de colaborar con las familias y promover el ejercicio de los roles parentales, y c) Las que se refieren al interés superior del niño, como consideración primordial en la resolución de conflictos en que éste se encuentre involucrado.

Con respecto al primer y segundo grupo de normas infringidas la Corte previamente señala que el recurso omite indicar la forma en qué se violentarían las normas relativas a las materias indicadas, limitándose el recurrente a describir sólo el contenido de las mismas; empero, a partir de lo que se expone sobre la forma en que las supuestas infracciones habrían influido en lo dispositivo del fallo, queda en evidencia que el reclamo se basa en que la sentencia afectaría el derecho de los niños a tener una familia, separándola en lugar de fortalecerla y que al suprimir la figura del padre —privándolo de un régimen comunicacional— aquello impactaría su desarrollo, lesionando, en último término, el principio de su interés superior.

A juicio de la Corte, no es posible transgredir una norma programática como la del artículo 1º de la Constitución Política, que destaca el valor de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y consagra el deber del Estado en relación a su promoción y protección; por otra parte, en la especie, la actividad jurisdiccional se ha abocado a la resolución de un conflicto de una familia y los jueces no hacen ninguna distinción arbitraria en tal sentido –familia que de antemano ha decidido vivir en forma separada– y respecto de la cual no se discute la titularidad del cuidado personal de los hijos por parte de la madre. Continúa la Corte, aseverando que, si bien, las normas que consagran el principio de corresponsabilidad de ambos padres están orientadas a involucrar cada vez más a los dos progenitores en la crianza y educación de sus hijos, vivan éstos juntos o separados, lo cierto es que el cuidado personal de los hijos comprende la facultad de determinar el lugar de su residencia, tal como lo establece normativamente otra de las Convenciones suscritas por Chile, a saber, la Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de los niños, que dispone en su artículo 5º letra b) que “El derecho de ruición comprenderá el derecho relativo a los cuidados de la persona del niño y, en particular, el derecho a determinar su lugar de residencia”.

Y el artículo 9.1. de la CDN no se opone al ejercicio de la facultad de quien es titular del cuidado personal, de fijar el lugar donde se asienta con el niño, en la medida que sea controlado por el juez de familia encargado de resguardar el interés superior del niño, que incorpora, como elemento relevante, sino esencial, la mantención de la relación del hijo con el padre no custodio, como expresamente lo dispone la norma citada al indicar que: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de autorización judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño...”, agregando que tal separación puede ser necesaria, por ejemplo, “por descuido por parte de sus padres, o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión sobre el lugar de residencia del niño”. El sentenciador continúa afirmando que, por otra parte, la Convención, en el artículo siguiente, recoge como hipótesis probable que los padres residan en países diferentes, preocupándose –para el caso que concurra– por la mantención de la relación del niño con el padre que no lo tiene a su lado. El artículo 12 dice que “*El niño cuyos padres residan en Estados diferentes, tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres*”.

En la intelección de la Corte, es fundamental conciliar lo ordenado por estas disposiciones y, en último término, con la protección del interés superior del menor, en términos tales que, asumiendo que en supuestos que los padres tengan residencia en Estados diversos, el hijo tendrá la de su padre custodio, pero, al mismo tiempo, tiene derecho a mantener un relación personal y contactos directos con el padre no custodio, comprendiendo este derecho la facultad de incidir en su educación o en la adopción de otras medidas importantes en la vida y desarrollo del niño.

La Corte no desconoce —y mal podría hacerlo— que resulta evidente que el establecimiento de la residencia de un hijo o hija en el extranjero implica mayores esfuerzos para concretar la participación del padre que no vive con el niño; sin embargo, no llega a constituir un obstáculo para la concreción del principio de corresponsabilidad, en particular, si se considera el gran aporte que en la actualidad significan las nuevas tecnologías de la comunicación.

Estas consideraciones y, en especial, la última, serán suficientes para desestimar la infracción de las restantes normas denunciadas y que dicen relación con las materias agrupadas en las letras a) y b) ya referidas. En efecto, la medida decretada no debiera perturbar, menos infringir, el derecho de los niños a tener un nombre y una nacionalidad y a preservar el derecho a la identidad (artículos 7.1 y 8.2), como tampoco la responsabilidad que tienen ambos padres de impartir orientaciones a sus hijos de acuerdo a la evolución de sus capacidades (artículo 5), ni la responsabilidad en la crianza y desarrollo de los niños (artículo 18.1), en la medida que existen diferentes mecanismos a través de los cuales es posible hacer efectiva la comunicación regular entre el padre no custodio y sus hijos. Por otra parte, en contra del parecer del demandado, la salida de los niños para continuar viviendo con su madre en Alemania, se enmarca en lo que dispone el artículo 27.2., desde que se ha establecido como un hecho de la causa que esa nueva condición permitirá a la madre proporcionar a sus hijos mejores condiciones de vida de las que pueden disponer en nuestro país.

Hasta aquí el razonamiento de la Corte se orienta a establecer que el cuidado personal de un menor incorpora el derecho del progenitor titular a decidir su residencia y que la propia CDN prevé la hipótesis que los padres separados residan en Estados diversos y que, si es el caso, el juez deberá velar porque el hijo que establece su residencia en país extraño mantenga relaciones directas con el otro progenitor a objeto que el principio de la corresponsabilidad parental no sea vea vulnerado, aunque se reconoce que se hace más dificultosa su implementación.

Finalmente, el tribunal se pronuncia sobre la pretendida infracción al artículo 49 de la Ley N° 16.618, que el recurrente funda, básicamente, en el hecho que la sentencia impugnada no habría respetado la exigencia contenida en dicha norma, de establecer un plazo dentro del cual los niños debieran regresar a Chile, sosteniendo que no sería posible otorgar la mentada autorización de salida, en forma definitiva, con fines de radicación en el extranjero.

Al respecto, y tal como se ha explicado, el sentenciador, con apoyo en normas internacionales, entiende que el cuidado personal o la tuición de un niño menor de edad, comprende la facultad de determinar el lugar de la residencia del niño, en la medida que supone la convivencia de éste con quien lo tiene a su cuidado, no procede limitarla por la vía de exigir el establecimiento de un plazo dentro del cual el niño deba regresar al país, en el evento que el titular de la custodia determine radicarse en el extranjero, puesto que ello implicaría, derechamente, un obstáculo que priva de su ejercicio y,

por ende, una situación que habría debido ser regulada como una causal de término o cese del cuidado personal confiado al titular. Y se agrega que como la ley no la ha previsto en cuanto causa de cesación del cuidado personal y no existe norma alguna que prohíba a quien tiene el cuidado de sus hijos radicarse en el extranjero, siendo además una hipótesis prevista en la propia CDN que los padres residan en Estados diferentes. De esta manera, una interpretación lógica y sistemática de las normas involucradas en la materia, conduce, necesariamente, a establecer que el plazo a que alude el referido artículo 49, inciso sexto, de la Ley N° 16.618, no se aplica en la hipótesis en estudio. Y dentro de la interpretación lógica y sistemática, la Corte interpreta el precepto en términos que el plazo que naturalmente estaría implícito en casos como éstos, no sería otro que el de la mayoría de edad del niño o adolescente, o incluso aquél en que él mismo tenga su propia opinión sobre el punto, conforme a los presupuestos del principio de autonomía progresiva consagrado en la CDN.

Se añade en la sentencia que esta interpretación no impide que la autorización solicitada para ese efecto no deba someterse a la ponderación sobre los beneficios o ventajas que el traslado de residencia conlleve para el niño, desde que para adoptar sus decisiones el juez siempre deberá atender, como consideración primordial, al interés superior del niño, conforme lo establecen los artículos 222 y 245 inciso final, ambos del Código Civil y artículo 3 de la CDN. Asimismo, el juez habrá de tomar en consideración la mantención de la relación con el padre no custodio, velando porque se establezcan mecanismos idóneos para una comunicación regular, no obstante la distancia física, lo que puede comprender el regreso periódico al país del niño o adolescente, o la visita de éste al lugar de residencia del niño con la frecuencia que sea del caso, entendiendo que la mantención de dicha relación, salvo excepciones calificadas que el juez habrá de determinar, integra el contenido del interés superior del niño. Es por esta razón que el juez *a quo* deberá introducir las adecuaciones que se estimen necesarias al régimen comunicacional existente a fin de asegurar la comunicación regular entre el padre y sus hijos con residencia en país extranjero.

III. AUSENCIA DE REGULACIÓN PARA AQUELLOS CASOS DE AUTORIZACIÓN PARA SALIR DEL PAÍS Y FIJA RESIDENCIA INDEFINIDA EN EL EXTRANJERO. INTEGRACIÓN DE LA LAGUNA LEGAL

Si bien se comparte el razonamiento de la Corte y se recoge especialmente el argumento normativo en orden a que el cuidado personal envuelve el derecho del padre o madre custodio de definir el lugar de residencia del menor, más aún cuando la ley chilena no prevé como causa de pérdida del derecho al cuidado personal el cambio de residencia o fijación de la misma en otro Estado, menos cuando se trata de padres separados que la tienen en Estados diversos. Y al argumento también hemos de sumar que la propia CDN prevé la hipótesis de padres separados que tengan su residencia en diversos Estados.

El punto de partida, a mi modo de ver, es que nuestro legislador no prevé la posibilidad de autorización para salida al extranjero y fijar su residencia en otro país

junto al progenitor custodio, menos las condiciones bajo las cuales debiera otorgarse. En efecto, el inciso 2° del artículo 49 de la Ley N° 16.618, se limita a disponer que: “En caso de que no pudiese otorgarse (la autorización para la salida de menores desde Chile) o sin motivo plausible se negare la autorización por uno de aquellos que en virtud de este artículo deberá prestarla (en este caso el padre) podrá ser otorgada por el juez de letras de menores del lugar donde tenga su residencia el menor”. Y agrega que: “El juez, para autorizar la salida del menor en estos casos, tomará en consideración el beneficio que le pudiese reportar y señalará el tiempo por el que se concede la autorización”.

La sola lectura de la disposición transcrita permite concluir que ella, ni ninguna otra disposición, resuelve la hipótesis probable de salida de un menor, junto a su padre o madre custodio, para fijar su residencia en forma indefinida en el extranjero, sino que ella resuelve un caso particular, el de la salida temporal del menor junto a cualquiera de sus progenitores, tengan o no su cuidado personal; así se explica que se le exija al juez la fijación de un plazo para el retorno.

No hay duda que el caso sobre el cual se pronuncia la sentencia de la Corte Suprema no está resuelto por la ley chilena, por lo que mal podría resolverse, negando la autorización, aplicando la letra del precepto transcrito, a pesar de que no son pocas las sentencias que, en ese solo argumento —la literalidad del precepto—, deniegan la solicitud del progenitor custodio que pretende fijar su residencia, junto a la de su hijo, en el extranjero, provocando o la renuncia forzada del derecho al cuidado personal o la retención de la madre o padre en Chile como país de residencia, sin considerar ni el interés superior del menor ni menos las normas de tratados internacionales que resultan pertinentes⁵.

Ni la literalidad del citado artículo 49, ni el hecho que la ley no resuelva la hipótesis planteada en estas líneas —el vacío legal—, pueden representar un obstáculo para autorizar la salida al extranjero del menor junto a su progenitor, en los términos que se han venido explicando. En estos casos, el juez debe integrar la ley y en esta tarea la integrará —como lo hace la sentencia de la Corte Suprema— aplicando directamente las normas de las convenciones internacionales ratificadas por Chile, que sí prevén la situación sobre la que recae el asunto controvertido y el principio general de protección del interés superior del menor, actuando sus funciones de interpretación e integración del Derecho vigente.

De esta forma, pese a compartir la resolución de la Corte Suprema, resulta imperinente intentar justificarla torciendo el tenor literal de la norma al punto de entender que el plazo a que refiere el citado artículo 49 sería hasta que el menor alcanzara la mayoría de edad o bien hasta que pueda ser oída su opinión. No es ese, ni nunca pudo

⁵ Corte Suprema, 14 de octubre de 2015, en causa rol N° 1624-2015. Si bien no es el único argumento esgrimido por el sentenciador, es el que, en definitiva, sirve de sustento para dejar sin efecto la sentencia de alzada y denegar la autorización. El sentenciador aplica, para resolver el caso, el precepto del artículo 49.

ser, el sentido de la norma: ella alude al plazo de duración de la estadía temporal en el extranjero.

Para los efectos que nos interesan, hemos de considerar, tal como anticipamos, que los artículos 9 y 10 de la CDN prescriben expresamente sobre la situación que nos ocupa, la de los padres que vivan separados con residencia en Estados diversos y que el niño deba ser separado de uno de ellos fijando su residencia con el otro. Estas dos disposiciones vienen a colmar la laguna legal denunciada. Y es el artículo 10 el que, adicionalmente, reconoce al niño que es separado de uno de sus padres el derecho a mantener periódicamente relaciones personales y contactos directos y periódicos con ambos padres, imponiendo a los Estados partes la obligación de facilitar el cumplimiento del régimen comunicacional que se acuerde o se imponga.

Cabe destacar que la sentencia que comentamos no omite esta consideración desde que, junto con resolver sobre la conveniencia de la fijación de la residencia de los menores en el extranjero, resalta la importancia que ellos mantengan una relación permanente con su padres, la que pese a la distancia sea vería favorecida por el actual estado de los medios tecnológicos.

Entonces, será tarea del juez al autorizar la salida de menor para fijar su residencia permanente en país extranjero con uno de sus progenitores, definir las condiciones del régimen comunicacional de relación directa y regular con el otro, que sean las más adecuadas y favorables a su interés superior, resultando plenamente aplicable el principio del artículo 225 y la regla del artículo 229, ambos del Código Civil. La circunstancia que se trate padres con residencia en Estados diversos no impide la realización de esta tarea por parte del juez que conoce del asunto controvertido. Entonces, en un caso como el planteado, el Tribunal, junto con autorizar la salida del menor para fijar su residencia en el extranjero, deberá establecer el régimen de relación directa y regular que satisfaga las exigencias que impone el artículo 10 de la CDN.

Todo lo expresado no podemos entenderlo en el sentido que, siempre que los padres tengan su residencia en Estados diversos, el juez deberá conceder al menor la autorización de salida al extranjero para fijarla junto a su padre o madre custodio, sino que aquello ocurrirá siempre y cuando, de acuerdo al interés superior del menor, habida cuenta las circunstancias del caso y la proyección del futuro previsible en el plano de su realización material y espiritual, así lo aconsejen. El conflicto de intereses entre los progenitores se resuelve conforme el criterio del interés superior del niño o niña o adolescente.

BIBLIOGRAFÍA

CILLERO BRUÑOL, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño". En AA.VV. *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 1999, disponible en línea: www.unicef.org.

COUSO SALAS, Jaime, "El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído", en *Revista de Derechos del Niño*, N°s. 3-4, 2006.

RAVETLLAT BALLESTE, Isaac y PINOCHET OLAVE, Ruperto. "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". *Rev. Chilena de Derecho* [online]. 2015, vol. 42.