



## **PROYECTO DE LEY QUE INTRODUCE MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL, A FIN DE ESTABLECER EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO ELEMENTO PRINCIPAL EN LA DETERMINACIÓN DE GUARDAS.**

---

### **I. IDEAS GENERALES.**

Los incapaces, requieren para el ejercicio de sus derechos dentro de la vida jurídica, de un representante legal que vele por sus intereses y los salvaguarde. Cuando estamos ante menores de edad, el legislador dispone que este grupo queda sujeto a patria potestad -que es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados- y al cuidado personal, correspondiéndole el ejercicio de estos derechos a ambos padres de consuno o a alguno de ellos, según las circunstancias del caso.

Por su parte, si nos encontramos ante hijos cuyos padres falten, es decir, hijos que no se encuentran sujetos a patria potestad por parte del padre o la madre, el ordenamiento jurídico dispone que éstos hijos -en cuanto menores de edad- deben sujetarse al sistema de guardas<sup>1</sup>, nombrándose un tutor o curador. Con todo, el Código Civil distingue entre guardas testamentarias, legítimas y dativas, donde:

- Testamentaria: se constituyen por acto de testamento.
- Legítimas: se confiere por ley a ciertos parientes, que son llamados en un orden determinado, establecido en el Código Civil.
- Dativas: conferidas por el juez conforme lo dispuesto en el artículo 353 del Código Civil.

---

<sup>1</sup>Art. 338. Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que pueda darles la protección debida. Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores y generalmente guardadores.



Si bien estas normas parecieran no representar un mayor conflicto, lo que sí es efectivo es que las guardas siguen la lógica del Derecho Romano, sin que se hayan efectuado modificaciones sustanciales que permitan adaptar estas instituciones a los tiempos que corren. Y es que, mientras el derecho de familia vigente ha sufrido procesos de reforma profundos, que adecuaron la legislación vigente a los estándares nacionales e internacionales que ponen en el centro los derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados en dichos procesos, y que suprime discriminaciones arbitrarias entre padre y madre, las normas relativas a las guardas siguen reguladas bajo una lógica antigua, donde se privilegian las razones de parentesco sin mayor consideración sobre la conveniencia o el beneficio que reporta la preferencia de un pariente sobre otro.

En efecto, podemos encontrarnos con una pluralidad de casos conflictivos donde la regulación de curaduría puede ser vulneradora de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, como lo son los casos de violencia contra la mujer, donde se termina lamentable con la muerte de la madre a manos del padre, pudiendo los hijos quedar sujetos a guarda por parte de los abuelos paternos.

Al respecto, se ha sostenido por que dicha distinción causa una diferencia arbitraria entre niños, niñas o adolescentes cuyos padres están vivos, y niños, niñas o adolescentes cuyos padres faltan. Y es que en el primero de los casos, la determinación de la patria potestad y el cuidado personal se da a la luz de los requisitos establecidos en los artículos 225 y siguientes del Código Civil, que entre otras cosas, considera como elemento la opinión del niño, niña y adolescente, y el interés superior de éste. En cambio, en el segundo de los casos, no encontramos con un orden de preferencia preestablecido que no permite mayor flexibilidad<sup>2</sup> y que no tiene en consideración al interés superior del niño, niña o

---

2Art. 367. Los llamados a la tutela o curaduría legítima son, en general:

Primeramente, el padre del pupilo;

En segundo lugar, la madre;

En tercer lugar, los demás ascendientes de uno y otro sexo;

En cuarto lugar, los hermanos de uno y otro sexo del pupilo, y los hermanos de uno y otro sexo de los ascendientes del pupilo.

Si no hubiere lugar a la tutela o curaduría del padre o madre, el juez, oídos los parientes del pupilo, elegirá entre los demás ascendientes, y a falta de ascendientes, entre los colaterales aquí designados, la persona que le pareciere más apta, y que mejores seguridades presentare; y podrá también, si lo estimare conveniente, elegir más de una, y dividir entre ellas las funciones.



adolescente, pudiendo incluso derivar de su aplicación, soluciones que resulten contrarias a dicho interés, toda vez que para la determinación de la identidad del familiar llamado asumir el rol de curador, bastaría sólo con escuchar al defensor de ausentes.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 16 de la ley N° 19.968, que exige al tribunal considerar el interés superior del niño y su derecho a ser oído en la resolución de cualquier asunto que le concierna. Estas normas si bien se encuentran vigentes y son vinculantes, a veces no resultan ser aplicadas en la práctica, sobre todo porque en materia de guardas pareciera ser que es el legislador es quien determinó el orden en que resultarán llamados los familiares para asumir el rol de curador, siendo el juez un mero aplicador de la norma; causándose confusión en la aplicación de las normas.

Lo anterior, por cierto, queda de manifiesto en Sentencia Rol 2867-15, de Tribunal Constitucional en virtud del cual una jueza de familia, presentó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en favor de dos niñas, quienes verían infringidas sus garantías constitucionales de igualdad ante la ley e igual protección de los derechos, al establecer el artículo 367 del Código Civil, preferencia de los ascendientes por sobre los hermanos, estando el tribunal de familia obligado a conferir por tanto la curaduría legítima al abuelo materno, cuando el interés superior de las niñas indicaría que lo mejor sería conferirlo a su hermano.

Así las cosas, consideramos esencial que se consagre de forma expresa en nuestro Código Civil, que la determinación de las guardas, especialmente en lo que refiere a la curaduría legítima, deberá determinarse considerando especialmente el interés superior del niño, niña o adolescente.

## **II. IDEA MATRIZ**

El presente proyecto de ley busca consagrar al interés superior del niño como elemento decisor al momento de establecer una guarda en favor de un menor de edad,



disponiéndose la obligación del tribunal de escuchar al niño, niña y/o adolescente, y considerar su interés superior como elemento final en la atribución.

### **III. PROYECTO DE LEY.**

Artículo único: Agréguese un nuevo inciso final, dentro del artículo 367 del Código Civil de acuerdo al siguiente texto:

“El tribunal tendrá en especial consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, al momento de determinar la persona sobre la cual recaerá la curaduría legítima, no estando obligado a respetar el orden de prelación señalado en el inciso primero de este artículo, cuando ello resultare contrario al interés superior del niño, niña o adolescente.”





FIRADO DIGITALMENTE:  
H.D. NICOLÁS NOMAN G.



FIRADO DIGITALMENTE:  
H.D. ENRIQUE VAN RYSSELBERGHE H.



FIRADO DIGITALMENTE:  
H.D. RENZO TRISOTTI M.



FIRADO DIGITALMENTE:  
H.D. SERGIO GAHONA S.



FIRADO DIGITALMENTE:  
H.D. OSVALDO URRUTIA S.



FIRADO DIGITALMENTE:  
H.D. JUAN ANTONIO COLOMA A.



FIRADO DIGITALMENTE:  
H.D. SANDRA AMAR M.



FIRADO DIGITALMENTE:  
H.D. JUAN FUENZALIDA C.



FIRADO DIGITALMENTE:  
H.D. CRISTIAN MOREIRA B.



FIRADO DIGITALMENTE:  
H.D. NORA CUEVAS C.

