

EN LO PRINCIPAL: INFORME QUE INDICA
PRIMER OTROSÍ: LEGITIMACIÓN ACTIVA
SEGUNDO OTROSÍ: ACREDITA PERSONERÍA
TERCER OTROSÍ: FORMA DE NOTIFICACIÓN

**EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
(Cuarta Sala)**

PATRICIA MUÑOZ GARCIA, abogada, Defensora de la Niñez, domiciliada para estos efectos en calle Carmen Sylva N° 2449, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, en autos sobre Recurso de Queja, **ROL N° [REDACTED]**, a V.S. Excelentísima respetuosamente digo:

Que, en virtud de lo establecido en el 4º letra j) de la ley 21.067, que Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, vengo en presentar informe en calidad de “Amicus Curiae” a fin de dar a conocer a V.S. Excelentísima, por escrito, una opinión técnica, comentarios, observaciones y sugerencias sobre las materias relativas a mi competencia.

I. Antecedentes.

El día 19 de agosto de 2018 el Tercer Juzgado de Familia de Santiago, en causa Rit [REDACTED] en materia de Secuestro Internacional respecto de los niños de iniciales [REDACTED], Cédula de Identidad N° [REDACTED], nacido el [REDACTED] y [REDACTED], Cédula de Identidad N° [REDACTED], nacida el [REDACTED], accedió a la solicitud realizada por el Estado de Portugal respecto de la restitución de los niños ya referidos.

En el Considerando SEPTIMO de la Sentencia se hace referencia a los principios tenidos en cuenta para acoger dicha solicitud, mencionándose el principio de la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores donde prima el “arraigo” de los niños, señalándose que el interés superior de los niños no se ha visto afectado dado que las vulneraciones que alegó la parte demandada, y que habrían tenido lugar en Portugal, no fueron suficientemente probadas.

La parte afectada por la sentencia, presentó recurso de apelación respecto del fallo recurrido, conociéndose dicha causa ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, que luego de los alegatos de rigor, falló lo siguiente:

“Vistos: Se confirma la resolución apelada de diecinueve de junio de dos mil dieciocho, dictada por el Tercer Juzgado de Familia de Santiago. Comuníquese y devuélvase. N°Familia [REDACTED]” (ROL [REDACTED]).

La parte afectada, presenta un recurso de queja respecto de los Ministros que dictaron el fallo señalado en el párrafo anterior, recurso que genera la presente causa.

II. Amicus Curiae

La institución del Amicus Curiae, o amigo del tribunal, es una figura que permite a terceros ajenos a un conflicto jurídico, ofrecer opiniones para la resolución del proceso.

Así, se sostiene que el Amicus Curiae permite que terceros ajenos a un proceso ofrezcan opiniones de trascendencia para la solución de un caso sometido a conocimiento judicial, justificando su interés en su resolución final¹.

Este tipo de intervención ayuda a mejorar el nivel de transparencia en los procesos judiciales, eleva el nivel de discusión y abre el debate de la temática en litigio, especialmente en aquellos casos donde se encuentre comprometido el interés público o exista una trascendencia social que supere las particularidades del caso concreto.²

El Amicus Curiae es una herramienta utilizada por varios organismos, dentro de los cuales se encuentran los Defensores del Pueblo u Ombudsperson, ya que es una herramienta que se les entrega en varios países como una alternativa efectiva de intervención judicial.

III. De la Defensoría de los Derechos de la Niñez

La Defensoría de los Derechos de la Niñez, es una corporación autónoma de derecho público, creada por ley N° 21.067, de fecha 29 de enero de 2018, habiéndose me nombrado como primera Defensora de la Niñez, mediante Decreto Supremo N° 008, de 23 de abril de 2018, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. La Defensoría de los Derechos de la Niñez comenzó sus funciones el día 29 de junio de 2018.

El artículo 2º de la Ley N° 21.067 establece que la Defensoría de los Derechos de la Niñez tendrá por objeto la *difusión, promoción y protección de los derechos de que son titulares los niños*, de acuerdo a la Constitución Política de la República, a la Convención sobre los Derechos del Niño y a los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, así como a la legislación nacional, velando por su interés superior.

La Defensoría de los Derechos de la Niñez es una institución que ha sido creada por nuestra institucionalidad para velar por los derechos humanos de todos los niños, niñas y adolescentes del país.

Dentro de las funciones y atribuciones dispuestas por la Ley N° 21.067, el artículo 4º letra j) establece que corresponderá especialmente a la Defensoría de los Derechos de la Niñez:

“j) Actuar como amicus curiae ante los tribunales de justicia, pudiendo realizar presentaciones por escrito que contengan su opinión con comentarios, observaciones o sugerencias en los casos y las

¹ Nápoli, Andrés y Vezzulla, Juan Martín. “El amicus curiae en las causas ambientales”, [“http://www.farn.org.ar/arch/El%20Amicus%20](http://www.farn.org.ar/arch/El%20Amicus%20)

² “Exposición de motivos para la legislación de la figura del Amicus Curiae en la Jurisdicción Federal/Nacional en la República Argentina”, p. 1, en [“http://www.cedha.org.ar/es/documentos/amicus_curiae.php”](http://www.cedha.org.ar/es/documentos/amicus_curiae.php) (Consulta: 24 de agosto del 2009), citado por DEFENSORIA DEL PUEBLO DE PERU, en “El amicus curiae: ¿qué es y para qué sirve? Jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo”, p. 18.

materias relativas a su competencia. La presentación de la opinión escrita no conferirá a la Defensoría la calidad de parte ni suspenderá o alterará la tramitación del procedimiento. El tribunal deberá siempre pronunciarse respecto de dicha opinión en la sentencia. No podrá ejercerse esta facultad cuando la Defensoría haya actuado en el juicio de cualquier forma”.

IV. Del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores bajo estándares de derechos humanos

El Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores es un tratado de derecho internacional privado, suscrito y ratificado por Chile, mediante Decreto N° 386, de 17 de junio de 1994, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores es un tratado multilateral que tiene como objetivo la protección de los niños de los efectos perjudiciales de la sustracción y la retención que traspasan las fronteras internacionales, proporcionando un procedimiento para conseguir su pronta restitución.³

El Convenio de la Haya referido, “no pretende involucrarse en cuestiones de custodia, sino que hace efectivo el principio de que todo niño que ha sido sustraído debe ser reintegrado inmediatamente al Estado de su residencia habitual”⁴.

Si bien el Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores es un tratado internacional de naturaleza procesal, la aplicación del mismo debe estar en consonancia con las demás normas sustantivas y, particularmente, con los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes que puedan verse involucrados en los procedimientos a que da lugar.

V. Consideraciones sobre la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores, teniendo en consideración la perspectiva de infancia.

En razón de lo anterior, y actuando como *amicus curiae*, a través del presente informe ponemos a disposición de Ssa. Excelentísima nuestra opinión jurídica, sustentada en las consideraciones existentes en materia de derechos humanos y los estándares relativos a la aplicación del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, las que respetuosamente solicito se tengan presente en todos los casos de esta índole sometidos a su conocimiento.

En igual sentido, y según dispone el artículo 4º, letra j), de la Ley N° 21.067, solicito a Ssa. Excelentísima que en la sentencia se pronuncie sobre los estándares que a continuación desarrollo y, en específico, respecto del respeto irrestricto que debe existir al interés superior de los niños involucrados en la presente causa sometida a su conocimiento.

³ <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>.

⁴ MONTERO, ALEJANDRA FABIOLA PINO; LÓPEZ, EDUARDO ANDRÉS QUIROZ. Análisis doctrinario y Jurisprudencial del Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. 2015.

1. Concepto de Interés superior del Niño.

El interés superior de los niños, niñas y adolescentes es un principio rector que funda nuestro ordenamiento jurídico en todas aquellas materias que los involucran. Este concepto de interés superior es antiguo y si bien ha sido catalogado por algunos autores como difuso, sí se ha delimitado lo que contempla.

Así, la profesora Fabiola Lathrop Gómez, señala que el interés superior del niño, niña o adolescente *“Es un principio cuya definición se encuentra en desarrollo, o dicho de otro modo, forma parte de los denominados conceptos indeterminados (por medio del cual la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir un supuesto concreto que permite que sea precisado luego en el momento de su aplicación) relativos o abstractos, que adquieren verdadera dimensión cuando son aplicados al caso concreto. No obstante, podemos afirmar que su cumplimiento equivale al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente. Diversas disposiciones se refieren al interés del niño, pero sin entrar a describir su contenido; es la técnica denominada clausula general, por la cual los conceptos no se definen en la ley, sino que se refieren a realidades indeterminadas que sólo llevadas a situaciones concretas conducen a una solución determinada.”*⁵

Por su parte, esta Excelentísima Corte Suprema, al fallar un recurso de casación interpuesto contra sentencia confirmada por la Corte de Apelaciones de Iquique, en la causa RIT N° [REDACTED], RUC N° [REDACTED], del Juzgado de Familia de Iquique, caratulada “[REDACTED] con [REDACTED]”, señala, en su Considerando Décimo: *“Que, de otro lado, el interés superior del niño constituye un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico y de mayor relevancia para la decisión en este tipo de materias. Dicho principio, aunque difícil de conceptualizar queda claro que alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente y su finalidad cubre, el desarrollo de los potenciales del menor y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida”*⁶.

2. Necesidad de tener en cuenta en las resoluciones judiciales el interés superior de niños, niñas y adolescentes.

El Estado de Chile ratificó la Convención de los Derechos del Niño, de 1989, en el año 1990, por lo que ésta pasó a ser parte de las leyes de la República, en virtud del artículo 5º de la Constitución Política de la República. La Convención de los Derechos del Niño consagra, en su artículo 3º, precisamente el principio del Interés superior del niño.

Dicho artículo señala:

⁵ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *Cuidado personal de los hijos*. En Análisis de la ley de Matrimonio civil y Tribunales de Familia, Editorial Punto Lex S.A, 2005, páginas 33 y 34

⁶ MEDINA LEMA, María Consuelo. *El concepto del interés superior del niño: su alcance en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia*. 2015. Tesis Doctoral. Universidad Católica de la Santísima Concepción, p 34.

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

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la 11 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de la Niña ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

Así, como medidas legislativas, el principio de interés superior del niño se encuentra contemplado en diversas normas vigentes en Chile, tales como aquellas contenidas en nuestro Código Civil; en la Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia; en la Ley N° 21.057, que Regula entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales y en la reciente promulgada Ley N° 21.067, que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, entre otras. Además, lo anterior se ve reflejado en la actual tramitación legislativa que se está desarrollando de varios proyectos de ley en materia de niñez y adolescencia en el Congreso Nacional, todos los que tienen como uno de los principios fundantes de su surgimiento el interés superior del niño.

Además, y como medidas administrativas adoptadas como consecuencia de la ratificación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, en Chile se está creando, de manera bastante tardía habiendo transcurrido ya 28 años de su ratificación, una nueva institucionalidad responsable de la niñez y la adolescencia, en la que se encuentran involucrados distintos Ministerios sectoriales del Poder Ejecutivo.

El interés superior de los niños, niñas y adolescentes tiene profuso reconocimiento internacional, en diversos tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y existe abundante desarrollo de los derechos de los niños por parte de los órganos de tratados del sistema de Naciones Unidas, mediante las Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos y del Comité de Derechos del Niño.

En virtud de lo anterior, es necesario tener presente, al menos, 3 normas internacionales que, a juicio de esta Defensora de la Niñez, merecen especial atención por su importancia y por su relación con las circunstancias específicas de los niños vinculados a las causa sometida a su conocimiento:

- La primera norma es la ya referida al artículo 3º de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, en tanto *“todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración de su interés superior”* y que tienen que ser adoptadas por tribunales y autoridades;
- La segunda norma es el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que señala que *“todo niño tiene derecho, sin discriminación [...] a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”;*

- Y, considerando la redacción en casi idénticos términos al artículo precedente, la tercera norma que es necesario atender es el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las tres normas anteriores, como se desprende de su tenor literal, se refieren a la especial consideración del interés superior de los niños en todas aquellas medidas que se tomen a su respecto, incluidas las medidas de protección que su condición requiere. Dichas normas, como es de conocimiento de Ssa. Excelentísima, forman parte integrante del ordenamiento jurídico nacional, por disposición del artículo 5º, inciso 2, de la Constitución Política de la República, y el principio rector de interés superior del niño ha sido entendido en tales términos en las propias normas chilenas de rango legal.

Por su parte, si bien el Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores es un tratado de naturaleza procesal, su aplicación concreta exige tener en cuenta el interés superior de niños, niñas y adolescentes que se vean involucrados en la aplicación del mismo, razón por la cual, a juicio de esta Defensora de la Niñez, todo resultado del ejercicio jurisdiccional necesariamente debe contemplar un pronunciamiento al respecto. Es decir, en todos aquellos asuntos relativos al Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, además de la aplicación de las normas procesales allí contempladas, las decisiones alcanzadas también deberán considerar la aplicación de normas sustantivas de derechos humanos, especialmente aquella que resulta ineludible de atender y resguardar por el tribunal y cualquier órgano del Estado, correspondiente al interés superior de niños, niñas y adolescentes.

En tal sentido, el documento denominado “Informe explicativo”, de Dña. Elisa Pérez-Vera⁷ advierte que: *“la parte dispositiva del Convenio no contiene referencia explícita al interés del menor como criterio corrector del objetivo convencional, que consiste en garantizar el retorno inmediato de los hijos trasladados o retenidos de forma ilícita. **No obstante, no cabe deducir de este silencio que el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver todos los problemas que les afectan. Todo lo contrario, ya en el preámbulo, los Estados firmantes declaran estar “profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”**: justamente, esa convicción les ha llevado a elaborar el Convenio, “deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos”*⁸.

Los objetivos del Convenio, entonces, responden en su conjunto a una concepción determinada del interés superior del niño⁹, y por ello es que el Convenio *“reconoce ciertas excepciones a la obligación general asumida por los Estados de garantizar el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita. En la mayoría de los supuestos, tales excepciones no son*

⁷ Elisa Pérez-Vera de 1982 Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Disponible en http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.publications&dtid=3&cid=24

⁸ Elisa Pérez-Vera de 1982 Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Disponible en http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.publications&dtid=3&cid=24 párrafo 23

⁹ Elisa Pérez-Vera de 1982 Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Disponible en http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.publications&dtid=3&cid=24

*más que manifestaciones concretas del principio demasiado impreciso que proclama que el interés del menor es el criterio vector en la materia*¹⁰.

Por tanto, corresponderá evaluar en cada caso si el interés superior niños, niñas o adolescentes justifica una decisión en base a la excepción que permite la obligación general del Convenio de garantizar el retorno inmediato de los menores trasladados o retenidos en forma ilícita. Lo cual está establecido en el artículo 13 del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, el cual consigna:

Artículo 13

No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:

a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o

*b) **existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.***

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

*Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor*¹¹.

Según lo anterior, si una persona, institución u organismo se opone a la restitución de un niño, niña o adolescente, la decisión final sobre su destino se deberá hacer cargo de la concurrencia o no de las hipótesis que habilitan las excepciones a la restitución. Circunstancias en que los estándares desarrollados, por ejemplo, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aquellos casos en que ha debido conocer procedimientos de aplicación del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores resultan iluminadores. Ello en tanto el Sistema Europeo de Derechos Humanos, a diferencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos de aplicación del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Respecto del Convenio de la Haya, el Tribunal Europeo ha sostenido lo siguiente:

- “70 [...] El Tribunal señala a este respecto que en el caso de *Maumousseau y Washington*, antes citada, se explicó que el concepto de “interés superior” del niño es también una

¹⁰ Elisa Pérez-Vera de 1982 Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Disponible en http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.publications&dtid=3&cid=24

¹¹ El subrayado es nuestro.

*consideración primordial en el contexto de los procedimientos previstos en el Convenio de La Haya*¹².

- A mayor abundamiento, el TEDH ha establecido:
72. *Haciendo hincapié en los intereses supremos del niño en asuntos de este tipo, la equidad procesal consagrado por el artículo 8 § 2 de la Convención establece que los tribunales nacionales deben prestar el debido respeto a las reclamaciones interpuestas por las partes a la luz del artículo 13 (b) de la Convención de La Haya. Esto es para asegurar que el regreso de un niño otorga en [pos] de sus mejores intereses y no como una medida puramente procesal previsto por la Convención de La Haya, que es un instrumento de carácter procesal y no un tratado de derechos humanos (ver Neulinger y Shuruk, antes citada, § 145, y, más recientemente, Šneerson y Kampanella, antes citada, § 92).*
73. *A la luz de la obligación de realizar un examen a fondo de toda la situación familiar y en vista de las conclusiones del informe psicológico, el órgano jurisdiccional nacional debería haber evaluado si había otras garantías suficientes en el lugar con el fin de hacer que el niño volviera, [según] sus mejores intereses (ver Maumousseau y Washington, antes citada, § 72). [...]*
- En definitiva, el TEDH se ha referido al interés superior del niño sosteniendo lo siguiente:
*"51. Ni el grupo de trabajo durante la redacción de la Convención ni el Comité de los Derechos del Niño ha desarrollado el concepto de interés superior del niño o propuesto criterios para su evaluación, en general o en relación con las circunstancias específicas. Ambos se han limitado a afirmar que todos los valores y principios de la Convención deben aplicarse a cada caso en particular (véase, Fondo de las Naciones Unidas Rachel Hodgkin y Peter Newell (eds.), Manual de implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño 1998, p. 37). Además, el Comité ha subrayado en varias ocasiones que la convención debe ser considerada en su conjunto, con la relación entre los distintos artículos que se tenga en cuenta. **Cualquier interpretación debe ser coherente con el espíritu de ese instrumento y debe centrarse en el niño como un individuo que tiene los derechos civiles y políticos y sus propios sentimientos y opiniones** (ibid, p. 40).*
52. De acuerdo con las *"Directrices para la determinación del interés superior del niño"*, emitido por el Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados: **"Mejores intereses"** El término describe ampliamente el bienestar de un niño. **Tal bienestar está determinado por una serie de circunstancias individuales, como la edad,**

¹² El Tribunal Constitucional ha dictado una sentencia de fecha 1 de febrero de 2015 por la que anula un auto de la AP Valencia por el que se ordenaba la restitución inmediata de una menor a la residencia habitual de su padre en Suiza, pese a que dicho progenitor se encuentra imputado en España por un delito de violencia de género.

La madre de la menor, con quien la niña reside en España, se había negado a dicha restitución y, ante la orden de ejecución de la sentencia de la Audiencia Provincial, sin haber agotado toda la vía judicial ordinaria, acudió directamente al Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional respondió admitiendo a trámite el caso por la "urgencia excepcional" del recurso y ordenando la paralización de la entrega de la menor que había dictado la Audiencia Provincial hasta que no se dictara sentencia.

En concreto, el TC apreció que concurría una "especial trascendencia constitucional" porque el recurso planteaba un problema o afectaba a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no existía doctrina. "La ejecución produciría un perjuicio de imposible o muy difícil reparación que haría perder su finalidad al recurso de amparo", dijo entonces la Sala Segunda del Alto Tribunal.

El TC otorga el amparo por entender que el auto recurrido no motiva suficientemente el interés superior del menor, prevalente en estos casos.

Fuente: <http://www.ortizcondeabogadosblog.com/2016/02/el-tc-ampara-a-una-madre-que-se-nego-a-restituir-a-su-hija-al-padre-imputado-por-maltrato-por-no-haberse-ponderado-adecuadamente-el>

el **nivel de madurez del niño**, la presencia o ausencia de los padres, el medio ambiente y las experiencias del niño" (Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño, mayo de 2008)".

3. Necesidad de lograr un equilibrio justo entre los intereses contrapuestos de los niños, niñas y adolescentes y los padres en asuntos de este tipo, y la necesidad de realizar un examen de fondo.

Establecido ya que el principio rector en causas donde se estén definiendo situaciones que tengan relación con el bienestar integral de niños, niñas y adolescentes es el interés superior del niño, éste debe conjugarse, de manera obligatoria, con otros principios que resulten aplicables en la causa en cuestión. Ello lo ejemplifica las citas señaladas en el punto 2, precedente.

Así Ssa. Excelentísima, además del interés superior del niño, debe tenerse en consideración otro derecho fundamental de todo niño, niña o adolescente, consagrado en el artículo 8º de la Convención Sobre los Derechos del Niño, que corresponde a la "preservación de la identidad". Así, esta norma señala que:

1. *Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño y preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias lícitas.*
2. *Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente a su identidad.*

Es por lo anterior que existen tres principios que resultan necesarios de atender de forma expresa. El *interés superior del niño*, el principio rector de la Convención de La Haya, correspondiente al *arraigo* de los niños y el principio de *preservación de su identidad*, los que en cada caso concreto, con un análisis de fondo que atienda a las específicas necesidades y características de niños, niñas y adolescentes involucrados en los casos, deberán ser aplicados de forma tal que lo que se resguarde sea el efectivo desarrollo y bienestar integral del niño, niña o adolescente, razón por la que siempre, de existir algún tipo de contradicción, debe primar el interés superior del niño respecto de los demás.

Para ejemplificar lo anterior, podemos señalar que Tribunal Europeo de Derechos Humanos también estableció la necesidad de que las autoridades nacionales logren un justo equilibrio entre los intereses contrapuestos de los niños y los padres en asuntos de este tipo. Siendo el estándar definido por el TEDH, el siguiente: "[...] **En el proceso de equilibrio, se debe dar particular importancia a los mejores intereses del niño, que, dependiendo de su naturaleza y gravedad, puede alterar temporalmente las de los padres**".

Profundizando en lo anterior, el citado Tribunal estableció: "134. En este ámbito, la cuestión decisiva es si un justo equilibrio entre los intereses contrapuestos en juego - los del niño, los de los dos padres, y los del orden público - ha sido alcanzado, dentro del margen de apreciación que disponen los Estados en esta materia (ver *Maumousseau y Washington*, antes citada, § 62), teniendo en cuenta, sin embargo, que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial (véase, en este sentido, *Gnahoré v. Francia*, no. 40031/98, § 59, CEDH 2000-IX), que es de hecho evidente a partir del Preámbulo de la Convención de La Haya, que establece que "los

intereses de los niños son de suma importancia en los asuntos relacionados con su custodia". El interés superior del niño puede, dependiendo de su naturaleza y gravedad, anular los de los padres (ver Sahin v. Alemania [GC], no. 30943/96, § 66, ECHR 2003-VIII). Los intereses de los padres, sobre todo en tener contacto regular con sus hijos, sin embargo, sigue siendo un factor el ponderar los diversos intereses en juego (ibíd., Y ver también Haase v. Alemania, no. 11057/02, § 89, ECHR 2004-III (extractos), o Kutzner v. Alemania, no. 46544/99, § 58, ECHR 2002-I, con las numerosas autoridades citada).

La Corte observa que en la actualidad existe un amplio consenso - incluidas en el derecho internacional - en apoyo de la idea de que en todas las decisiones concernientes a los niños, sus intereses deben ser primordial (ver las numerosas referencias en los párrafos 49 a 56 anteriores, y en particular, su artículo 24 § 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)".

Para lograr un justo equilibrio entre los intereses contrapuestos de los niños y los padres en asuntos de este tipo, **los tribunales nacionales deben llevar a cabo un examen de fondo de toda la situación de la familia para determinar cuál podría ser la mejor solución para el niño, niña o adolescente sobre quien debe decidir su destino, no sobre los adultos que pretenden representar sus propios intereses.** La relevancia de dicha decisión jurisdiccional, con un impacto indiscutible en el desarrollo vital futuro de niños, niñas y adolescentes, debe ser suficientemente fundada en el principio central que mandata la Convención Sobre los Derechos del Niño, el interés superior del niño, único que permite sostener que una decisión jurisdiccional permitirá concretar, de manera efectiva y real, el desarrollo amornioso e integral del niño, niña o adolescente involucrado en el caso concreto de que se trate.

VI. Consideraciones finales

Según todo lo anterior, y teniendo en cuenta los estándares de derechos humanos sobre niñez, en especial aquel que, en virtud de la ratificación del Estado de Chile de la Convención Sobre los Derechos del Niño, obliga que en todos aquellos casos sometidos a conocimiento de los tribunales de justicia chilenos, las decisiones que se adopten en casos que involucran a niños, niñas y adolescentes deban considerar, de manera concreta y efectiva, su interés superior, no el interés de los adultos que les representen, es que solicito a Ssa. Excelentísima considerar los estándares señalados en este amicus curiae en el conocimiento y fallo de este recurso.

POR TANTO,

En mérito de los argumentos expuestos solicito a Ssa. Excelentísima tenerlo presente.

PRIMER OTROSÍ: hago presente a Ssa. Excelentísima que mi legitimación activa para estos efectos está dada en virtud del artículo 4º, letra j), de la Ley N° 21.067, que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, norma que señala:

Artículo 4º. *Corresponderá especialmente a la Defensoría de los Derechos de la Niñez: : "j) Actuar como amicus curiae ante los tribunales de justicia, pudiendo realizar presentaciones por escrito que contengan su opinión con comentarios, observaciones o sugerencias en los casos y las materias relativas a su competencia. La presentación de la opinión escrita no conferirá a la Defensoría la calidad de parte ni suspenderá o alterará la tramitación del procedimiento. El tribunal deberá siempre pronunciarse respecto de dicha opinión en la sentencia. No podrá ejercerse esta facultad cuando la Defensoría haya actuado en el juicio de cualquier forma".*

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase tener presente SSa. Excelentísima que acredito mi personería acompañando al efecto Decreto Supremo N° 008, de fecha 23 de abril de 2018, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

TERCER OTROSÍ: Sírvase SSa. Excelentísima tener presente que para efectos de notificación fijo el correo electrónico correspondiente a [REDACTED]