

ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ACTA 205 – 2015 QUE MODIFICA Y REFUNDE TEXTO
DEL AUTO ACORDADO SOBRE PROCEDIMIENTO APLICABLE AL CONVENIO DE LA HAYA
RELATIVO A LOS EFECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS Y NIÑAS

[Constitutional analysis of the Act 205-2015 that modifies and recasts *auto acordado* text about the applicable procedure to the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction]

NICOLÁS HARO IGOR¹

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad realizar un examen de constitucionalidad del Acta 205 – 2015, que se dictó por la Excma. Corte Suprema para regular un procedimiento aplicable a las causas relativas a los efectos civiles de la sustracción internacional de niños y niñas, en razón de que dicha Acta no se encuentra exenta de controversias en lo que a su constitucionalidad respecta. El autor sostiene que dicha norma es inconstitucional analizándola desde una perspectiva histórica, dogmática y analítica. Teniendo presente, además, lo sostenido por el Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

This work aims to make an examination of constitutionality of the Act 205-2015, which was issued by the Supreme Court to regulate an applicable procedure to cases relating to civil aspects of international child abduction, considering that this act is not exempt from controversies in constitutional matters. The author maintains that said norm is unconstitutional analyzing it from a historical, dogmatic and analytical perspective. Taking into account, furthermore, what was sustained by the Constitutional Court.

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. La Memoria fue evaluada el segundo semestre académico del año 2020, y enviada para su publicación en la revista el 22 de abril del 2022. El Tribunal Constitucional el 5 de mayo del presente, declaró inconstitucional parcialmente el artículo 12 del Acta 205 - 2015 en sentencia Rol 11.934-21 y 12.157-21. Dichas sentencias no pudieron ser analizadas en esta investigación.

INTRODUCCIÓN

El 25 de octubre de 1980 se adoptó, en la decimocuarta sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños. Dicho acuerdo fue suscrito con el objeto de proteger a los niños, en el plano internacional, contra los efectos dañinos de un traslado ilícito, y fijar los procedimientos con el fin de garantizar el regreso inmediato del niño al Estado donde reside habitualmente.

La Convención fue ingresada, para su ratificación, al Congreso Nacional en junio de 1992 para su primer trámite constitucional. Tras la discusión parlamentaria, y los respectivos trámites establecidos por nuestra Constitución, fue despachada por el Congreso a inicios de 1994. Finalmente, fue promulgada el 30 de marzo de 1994, integrándose a nuestro ordenamiento jurídico.

Así, los términos de la Convención fueron aplicados inicialmente por los Jueces de Menores que, para su aplicación, se rigieron por el auto acordado dictado por la Corte Suprema en 1998. Lo anterior, debido a que la ley no dotó de un procedimiento aplicable a lo establecido en la Convención.

Debido a la promulgación de la ley que creó los tribunales de familia y el cambio en la forma de denominación del menor en relación con su género, la Corte Suprema dictó el Acta 205 – 2015, que modifica y refunde el procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles de la sustracción internacional de niños y niñas. En dicho texto normativo se establece el procedimiento y se otorga la competencia a los tribunales de familia.

Asimismo, la referida Acta establece, entre otras materias, la forma de comparecencia de las partes, la regulación de las audiencias respectivas, los recursos que proceden en contra de la sentencia y los plazos para su interposición. Sobre esto último, la Corte Suprema estimó que respecto de la sentencia definitiva solo procede el recurso de apelación, dentro de un plazo de cinco días, y sobre la sentencia que se pronuncie sobre dicha impugnación no procederá recurso alguno.

Sin embargo, la aplicación del Acta 205-2015 no ha estado exenta de controversias; se han presentado variados requerimientos al Tribunal Constitucional que alegan: que el Acta versa sobre materias propias de ley al regular un procedimiento judicial; además, que dicho procedimiento ya estaría regulado en la ley 19.968. Por otro lado; limita el derecho al recurso de los intervinientes, al acortar los plazos y las vías de impugnación que proceden contra la sentencia definitiva. Ante lo expuesto, el Tribunal Constitucional ha rechazado, con jurisprudencia uniforme, pero en fallos divididos, los requerimientos de inaplicabilidad que se han interpuesto contra el referido cuerpo normativo.

En lo que respecta al estado de la cuestión, se han realizado variadas obras respecto a la sustracción internacional de los NNA, estudios jurisprudenciales, análisis de las causales de procedencia de restitución, entre otras áreas relativas al fondo. Sin embargo, de momento, no se han realizado investigaciones respecto al análisis de constitucionalidad del Acta que regula el procedimiento en nuestro país.

El objetivo de la presente Memoria es realizar un análisis de constitucionalidad del Acta 205 – 2015, con el propósito de demostrar que dicha norma emanada de la Corte Suprema es inconstitucional, a la luz de lo preceptuado por nuestra Carta Fundamental. Para ello, se tendrá presente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En función del objetivo y la hipótesis planteada, utilizaré la siguiente metodología; histórica, al desarrollar la evolución que ha tenido la materia a estudiar; dogmática, al recopilar la información de diversas fuentes y visualizar el problema a la luz de nuestro ordenamiento jurídico; y analítica, al estudiar la inconstitucionalidad del Acta desde sus principales disposiciones.

Para ello el trabajo se estructura en cuatro capítulos. El primero, se referirá al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles de la sustracción internacional de niños y niñas, y al procedimiento aplicable previo a la dictación del Acta 205 – 2015, el cual se reguló mediante un auto acordado y luego, por la ley 19.968 que creó los tribunales de familia. Dicho estudio permitirá realizar una comparación del procedimiento a través de las distintas normas que lo han regulado.

El segundo capítulo versará sobre el Acta, me referiré a los fundamentos que tuvo la Corte Suprema al dictarla, la naturaleza jurídica, sus disposiciones y los votos en contra y de prevención que sostuvieron ciertos ministros de nuestra Excma. Corte respecto a sus contenidos. Esto último será especialmente relevante al realizar el análisis de constitucionalidad.

El tercer capítulo constituye el núcleo del presente trabajo; versará sobre el análisis de constitucionalidad del Acta 205 – 2015. Para ello, el estudio se realizará en dos vertientes: I) Respecto de la inconstitucionalidad del acta por versar sobre materias propias de ley y dotar de un procedimiento que ya se encontraría regulado en la ley 19.968. II) Por vulnerar el derecho al recurso, razón por lo cual me referiré a los siguientes contenidos: A) Como cuestión previa, dilucidar ¿Qué se entiende como derecho al recurso? B) Referirme al artículo 12 del Acta que declara improcedente el recurso de casación y otorga un plazo de cinco días para la interposición de la apelación.

Los contenidos serán analizados particularmente de acuerdo con el orden mencionado anteriormente, y sobre ellos se expondrá lo sentenciado por el Tribunal Constitucional en cada una de las materias.

En el último capítulo se expondrán dos soluciones al problema de constitucionalidad planteado. En primer lugar, lo que denominaré la solución ideal, cual es la dictación de una ley especial que regule el procedimiento aplicable a la restitución internacional de NNA. La segunda, una solución a la luz de nuestra legislación actual, que consiste en una interpretación sistemática de las normas atinentes a la materia.

I. CONVENIO DE LA HAYA Y PROCEDIMIENTO APLICABLE PREVIO A LA DICTACIÓN DEL ACTA 205 – 2015

1. *Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*

El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante, el Convenio del La Haya, el Convenio, o la Convención) fue suscrito en 1980 y ratificado en Chile en 1994, el cual pretende resguardar el interés superior del niño mediante la protección del derecho de custodia y -parcialmente- el derecho de visitas.²

En el preámbulo del Convenio se indican los siguientes objetivos: en primer lugar, proteger al menor de los efectos perjudiciales que un traslado o retención ilícita generan en su desarrollo; en segundo lugar, establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado donde tiene su residencia habitual. Asimismo, asegurar la protección del derecho de visita.³

Por regla general, la persona que traslada en forma ilícita a un niño, niña o adolescente (en adelante, NNA) pretende encontrar un país de refugio con una legislación más favorable para su custodia.⁴ Es por ello, que el Convenio de La Haya establece un sistema de cooperación de autoridades, denominadas autoridades centrales, que se comunican con el objetivo de que la restitución del menor se produzca de la forma más rápida y satisfactoria posible. Se contemplan procedimientos expeditos, considerando que la celeridad es de principal importancia en estos procesos. El objetivo es minimizar los efectos negativos sobre el menor, a consecuencia del traslado ilícito y evitar su integración en un nuevo medio. Asimismo, impedir que el factor tiempo, desde un punto de vista jurídico, sea una ventaja para el sustractor.⁵

a) Objetivos del Convenio

El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, establece en su artículo primero:

“La presente Convención tiene por objeto:

² RIZIK, Lucía, *Sustracción Internacional de menores: Jurisprudencia reciente de los tribunales superiores de justicia chilenos*, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional* 14 (2016) 29, p.p. 193 – 234. [doi: 10.11144/Javeriana.il14-29.simj].

³ CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, traducción preparada por juristas hispanohablantes, documento proporcionado por la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado [Visible en internet: http://www.oas.org/dil/esp/convenio_de_la_haya_sobre_los_aspectos_civiles_de_la_sustraccion_internacional_de_menores.pdf].

⁴ ETCHEBERRY, Leonor, *Autorización del menor para salir del país y sustracción internacional* (1° edición, Santiago, DER Ediciones Limitada, 2019), p. 27.

⁵ AZCARRAGA, Carmen, QUINZÁ, Pablo, *Sustracción internacional de menores y Convenio de La Haya de 1980. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª) Núm. 377/2017, de 29 de junio*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* 10 (2018) 2, pp. 795 – 801 [Visible en internet: DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4401>], cit. por ETCHEBERRY, Leonor, *Autorización del menor para salir del país y sustracción internacional* (1° edición, Santiago, DER Ediciones Limitada, 2019), p. 27.

a) asegurar el inmediato regreso de los niños trasladados a, o retenidos ilícitamente en cualquier Estado Contratante;

b) hacer respetar efectivamente en los demás Estados Contratantes los derechos de tuición y de visita existentes en un Estado Contratante.⁶

La Convención tiene en cuenta la siguiente situación fáctica: el sustractor pretende que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del Estado de refugio, para ello un modo eficaz, de evitar esa situación, es que sus acciones se vean privadas de consecuencias prácticas y jurídicas. Por lo anterior, lo que busca el convenio es el restablecimiento del *Statu Quo* mediante “la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquier Estado contratante”.⁷

El Convenio recoge como objetivo velar por los derechos de custodia y de visitas. Si bien, se presentan como dos finalidades autónomas, es correcto estimar que el Convenio tiene un único objetivo que se considera en momentos distintos. Mientras que el retorno inmediato del menor responde a reestablecer una situación que el secuestrador modificó en el plano fáctico, el respeto efectivo de los derechos de custodia y visita tiene una función preventiva, ya que, en la medida de que se verifiquen dichos derechos, desaparece una de las causas más frecuentes de las sustracciones de menores.⁸

Sin embargo, lo que el Convenio ha tratado de resolver en profundidad es el retorno de los NNA trasladados o retenidos de forma ilícita. La retención ilícita de un niño es una situación especialmente dolorosa y que requiere una solución especialmente urgente que no pueden ser resueltas unilateralmente por cada sistema jurídico afectado. En efecto, aun cuando en teoría los dos objetivos del Convenio deben ser puestos en un mismo plano, en la práctica, el garantizar el restablecimiento de la situación alterada por el secuestrador, es la que prevalece en el Convenio.⁹

Finalmente, en torno a los objetivos, no tiene como propósito resolver el problema de la atribución del derecho de custodia. En consecuencia, si éste es impugnado, deberá ser resuelto por las autoridades competentes del Estado donde el NNA tenía su residencia habitual antes del traslado.¹⁰

b) Contenido Normativo

El Convenio atribuye competencia, para el procedimiento de restitución, a las autoridades administrativas o judiciales del Estado donde se encuentra el NNA. Asimismo, se priva a la autoridad competente el pronunciarse sobre cuestiones de fondo, como custodia o visitas. Se consagra el principio de cooperación entre las autoridades del país de residencia habitual y el de retención, el resguardo del interés superior del niño y el principio de coparentalidad.¹¹

⁶ CONVENIO SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, cit. (n. 2), artículo primero.

⁷ PÉREZ-VERA, Elisa, *Informe explicativo sobre las conclusiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado* (1981) p. 4. [Visible en internet: http://www.menores.gob.ar/userfiles/perez_vera_elisa_informe_explicativo_del_convenio_de_la_haya_de_1980.pdf].

⁸ *Ibíd.*

⁹ *Ibíd.*, p. 5.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ ETCHEBERRY, Leonor, cit. (n. 4), p. 27–28.

Tal como lo señala su nombre, el Convenio no prevé sanciones penales para el sustractor, limitándose a regular los aspectos civiles. Sobre el particular, Leonor Etcheberry señala: “La mayoría de las legislaciones nacionales, a este accionar de un padre en detrimento del otro no se lo considera tráfico de menores de edad y, por tanto, no configura por sí mismo un delito penal, como si lo es la sustracción internacional por parte de un tercero, y, por ende, no hay sanción específica para el infractor”.¹²

El Convenio es aplicable únicamente a los menores de dieciséis años. Una edad más restrictiva que la que se presentan en otros acuerdos sobre la materia donde, por regla general, se aplica a los menores de dieciocho años. Lo anterior se explica por sus objetivos, es difícil pensar que un adolescente de dieciséis años o más sea trasladado y su voluntad no sea respetada en cuanto al lugar en el que permanecerá, y con cuál de sus progenitores.¹³

Además, en el artículo sexto se crean las denominadas “Autoridades Centrales”, sobre su definición y función Eduardo Tellecha afirma “Las autoridades centrales en tanto organismos técnicos especializados, constituyen la vía a través de la cual se tramita actualmente el mayor volumen de las solicitudes de cooperación jurisdiccional internacional, habiendo sustituido en la práctica el encadenamiento burocrático, cuasi kafkiano, propio de la vía diplomática o consular, modalidad que supuso un serio obstáculo a la realización transnacional de la justicia, pues su complejo funcionamiento insume usualmente varios meses.”¹⁴ Es deber de cada Estado Contratante designarlas. En Chile la autoridad central es la Corporación de Asistencia Judicial.

Sobre las Autoridades Centrales recaen las siguientes funciones: localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita; prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales; garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable; intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente; facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del convenio; incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visitas; conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado; garantizar desde un punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado; mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.¹⁵

En cuanto al principio del interés superior del niño; no se consagró en la parte dispositiva, sino en la parte declarativa del Convenio pues, al momento de aprobarse, se consideró que la norma jurídica sobre la que descansa tal principio es de tal imprecisión que parecía más un paradigma social que una norma jurídica concreta.¹⁶

¹² *Ibíd*, p. 28.

¹³ *Ibíd*, p. 29.

¹⁴ TELLECHA, Eduardo, *Restitución internacional de menores y cooperación jurisdiccional internacional, necesidad de nuevos desarrollos. Complementariedad de convenios*, en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* 5 (2017) 9, p. 17. [doi: 10.16890/rstpr.a5.n9.p11], cit. por ETCHEBERRY, Leonor, *Autorización del menor para salir del país y sustracción internacional* (1° edición, Santiago, DER Ediciones Limitada, 2019), p. 30.

¹⁵ ETCHEBERRY, Leonor, cit. (n. 4), p. 30.

¹⁶ RIZIK, Lucía, cit. (n°1) p. 200.

c) Procedimiento

El procedimiento se sostendría en dos fases: la primera, de carácter voluntario ante las autoridades centrales; la segunda, de carácter contencioso, ante las autoridades administrativas o judiciales.¹⁷ La Convención no regula específicamente un procedimiento judicial en materia de restitución, remitiéndose solamente a señalar, en su artículo 11 que podrá realizarse ante autoridades judiciales o administrativas. En efecto, será el derecho interno quien determine en qué sede se seguiría el procedimiento y como se llevará a cabo.

Antes de iniciar el procedimiento se puede recurrir a la mediación; ya sea en sede administrativa, ante la Autoridad Central, en una instancia prejudicial, o bien, dentro del proceso judicial. La Conferencia de la Haya, ha estado trabajando en potenciar las vías colaborativa en la resolución de conflictos.¹⁸

En virtud de lo regulado en el Convenio, el procedimiento puede ser esquematizado de la siguiente manera:

- i) Legitimación Activa: El artículo 8 del Convenio preceptúa que podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier Estado Contratante, para garantizar la restitución del menor, toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de un traslado o retención ilícita con infracción del derecho de custodia. Así, el Convenio de La Haya fija una legitimación activa mucho más amplia que otros instrumentos similares, como la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores¹⁹.
- ii) Requisitos de la solicitud: El artículo 8 señala los antecedentes que el solicitante debe acompañar para fundar su solicitud.
- iii) Autoridad Central: Estas deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes de cada Estado con la finalidad de garantizar la restitución inmediata del menor y velar por los objetivos del Convenio. Para ello tendrán las funciones ya mencionadas anteriormente. El rol de las autoridades centrales es exclusivamente administrativo e informativo.²⁰
- iv) Autoridad Competente: Si bien, el Convenio se refiere a autoridades administrativas o judiciales, en Chile y generalmente, en los demás Estados Contratantes, la decisión de restitución recaerá en el Poder Judicial. Las autoridades del Estado de Refugio serán finalmente, las que resolverán la restitución del niño a su residencia habitual, aplicando su

¹⁷ B. SCOTTI, Luciana, *Las garantías fundamentales en el procedimiento de restitución internacional de niños*, (2013), p. 2, [Visible en internet: <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/las-garantc3adas-fundamentales-en-el-proceso-de-restitucic3b3n-internacional-de-nic3b1os-scotti.pdf>]

¹⁸ La Conferencia de La Haya ha estado trabajando en la mediación como método para solucionar amigablemente los pedidos de restitución internacional de menores. Véase: “Guía De Buenas Prácticas” en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. “Quinta Parte – Mediación” [Visible en internet: http://www.hcch.net/upload/guide28mediation_en.pdf], cit. por B. SCOTTI, Luciana, *Las garantías fundamentales en el procedimiento de restitución internacional de niños*, (2013), p. 3 [Visible en internet: <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/las-garantc3adas-fundamentales-en-el-proceso-de-restitucic3b3n-internacional-de-nic3b1os-scotti.pdf>]

¹⁹ B. SCOTTI, Luciana, cit. (N° 16) p. 4.

²⁰ *Ibíd*, p. 5 – 6.

legislación y procedimientos, y en conformidad con lo dispuesto por el Convenio al determinar el traslado ilícito.²¹

- v) Plazo para su interposición: El Convenio no preceptúa un plazo de caducidad para la interposición de la acción. Sin embargo, la autoridad competente podrá desechar la solicitud si esta se presenta luego de un año del traslado o retención ilícita y se demuestre que el NNA se ha arraigado en su nuevo medio.²²
- vi) Medios de prueba: La Convención no contiene normas sobre los medios probatorios admisibles o sus reglas de valoración.²³
- vii) Costos: El artículo 22 del Convenio dispone que no se podrá exigir fianza o depósito alguno. Cada parte asumirá los costos del proceso que realicen las Autoridades Centrales. Asimismo, estas autoridades podrán disponer que la persona que trasladó o retuvo ilícitamente al menor pague los gastos necesarios que haya incurrido el solicitante.²⁴
- viii) Ejecución de la sentencia: La Convención no contiene normas sobre ejecución de la sentencia.²⁵
- ix) Recursos: El Convenio de La Haya no ha previsto normas sobre los recursos que puedan interponerse en contra de la resolución adoptada por la autoridad competente.²⁶

En virtud del procedimiento descrito anteriormente, se estima que cada Estado deberá dictar una reglamentación para la tramitación de las solicitudes. En nuestro país esto ha sido regulado por medio de auto acordados de la Excm. Corte Suprema.²⁷

d) Ratificación en Chile

El proceso de ratificación en Chile fue iniciado por medio de un Mensaje del Ejecutivo al Senado el 16 de junio de 1992. En ese entonces, el Presidente Patricio Aylwin fundamenta el proyecto asegurando que, es de toda conveniencia asegurar la extensión de los derechos de tuición y de visitas amparados en la legislación nacional al Derecho internacional.

Durante su Primer Trámite Constitucional, la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado despachó oficio a la Excm. Corte Suprema, en atención a que la comisión tuvo dudas respecto de su constitucionalidad.²⁸ Ante ello la Corte Suprema se pronunció afirmando lo siguiente:

²¹ *Ibíd*, p. 7 – 8.

²² *Ibíd*, p. 9.

²³ *Ibíd*, p. 9 – 10.

²⁴ *Ibíd*, p. 10.

²⁵ *Ibíd*, p. 11.

²⁶ *Ibíd*.

²⁷ ETCHEBERRY, Leonor, cit. (n. 4), p. 73.

²⁸ HISTORIA DEL DECRETO N° 386, *acuerdo relativo a la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro internacional de menores, adoptado en La Haya el 25 de octubre de 1980, Informe de Comisión de Relaciones Exteriores, Primer Trámite Constitucional: Senado, p. 12.* [Visible en internet: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6778/HLD_6778_f8ac76fb64482b83f173cc982789c184.pdf]

*“En cuanto a si dicha Convención es contraria de algún modo a la normativa constitucional o legal de nuestro país, este Tribunal lamenta expresar a Us. que no le corresponde ni le resulta conveniente emitir pronunciamiento, en atención a que a través del ejercicio de sus facultades jurisdiccionales deberá eventualmente dictar resolución sobre las mismas materias de que se trata.”*²⁹

Asimismo, se pronunció la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado señalado que *“la mencionada Convención no merece observaciones de índole constitucional, en el entendido que el sentido y alcance de los preceptos antes aludidos es dejar plenamente vigente la normativa interna de los Estados contratantes.”*³⁰

La Comisión de Relaciones Exteriores del Senado dejó expresa constancia en acta, para la historia fidedigna de la norma, que ninguna de las disposiciones de la Convención puede entenderse que vulnera, de manera alguna, los derechos y recursos consagrados en nuestro ordenamiento constitucional.³¹

Las dudas del legislador respecto de la constitucionalidad de la Convención y sus disposiciones también quedaron de manifiesto en la discusión en Sala. En dicha instancia la Senadora Feliú fórmula la siguiente inquietud: *“me surgen dudas respecto de la vigencia de los recursos contemplados en nuestra legislación, porque normalmente ellos no están consignados en la Constitución, sino en nuestros Códigos. En consecuencia, como la constancia se deja respecto de los recursos consagrados en la Carta Fundamental, no estoy segura de que sea válida respecto de los que establece nuestra legislación ordinaria”*³²

En respuesta a ello el Senador Vodanovic señala *“A mi juicio, esta constancia debe interpretarse en un sentido amplio. Obviamente, se refiere a los recursos que consagra el ordenamiento jurídico en general, constitucional o legal”*.³³

Las dudas respecto del respeto a nuestro sistema recursivo también se trasladaron a la Cámara de Diputados para su Segundo Trámite Constitucional³⁴

Finalmente, aprobado el Mensaje en ambas Cámaras del Congreso, el 3 de marzo de 1994 se promulga la Convención sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de niños.

Para el posterior análisis de constitucionalidad del Acta 205 – 2015, que abordaré en el Capítulo Tercero, se tendrá presente las diversas inquietudes manifestadas por los parlamentarios en los respectivos trámites constitucionales de ratificación de la Convención.

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ *Ibíd.*

³¹ *Ibíd.*

³² HISTORIA DEL DECRETO N° 386, *acuerdo relativo a la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro internacional de menores, adoptado en La Haya el 25 de octubre de 1980, Discusión en Sala, Primer Trámite Constitucional, Senado*, p. 4 [Visible en internet: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6778/HLD_6778_e47ba7d45468d4ea63633103d9452acd.pdf]

³³ *Ibíd.*

³⁴ HISTORIA DEL DECRETO N° 386, *acuerdo relativo a la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro internacional de menores, adoptado en La Haya el 25 de octubre de 1980, Discusión en Sala, Segundo Trámite Constitucional, Cámara de Diputados*, p. 3 - 4 [Visible en internet: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6778/HLD_6778_11a1d4780a3bf18fdedd487adf41ffe3.pdf]

2. *Auto acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles del secuestro internacional de menores*

Debido a que desde la entrada en vigor del Convenio de La Haya en el año 1994, ni las autoridades políticas ni administrativas dictaron normativa alguna que regule el procedimiento aplicable a lo dispuesto en el Convenio. La Excelentísima Corte Suprema en 1998, subsanó la falta de normas procesales dictando el “Auto acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles del secuestro internacional de menores”, con el objeto de dotar de un procedimiento expedito para las solicitudes de retorno.³⁵

El auto acordado radicó la competencia del procedimiento en los anteriores jueces de menores, con las siguientes particularidades: ausencia de formalidades, consagración de medidas provisionales para asegurar el retorno del menor; regulación de la audiencia, limitando su finalidad únicamente a establecer si el menor efectivamente se encontraba en el país y que no concurren causales de oposición al retorno.

Respecto de los recursos, se consagró que las resoluciones que se dicten no serían susceptibles de recurso alguno, salvo la sentencia definitiva que solamente podía ser impugnada mediante recurso de apelación, estableciendo expresamente la inadmisibilidad del recurso de casación, ya sea de forma o de fondo.

Este auto acordado fue modificado el año 2002 y fue reemplazado orgánicamente con la dictación del Acta 205-2015.

3. *Ley 19.968 que crea los tribunales de familia*

Tras una interesante discusión legislativa, el año 2004 se promulgó la Ley 19.968 que creó una nueva judicatura especializada para conocer de los asuntos de familia, dispuso de nuevos principios que se proyectan en el proceso y a su vez, entre otras materias, estableció las reglas de procedimiento respectivas.

La dictación de esta norma irradió sus efectos en el procedimiento relativo a los aspectos civiles de la sustracción internacional de NNA, debido a que la jurisprudencia entendió tácita y parcialmente derogado el Auto Acordado de 1998 -modificado el año 2002- tras la entrada en vigor de la ley 19.968, al ser una norma de jerarquía superior y dictada con posterioridad al Auto Acordado.³⁶

Sin embargo, resulta curioso que, en su tramitación, el legislador ignoró la ratificación del Convenio de La Haya, toda vez que el procedimiento relativo al Secuestro Internacional de Niños no fue incorporado expresamente en el artículo 8° de la ley 19.968, que establece taxativamente las materias sometidas a la competencia de los Tribunales de Familia. En efecto, se estimó que los artículos derogados serían todos aquellos que resultan incompatibles con la ley.³⁷

³⁵ RIZIK, Lucía, *El Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y su aplicación en Chile: Las modalidades de restitución del menor*, en *Revista Tribuna Internacional*, 3 (2014) 6, p. 97 [Visible en internet: <https://tribunainternacional.uchile.cl/index.php/RTI/article/download/35513/37190/>]

³⁶ *Ibíd.*, p. 108.

³⁷ *Ibíd.*

A su vez, la jurisprudencia entendió tácitamente derogadas las disposiciones relativas a los recursos que las partes podían interponer contra la sentencia definitiva. La Corte Suprema sostuvo que, en virtud del artículo 67 de la ley 19.968, en contra de la sentencia definitiva procederán los recursos de apelación y casación³⁸, pese a que el auto acordado de 1998 limitaba expresamente la procedencia de la casación.³⁹

Asimismo, la Corte de Apelaciones de Valdivia entendió tácitamente derogado el plazo que el auto acordado otorgaba a las partes para deducir los recursos, la norma dictada por la Corte Suprema establecía cinco días, en contraste con la ley 19.968 que otorgaba un plazo de diez días.⁴⁰ Cabe mencionar, que, del mismo modo, se entendió tácitamente derogada la forma en la que el Tribunal de Alzada debía conocer el recurso de apelación y las reglas de apreciación de la prueba.⁴¹

En consecuencia, la implementación del procedimiento por parte de un auto acordado y no por medio de una ley, provocó la tácita y parcial derogación de las disposiciones del auto acordado tras la entrada en vigor de la ley 19.968, y contribuyó a que el procedimiento de urgencia carezca de una sistematización adecuada, provocando dilaciones innecesarias y confusiones entre los litigantes.⁴²

II. ACTA 205 – 2015

Me referiré a continuación al Acta 205 – 2015. Esta norma fue extendida el 3 de diciembre del 2015, siendo acordada en el Pleno de la Excma. Corte Suprema, y comenzó a regir a inicios del 2016.

1. *Fundamentos*

Conforme a lo expuesto previamente, la Corte Suprema ya había dictado en 1998 un auto acordado para regular el procedimiento aplicable, norma que quedó tácita y parcialmente derogada tras la entrada en vigor de la Ley que creó los Tribunales de Familia, la doctrina y la jurisprudencia así lo sostuvieron especialmente en aquellas disposiciones contradictorias con la ley 19.968.

La Excma. Corte Suprema al dictar el Acta 205 - 2015 invocó como fundamento el transcurso del tiempo, pues lo anterior hizo necesario actualizar el contenido del auto acordado de 1998 conforme a la creación de los nuevos tribunales de familia. Asimismo, el cambio a la denominación del menor en relación con su género, dejando de utilizarse el término “menor” reemplazándolo por “niño, niña o adolescente”. Además, señaló la necesidad de establecer concordancia con el documento “*lineamientos emergentes, relativos al desarrollo de la red internacional de jueces de La Haya y proyecto de principios generales sobre comunicaciones judiciales, que comprende las*

³⁸ CORTE SUPREMA, sentencia, rol núm. 2905 – 2011.

³⁹ RIZIK, Lucía, *El Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y su aplicación en Chile: Las modalidades de restitución del menor*, cit. (n. 34) p. 108.

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² *Ibíd.*, p. 110.

*salvaguardas comúnmente aceptada para las comunicaciones judiciales directas en casos específicos, en el contexto de la red internacional de jueces de La Haya” de julio de 2012.*⁴³

En virtud del artículo 82 de la Constitución, y el artículo 96 N° 4 del Código Orgánico de Tribunales, se acordó dictar el Acta 205 – 2015 sobre el procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles de la sustracción internacional de niños y niñas.⁴⁴

2. Naturaleza Jurídica

Determinar la naturaleza jurídica de la denominada Acta no es una cuestión baladí, en base a ella es posible ubicar la norma en nuestro sistema de fuentes, proyectar sus efectos y conocer las acciones que puedan ejercerse contra ella, por ejemplo, la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de sus disposiciones.

La Corte Suprema al fundamentar normativamente la dictación del Acta, invocó el artículo 82 de la Constitución Política y el artículo 96 N° 4 del Código Orgánico de Tribunales, ambas normas se refieren, principalmente, a la superintendencia económica y administrativas que ejerce la Corte Suprema sobre los tribunales de la nación

Teniendo presente la fuente orgánica de la norma, el contenido de sus disposiciones y la disposiciones constitucionales invocadas por la Corte Suprema para su dictación, es preciso señalar que la referida Acta tiene la naturaleza jurídica de un Auto Acordado, entendido estos como *“reglas generales, abstractas, dispuestas por el tribunal, encaminada al mejor funcionamiento y ejecución de las atribuciones que el constituyente o el legislador confían a la magistratura, cuando o en cuanto no le han sido señaladas directamente al conferírselas”*⁴⁵

En dicho orden de ideas, el mismo Tribunal Constitucional ha reconocido, al pronunciarse sobre los requerimientos de inaplicabilidad de esta norma, que el Acta 205 – 2015 es un auto acordado, y sobre lo mismo ha señalado expresamente lo que sigue:

*“Que no importa la denominación que le dé quien emita el respectivo cuerpo normativo para que este Tribunal pueda conocer de ellos -como sucede en el caso de autos recaído sobre una denominada “Acta”- bastando que reúna los requisitos exigidos para tener la naturaleza de un auto acordado y que emana de un tribunal facultado para ello.”*⁴⁶

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que los autos acordados pueden ser clasificados en aquellos de carácter interno y externo, el interno es aquel dirigido a los funcionarios judiciales para lograr el buen orden y funcionamiento de los tribunales, el externo es el que regula una acción instituida a favor de las personas, produciendo con ello efectos en terceros distinto de los tribunales. El externo posee una naturaleza supletoria y básicamente procesal.⁴⁷

⁴³ CORTE SUPREMA, fundamentos n. 2 y 4 del Acta 205-2015 que modifica y refunde texto del auto acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de la Haya relativo a los efectos civiles de la sustracción internacional de niños y niñas.

⁴⁴ *Ibíd*, fundamento n. 4 oración final.

⁴⁵ SILVA, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, (Santiago, Editorial Jurídica, 2002), VIII, cit. por, Tribunal Constitucional, sentencia, 8 de octubre de 2019, rol núm. 6776, considerando quinto.

⁴⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia, rol núm. 2961, considerando tercero, cit. por Tribunal Constitucional, sentencia, rol núm. 6776, considerando sexto.

⁴⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia, rol núm. 6776, considerando séptimo.

Conocido es el adagio jurídico “Las cosas son lo que son y no lo que dicen que son”. En efecto, si bien la Corte Suprema utilizó el término “Acta” para referirse a este cuerpo normativo, su denominación no altera en lo absoluto la naturaleza jurídica del mismo. En consecuencia, teniendo presente las consideraciones anteriores no nos queda más que concluir, y conforme a lo expresado por la doctrina y la jurisprudencia, que el Acta 205 – 2015 es un auto acordado, siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional, de carácter externo.

3. *Contenido Normativo*

El Acta 205 – 2015 dispone lo siguiente:

- a) Tribunal Competente: Será competente para conocer del asunto el Juzgado de Familia del domicilio presunto del niño o niña. Si hay más de uno, el competente será el que se designe de acuerdo con las reglas generales de distribución de causas.
- b) Diligencias inmediatas: El Tribunal deberá emitir, cuando corresponda, a las distintas instituciones del país, las respectivas órdenes con la finalidad de localizar al NNA en el territorio nacional. Asimismo, se deberá disponer de forma inmediata la orden de arraigo del NNA y disponer la entrega del pasaporte, si lo tuviere.
- c) Tramitación de la solicitud: La solicitud deberá ser proveída en un plazo que no podrá exceder las 48 horas siguientes a su presentación, se citará a las partes a una audiencia única de conciliación, contestación y prueba dentro del quinto día hábil, plazo que se computará desde la última notificación.⁴⁸
- d) Notificación: La resolución que cita a audiencia única se notificará por receptor, en forma personal o de acuerdo con el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil. El receptor solo deberá certificar su morada sin que sea necesario acreditar que el demandado se encuentre en el lugar del juicio. En caso de que no pueda realizarse la notificación, se notificará al defensor público, quien deberá asumir la representación del ausente.⁴⁹
- e) Audiencia única: En esta audiencia se procurará, en principio, asegurar el retorno seguro del NNA a su lugar de residencia habitual y tendrá por objeto lo siguiente:
 - i. Establecer si el NNA se encuentra en el país.
 - ii. Establecer si el traslado o retención del NNA ha sido ilícito según los términos de la Convención.
 - iii. Determinar si concurren alguna de las causales que el Convenio autoriza para oponerse a la restitución del NNA.

Asimismo, conforme al principio de celeridad que inspira las disposiciones del Acta, en la audiencia única se deberá:

- i. Ratificar oralmente la demanda.
- ii. Contestar la demanda de manera oral si no se ha hecho previamente por escrito.
- iii. Promover una conciliación.

⁴⁸ ETCHEBERRY, Leonor, cit. (n. 4), p. 74.

⁴⁹ *Ibíd.*

- iv. Fijar los hechos a probar y las convenciones probatorias, si las hubiere.
 - v. No se admitirán cuestiones previas, incidentes ni reconvenções que obstenen la prosecución del juicio.
 - vi. El Tribunal rechazará de plano toda excepción fuera de las enumeradas en la referida Convención.
 - vii. La prueba, si fuera necesaria, se rendirá en la audiencia y se apreciará de acuerdo con las reglas de la sana crítica.
 - viii. Sólo se admitirán tres testigos por cada parte.
 - ix. Se escuchará la opinión del Consejo Técnico si ha sido citado.⁵⁰
- f) Derecho a ser oído: El artículo 10 señala que se oirá al NNA cuando, a criterio del Tribunal, su opinión pueda ser relevante, atendida su edad y madurez.⁵¹
- g) Ausencia de formalidades: El artículo 3 señala que no deberán requerirse legalizaciones ni otras formalidades similares a la documentación que se presente, salvo que estuviere redactada en otro idioma, en cuyo caso deberá acompañarse una traducción fiel al idioma castellano. Lo anterior, es concordante con el artículo 23 del Convenio que señala “*No se exigirá, en el presente convenio, legalización ni otras formalidades análogas*”.⁵²
- h) Medios de prueba: Se encuentra regulado en el inciso final del artículo 9 del Acta 205 – 2015 y faculta a tribunal para disponer, de oficio, que se acompañen todos los medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en un plazo máximo de quince días. Asimismo, la norma dispone que las diligencias probatorias que llegado el plazo no hubieren sido cumplidas se tendrán por no decretadas. Para estos efectos el juez deberá citar a una nueva audiencia en un plazo no mayor a quince días desde la audiencia única.⁵³
- i) Sentencia: Una vez concluido el debate el juez deberá fallar de inmediato, fundamentando las razones de su veredicto. Conforme al artículo 11, si la audiencia dura más de un día, la decisión podrá postergarse hasta el día hábil siguiente.⁵⁴
- j) Recursos: El artículo 12 del Acta 205 – 2015 dispone que, sobre la sentencia definitiva, solo procede el recurso de apelación, el que deberá interponerse en un plazo de cinco días hábiles desde su notificación. El recurso deberá ser distribuido dentro de los cinco días hábiles siguiente a su ingreso, sin esperar la comparecencia de las partes y, salvo que se soliciten alegatos, se conocerá en cuenta. Asimismo, contra la sentencia que se pronuncie sobre el recurso de apelación no procederá recurso alguno. Las demás resoluciones que se dicten durante la substanciación del proceso solo serán recurribles mediante reposición.⁵⁵
- k) Juez de Enlace: Se crea la figura del Juez de Enlace cuya función es facilitar las comunicaciones judiciales directas sobre los asuntos en el presente Auto Acordado, entre los

⁵⁰ *Ibíd*, p. 75

⁵¹ *Ibíd*.

⁵² *Ibíd*.

⁵³ *Ibíd*.

⁵⁴ *Ibíd*.

⁵⁵ *Ibíd*, p. 75 – 76.

tribunales extranjeros y los tribunales chilenos. Lo anterior se encuentra consagrado en el artículo 13 del Acta.

4. *Voto en contra y votos de prevención*

La normativa de la Excma. Corte Suprema no contó con la aprobación conteste de todos los ministros. Así, el ministro señor Cerda votó en contra al considerar que el auto acordado pugna con la disposición constitucional contenida en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, pues sostiene que dicha norma de la Carta Magna autoriza únicamente al legislador el establecimiento de procedimientos judiciales, que es justamente lo que regula el Acta 205 – 2015. Asimismo, señaló que una interpretación sistemática de las disposiciones contenidas en el Convenio de La Haya, y cierto articulado de la ley 19.968 permite concluir que el ordenamiento jurídico dota a la judicatura de lineamientos procesales suficientes para el pronto y eficaz conocimiento, resolución y ejecución de los asuntos a los que se refiere el Convenio.⁵⁶

Por su parte, se previene que las ministras señoras Egnem, Chevesich y Muñoz no compartieron el acápite segundo del artículo 12°, pues argumentan que no procede descartar la procedencia de los recursos de casación en la forma y en el fondo en contra de la sentencia definitiva.⁵⁷

Cabe precisar que para el estudio y conforme a los objetivos de la presente memoria, son de relevancia el voto en contra y los votos de prevención anteriormente mencionados. Sin embargo, agrego, además, solo para tenerlos presente, que tanto el ministro señor Brito como las ministras Maggi, Chevesich y Muñoz, fueron de parecer eliminar de entre los objetivos de la audiencia única la facilitación de una “solución amigable”. La ministra Egnem estuvo por suprimir cierta parte del primer inciso del artículo noveno.⁵⁸

III. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ACTA 205 -2015

La constitucionalidad del Acta 205 – 2015 fue cuestionada ante el Tribunal Constitucional por las siguientes razones; primeramente, por regular un procedimiento judicial que se encontraría previsto en las disposiciones fijadas por la ley 19.968, norma legal que fue dictada con posterioridad a la ratificación del Convenio.⁵⁹ Además, nuestro ordenamiento constitucional no otorgaría a la Corte Suprema la facultad de regular un procedimiento judicial en sus autos acordados al ser una materia que el constituyente reservó a la ley.⁶⁰

⁵⁶ EXCMA. CORTE SUPREMA, Acta 205 – 2015, *modifica y refunde texto del auto acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles de la sustracción internacional de niños y niñas*. (2015) [Visible en internet: <https://www.pjud.cl/documents/396729/0/Acta+205-2015+sobre+sustraccion+de+menores.pdf/528b2fda-2ff3-4318-8599-c44c24ceca30>]

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ Argumento sostenido por la requirente ante el Tribunal Constitucional rol 6776, Véase el expediente a foja 5 y 6. [Visible en internet: <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente?rol=6776>]

⁶⁰ Argumento sostenido por los requirentes ante el Tribunal Constitucional en las causas rol 4189, 5570 y 6776.

En segundo lugar, en torno a su contenido, por limitar el derecho al recurso, lo que puede analizarse desde dos perspectivas; absoluta, al entender que nuestra Constitución confiere el derecho al recurso, por tanto, el legislador, y con mayor razón la Corte Suprema, no podrían limitar el recurso de casación, o cualquier otra vía de impugnación. Una segunda perspectiva; relativa, al entender que el legislador puede limitar la interposición de ciertas vías de impugnación, sin embargo, esta limitación solo puede ser establecida por medio de una ley, lo que constituye una garantía para el ciudadano en un Estado de Derecho, y de ningún modo, la Corte Suprema tendría facultades para excluir los recursos que la ley ha conferido a los litigantes.

Los contenidos serán abordados desde una perspectiva general a particular. En primer lugar, con la revisión de la facultad que tendría la Corte Suprema para dictar autos acordados. En segundo lugar, el estudio particular del Acta al revisar si, eventualmente, la Excm. Corte Suprema excedió sus facultades al regular esta materia. Finalmente, el análisis particular del artículo 12 del Acta 205 – 2015, que dispone que la sentencia definitiva solo será impugnada por recurso de apelación, en un plazo de cinco días, y que sobre la sentencia que resuelva la apelación no procederá recurso alguno.

1. *Breve referencia a la facultad de la Corte Suprema para dictar autos acordados*

Originalmente, la Constitución de 1980 no confería expresamente a los tribunales superiores de justicia la facultad de dictar autos acordados, sin embargo, se entendió que la única norma positiva que permitía la dictación de dichos cuerpos normativos se basaba en el artículo 82 (antes de la reforma del 2005, artículo 79) que consagraba la superintendencia directiva, correccional y económica a la Corte Suprema. En efecto, se entendía que la sola superintendencia económica de nuestro máximo tribunal contenía, por sí misma, y sin necesidad de habilitación legal, la atribución para dictar autos acordados.⁶¹

Así, en la causa Rol N° 783 el Tribunal Constitucional señaló que “*Desde siempre*” se ha entendido que la facultad para dictar los autos acordados proviene de la superintendencia económica que nuestra Constitución confirió a la Excm. Corte Suprema. En dicha sentencia el tribunal funda la constitucionalidad de los autos acordados, incluso en la tradición, pues desde la Colonia, pasando por la Real Audiencia y hoy la Corte Suprema, han regulado ciertas materias en dicho producto normativo.⁶²

La reforma del año 2005 significó un cambio para efectos de esta materia, pues introdujo en nuestra Constitución de forma expresa la referencia a los autos acordados. Así, el Artículo 93 N° 2 otorgó al Tribunal Constitucional la atribución de “*Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones;*”

Con la inserción positiva de los autos acordados en nuestra Carta Magna, por la ya referida reforma del 2005, resulta inequívoco sostener que la superintendencia económica de la

⁶¹ ALDUNATE, Eduardo, *La distribución de potestades normativas en la Constitución: potestades reglamentarias administrativas, autos acordados y facultades del fiscal nacional*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2009) 33, pp. 371 – 390 [Visible en internet: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200010>]

⁶² *Ibíd.*

Corte Suprema consagrada constitucionalmente comprende la facultad de dictar autos acordados.⁶³

En efecto, y en relación con los objetivos de esta investigación, no podría sostenerse la inconstitucionalidad del Acta 205 – 2015 fundado solo por ser un auto acordado, pues la Corte Suprema tiene la facultad de dictarlos. En consecuencia, para determinar la inconstitucionalidad del Acta, este análisis debe hacerse en base a sus contenidos.

2. *El Acta regula materias propias de ley*

El Acta 205 – 2015 regula un procedimiento judicial. Así se desprende del contenido del auto acordado, ratificado por la propia denominación que la Corte Suprema le dio a la norma “Sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles de la sustracción internacional de niños y niñas”.

El Acta otorga la competencia para conocer de la materia al tribunal de familia, establece plazos, reglas de comparecencia, regula los recursos, entre otros contenidos ya revisados en el capítulo anterior. Así, es inequívoco sostener que la regulación de esta versa sobre un procedimiento judicial.

El artículo 77 de nuestra Constitución establece: “Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales”. Además, el artículo 19 N° 3 de nuestra constitución en su inciso sexto consagra expresamente que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”

Al momento de establecerse un procedimiento judicial se ventilan distintos intereses que deben ser congeniados: velar que los tribunales adopten decisiones correctas; reducir en lo posible los costos, considerando que los recursos económicos en un sistema judicial son escasos⁶⁴; evitar dilaciones indebidas, toda vez que la “justicia retardada es justicia denegada”. La regulación de dichas materias es de interés público y distribuye cargas entre los litigantes. Por ejemplo, limitar los recursos que proceden contra las resoluciones facilitan la rápida resolución de un caso, pero implica por otro, un mayor riesgo de error del órgano jurisdiccional.

Así, al consagrar un procedimiento judicial se deben tener en cuenta el respeto al debido proceso, que se ve manifestado en el derecho al juez predeterminado por ley; el derecho a un juez o tribunal independiente e imparcial; a la defensa jurídica y la asistencia letrada; el derecho a la bilateralidad de la audiencia; el derecho al debido emplazamiento; el derecho a la igualdad entre las partes; el derecho a presentar e impugnar pruebas; a obtener una resolución fundada que resuelva el fondo; el derecho a la revisión por parte de un tribunal superior, entre otros derechos, que el constituyente ha confiado para su vigencia, en los procedimientos judiciales, que estos sean establecidos por el legislador.⁶⁵

⁶³ DELGADO, Carol, *El control de constitucionalidad de los autos acordados y los derechos fundamentales*, en *Estudios Constitucionales* 8 (2010) 2, pp. 799 – 812 [visible en internet: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000200024>]

⁶⁴ J. DRAPER, Anthony, *Jeremy Bentham, procedimiento jurídico y utilidad*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (2003) 37, pp. 292 – 294 [Visible en internet: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/viewFile/1094/1292>].

⁶⁵ GONZALO, García, CONTRERAS, Pablo, *El derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*, en *Estudios constitucionales* 11 (2013) 2, pp. 229 – 282 [visible en internet: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007>].

Una lectura del artículo 19 N° 3 nos deja claro lo expresado anteriormente: el constituyente ha sido enfático al señalar que “*Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racional y justa*”. El término “siempre” se puede interpretar desde dos acepciones: por un lado, un mandato al legislador de establecer las debidas garantías de un procedimiento; por otro, como una facultad exclusiva del legislador; en efecto, no podría la Corte Suprema regular el establecimiento de dichas garantías.

Conforme a lo expuesto anteriormente, al estudiar el contenido normativo del Acta, resulta inequívoco sostener que su regulación versa sobre un procedimiento judicial. Esta situación fue manifestada por el ministro Cerda quien votó en contra al momento de dictarla, pues consideró que “*el Auto Acordado propuesto pugna con la regla básica del artículo 19 numeral 3º, inciso sexto de la Constitución Política de la República, que únicamente autoriza al legislador el establecimiento de procedimientos, que es lo que ocurre en el presente caso*”⁶⁶

Esta materia ha sido regulada por ley en el derecho comparado. Por ejemplo, la República Oriental de Uruguay publicó en mayo del 2012 la Ley 18.195 sobre restitución de personas menores de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente.⁶⁷ En la República Argentina, cuya forma de Estado es federal; la provincia de Córdoba y Neuquén adoptaron leyes para regular el procedimiento aplicable para los convenios sobre restitución internacional de NNA⁶⁸; en cambio, a nivel nacional, en el país trasandino, el artículo 2.649 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina establece principios generales sobre la restitución internacional de niños y niñas.⁶⁹ El Reino de España ha regulado el procedimiento por medio de la Ley 29/2015 y contempla normas también en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La República de Colombia sancionó el 2006 la Ley 1.008.⁷⁰

Por otro lado, existen Tratados Internacionales relativos a la sustracción internacional de NNA que sí regulan expresamente un procedimiento aplicable, tal es el caso de la Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores⁷¹. El cual crea un procedimiento

⁶⁶ EXCMA. CORTE SUPREMA, Acta 205 – 2015, cit. (n. 55)

⁶⁷ “Artículo 1º. Objeto. - Será objeto del proceso regulado en la presente ley determinar si ha existido traslado o retención ilícitos de una persona de menos de dieciséis años de edad, toda vez que se haya verificado en violación a un derecho de guarda o de custodia y preservar el derecho de visita conforme a la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores aprobada por la Ley N.º 17.109, de 21 de mayo de 1999, y por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, ratificada por la Ley N.º 17.335, de 17 de mayo de 2001.”

⁶⁸ La provincia de Córdoba adoptó la ley 10.419 sobre procedimiento para la aplicación de los convenios sobre restitución internacional de niñas, niños y adolescentes y régimen de visitas o contacto internacional. La provincia de Neuquén hizo lo propio con la ley 3.134 de procedimiento para la aplicación de los convenios sobre restitución internacional de NNA.

⁶⁹ “Artículo 2642.- Principios generales y cooperación. En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño.- El juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión.- A petición de parte legitimada o a requerimiento de autoridad competente extranjera, el juez argentino que toma conocimiento del inminente ingreso al país de un niño o adolescente cuyos derechos puedan verse amenazados, puede disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también, si correspondiera, la del adulto que acompaña al niño, niña o adolescente.”

⁷⁰ La Ley 1.008 fija algunas competencias y procedimientos para la aplicación de convenios internacionales en materia de niñez y de familia.

⁷¹ CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES, Departamento de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos. [Visible en internet: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html>]

especial, sumario y con plazos muy abreviados.⁷² Instrumento internacional distinguido por la doctrina como *“el único procedimiento diseñado sobre el plano supranacional (...) Se ha creado, entonces, un procedimiento en materia de restitución internacional de menores fuera de la órbita de la soberanía legislativa de cada Estado, que reemplaza al derecho procesal interno de cada país por otro uniforme para toda América...”*⁷³. Chile no figura como Estado signatario de dicho Tratado.

Volviendo a nuestro país, la vulneración a la reserva legal se ventiló ante el Tribunal Constitucional, donde se impugnó la constitucionalidad del Acta 205 - 2015, las requirentes sostuvieron que el auto acordado reguló materias que el constituyente reservó al legislador. Ante ello, el Tribunal sostuvo en su fallo que *“Que, al respecto, este Tribunal Constitucional con el objeto de velar por el eficaz funcionamiento de la jurisdicción judicial, en caso de silencio por parte del legislador o de la Carta Fundamental, los propios órganos judiciales tienen la facultad de autorregularse, lo cual es sin perjuicio, naturalmente, de que, al hacerlo, no puede contradecir las normas legales ni menos aquellas de rango constitucional.”*⁷⁴

Sin embargo, en realidad el Tribunal Constitucional ha validado un Auto Acordado que sí ha contradicho las normas legales y las de rango constitucional, por las siguientes razones:

a) El derecho al juez predeterminado por ley:

El artículo primero del Acta 205 – 2015 confiere la competencia para conocer del procedimiento al Tribunal de Familia del domicilio presunto del niño o niña sujeto a sustracción internacional. Sin embargo, el artículo 77 de la Constitución establece *“Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República.”* En efecto, la potestad pública de ejercer jurisdicción solo puede ser atribuida por ley.⁷⁵

En línea con lo expuesto, el Tribunal Constitucional en causa Rol 499 – 2006 dejó claramente establecido que en un Estado de Derecho se debe dar un cumplimiento estricto al principio de legalidad del tribunal, a través del juzgamiento por jueces instituidos por ley.⁷⁶

Con lo anterior, no busco sostener que los tribunales de familia sean incompetentes para conocer las causas relativas a la restitución de niños retenidos o sustraídos ilícitamente, sino que la fuente de la cual emana dicha potestad jurisdiccional no es -ni debiese ser- el Acta 205 – 2015, pues la determinación de dicha competencia material debe estar conferida únicamente en la ley.

Este argumento se ve reforzado con el voto en contra de los ministros del Tribunal Constitucional -al conocer un requerimiento de inaplicabilidad- Carlos Carmona y Juan José Romero, que sostuvieron en el fallo Rol 4189 – 17, en su considerando décimo.

“Los autos acordados no pueden invadir las materias propias de ley. Lo anterior se ve reforzado en nuestro sistema por lo establecido en el artículo 77 de la Constitución. (...) - Esto implica que las atribuciones

⁷² B. SCOTTI, Luciana, cit. (N° 16) p. 13.

⁷³ SANTOS BELANDRO, Rubén, *Minoridad y ancianidad en el mundo actual*, (2° Edición, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2013), cit. por B. SCOTTI, Luciana, *Las garantías fundamentales en el procedimiento de restitución internacional de niños*, (2013), p. 3, [Visible en internet: <https://sociodip.files.wordpress.com/2013/12/las-garantias-fundamentales-en-el-proceso-de-restitucion-internacional-de-ninos-scotti.pdf>]

⁷⁴ Argumento sostenido en la causa rol 783 y 1812, replicado en las sentencias del Tribunal Constitucional relativas al Acta 205 – 2015, rol 4189 – 17, considerando décimo quinto y rol 5570 – 18, considerando vigésimo séptimo.

⁷⁵ GARCÍA, Gonzalo, CONTRERAS, Pablo, cit. (n. 64), pp. 258 – 259.

⁷⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia, rol núm. 499, considerando vigésimo segundo.

*de los tribunales las da la ley. (...)- Los Autos acordados no pueden suplir vacíos de ley, ni incurrir en las materias propias de éstas.*⁷⁷

b) El Acta 205 – 2015 ha derogado tácita y parcialmente la ley 19.968:

Tal y como lo expuse en el primer capítulo, el procedimiento aplicable, previo a la dictación del Acta, ha sido regulado inicialmente por el auto acordado de 1998 y luego por la ley 19.968, especialmente en aquellas disposiciones que contradijeron directamente lo expresado en el auto acordado. Lo anterior, en las materias que señalo a continuación.

TABLA N°1: EVOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NNA.

	Auto Acordado de 1998	Ley 19.968 que crea los tribunales de familia	Acta 205 - 2015
Recursos que proceden contra la sentencia definitiva.	Solo procede el recurso de apelación.	Proceden los recursos de apelación y casación.	Solo procede el recurso de apelación.
Plazo para la interposición de la apelación.	Debe interponerse dentro de un plazo de cinco días.	Dispone un plazo de diez días.	Debe interponerse dentro de un plazo de cinco días.
Regla de valoración de la prueba.	La prueba se aprecia en conciencia.	La prueba se aprecia según las reglas de la sana crítica	La prueba se aprecia según las reglas de la sana crítica.

(Tabla de elaboración propia)

Correctamente, a mi juicio, la jurisprudencia entendió que la ley 19.968 prima por sobre el auto acordado de 1998. En causa seguida ante la Corte de Apelaciones de Valdivia, se acogió un recurso interpuesto fuera del plazo de cinco días, pero dentro del plazo de diez fijado por la ley que creó los tribunales de familia.⁷⁸

Siguiendo el mismo criterio la Corte Suprema validó la procedencia del recurso de casación y la vigencia de la ley 19.968 en los procedimientos relativos a la sustracción internacional. Así lo expresó al sostener *“Que, al respecto, cabe señalar que la ley N°19.968, que crea los Juzgados de Familia y regula el procedimiento general propio de las cuestiones entregadas a su competencia, es también aplicable a materias como la sustracción de menores en el ámbito de la referida convención. En esta perspectiva, la apreciación de la prueba ha quedado regida por las normas y principios de la sana crítica como la misma ley establece en su artículo 32, y en contra de la sentencia que resuelve esta clase de asuntos, proceden los recursos que el artículo 67 contempla, es decir, los de apelación y casación.”*⁷⁹

Sin embargo, luego de la dictación del Acta 205 – 2015, la Excma. Corte Suprema declaró improcedente la casación fundado únicamente en el artículo 12 de dicho cuerpo normativo,⁸⁰ criterio que ha seguido la jurisprudencia, tanto en la procedencia de los recursos como en los

⁷⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia, rol núm. 4189. El destacado es nuestro.

⁷⁸ CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, sentencia, rol núm. 211 – 2011, considerando segundo y tercero.

⁷⁹ CORTE SUPREMA, sentencia rol núm. 2905 – 2011, considerando cuarto. El destacado es nuestro.

⁸⁰ CORTE SUPREMA, sentencia, rol núm. 18303 – 2017, considerando segundo.

plazos para su interposición.⁸¹ En efecto, la jurisprudencia estima que el Acta rige por sobre la ley 19.968, por ser una norma de carácter especial. Sin embargo, ha omitido que de ningún modo se le puede atribuir a un auto acordado una jerarquía superior o igual a la ley. En consecuencia, la dictación del particular no es óbice para cambiar el criterio jurisprudencial que se asentó previamente.

Al reconocer que la limitación de los recursos que proceden contra la sentencia definitiva y los plazos para su interposición tiene como fuente normativa el Acta, implica sostener que ésta ha derogado tácita y parcialmente las disposiciones de la ley 19.968, considerando que la misma Corte Suprema estimó previamente que dicha norma legal es aplicable a la sustracción internacional de niños y niñas.

Esta situación, lejos de ser corregida, ha sido validada por nuestro Tribunal Constitucional, y en efecto, ha trasgredido el propio principio asentado en sus sentencias, en lo referente a que un auto acordado no puede contravenir normas legales ni constitucionales.

c) El Acta vulnera el derecho al recurso.

La contravención al sistema recursivo establecido en la ley y la vulneración al derecho al recurso será analizada posteriormente. De momento, cabe señalar que tal y como he mencionado, el artículo 12 del Acta excluye la procedencia de la casación y reduce los plazos para la interposición de la apelación.

El Acta 205 – 2015 podría asimilarse con el Auto Acordado dictado por la Corte Suprema que reguló el procedimiento de la acción de protección; al no existir norma alguna que regule el procedimiento y conforme al principio de inexcusabilidad que rige a nuestros tribunales de justicia, se justificó la dictación y aplicación del auto acordado, puesto que la omisión del legislador no puede privar al Poder Judicial de ejercer sus funciones.⁸² Sin embargo, estaríamos frente a un supuesto distinto; la ley ya dispone de un procedimiento.

3. *El Acta regula un procedimiento ya determinado en la ley*

La ley 19.968 establece, entre otros aspectos, los principios generales que se proyectan en los asuntos de familia; tales como la actuación de oficio, la intermediación, la concentración, la oralidad, la búsqueda de soluciones colaborativas y la desformalización; establece el interés superior del niño y el derecho a ser oído, se consagra, asimismo, la potestad cautelar.

Además, preceptúa que en todo lo no regulado por dicha ley se aplicarán las disposiciones comunes a todo procedimiento que establece el Código de Procedimiento Civil, salvo que su aplicación resulte incompatible con la naturaleza de los procedimientos que establece la ley. En efecto, se deben respetar los principios señalados en el párrafo anterior.

⁸¹ VID. CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, sentencia, rol núm. 435 – 2019. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia, rol núm. 2230 -2020, Corte Suprema, rol núm. 4932 – 2017.

⁸² MORAGA, Claudio, *¿Una Potestad normativa de la Corte Suprema de Justicia de Chile?*, en *Revista Aída* (2011) 9, p. 166. [visible en internet: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/135267/Una_potestad_normativa_de_la_corte_Suprema.pdf?sequence=1&isAllowed=y]

En consecuencia, siguiendo este argumento, si la propia ley 19.968 establece un procedimiento a seguir ¿Cuál es el fundamento que se ha esgrimido para establecer uno distinto?

La Corte Suprema ha fundado la dictación del Acta en que el procedimiento debe ajustarse al principio de celeridad que inspira las normas del Convenio⁸³, en efecto la letra a) del artículo primero establece como objetivo de la Convención “*garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante*”

En contraste con lo señalado anteriormente, cabe tener presente lo expresado por los ministros Carlos Carmona y Juan José Romero, quienes fundaron su voto en contra argumentando lo siguiente “*No es posible asumir que existe una omisión legislativa en este caso. La ley 19.969 [sic], sobre Tribunales de Familia contempla un procedimiento de aplicación general en los artículos 9° y siguientes el cual no ha sido considerado por los requeridos como incompatibles con el estándar general de premura. (...). Nada impide que en el procedimiento legal aludido se pueda actuar con la urgencia del caso de acuerdo con el interés superior del niño.*”

Al momento de dictar el Acta 205 – 2015, el Ministro Señor Cerda votó en contra de la dictación de esta en atención que “*La interpretación sistemática de los artículo 2, 7 inciso primero, 8 inciso primero, 9, 11 y 12 inciso primero, 14, 18 y 19 de la Convención sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños, en relación con los artículos 8, 9, 13, 16, 22 y 27 oración final de la ley 19.968, autoriza concluir que el ordenamiento jurídico vinculante proporciona a la judicatura los lineamientos procesales suficientes para el pronto y eficaz conocimiento, resolución y ejecución de la clase de asuntos a que refiere dicho Convenio*”⁸⁴

Asimismo, y tal como lo sostuve previamente, antes de la dictación del Acta, la Corte Suprema afirmó “*Que la ley N°19.968, que crea los Juzgados de Familia y regula el procedimiento general propio de las cuestiones entregadas a su competencia, es también aplicable a materias como la sustracción de menores en el ámbito de la referida Convención.*”⁸⁵

Cabe señalar que la ley que creó los tribunales de familia es posterior a la ratificación del Convenio de La Haya, podría sostenerse que si el legislador no quiso regular un procedimiento especial fue porque consideró para su aplicación el procedimiento común aplicable de la ley 19.968, que debe regirse con la especial urgencia que la Convención dispone.

4. Inconstitucionalidad del artículo 12 del Acta 205 – 2015 por vulnerar el derecho al recurso

Acta 205 – 2015: “*Artículo 12. Recursos. La sentencia definitiva sólo será impugnabile a través del recurso de apelación, el que deberá interponerse dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación respectiva. El recurso será distribuido por el Presidente de la Corte dentro de los cinco días hábiles siguientes a su ingreso, sin esperar la comparecencia de las partes, y se conocerá en cuenta, salvo que éstas soliciten alegatos, caso en el cual se agregará preferentemente a la tabla.*

Contra la sentencia que se pronuncie sobre el recurso de apelación no procederá recurso alguno.

Las demás resoluciones que se dicten durante la substanciación del procedimiento sólo serán susceptibles de recurso de reposición.”

⁸³ Así se desprende del fundamento n.2 y de las disposiciones del Acta 205 – 2015, especialmente el artículo 5°, 8°, 9° y 12°.

⁸⁴ Acta 205 – 2015, Cit. (n.55)

⁸⁵ Corte Suprema, Cit. (n. 78)

Ley 19.968: “Artículo 67.- Recursos. Las resoluciones serán impugnables a través de los recursos y en las formas que establece el Código de Procedimiento Civil, siempre que ello no resulte incompatible con los principios del procedimiento que establece la presente ley, y sin perjuicio de las siguientes modificaciones:”

Existe una clara antinomia entre los preceptuados en el Acta 205 – 2015 y la ley que crea los tribunales de familia, situación que ha sido resuelta de acuerdo con el criterio de especialidad. En este acápite me referiré a la vulneración del derecho al recurso, por limitar el recurso de casación y por acortar los plazos de interposición de la apelación.

a) Cuestión previa: El derecho al recurso como garantía constitucional

Los recursos son aquellos medios de impugnación que establece la ley para obtener la modificación, enmienda o invalidación de una resolución judicial⁸⁶. En efecto, el recurso es aquel acto procesal encaminado a obtener del propio tribunal o de otro superior la invalidación, reforma o revocación de una resolución judicial no pasada en autoridad de cosa juzgada y que ha ocasionado un agravio al recurrente⁸⁷.

Sin duda, es de gran importancia para los litigantes conocer el grado de control que ejercen las Cortes, a través de los recursos, por sobre los tribunales de primera instancia, en el caso concreto tratado en esta Memoria, sobre lo dictaminado por el juez de familia. Según la doctrina nacional clásica, los recursos han sido creados por el legislador como medio para corregir los vicios, agravios o falta en la que incurren los jueces, ya que, como todas las personas, no son infalibles y como persona que son los jueces, ellos también pueden equivocarse.⁸⁸

El Acta 205 – 2015 en su artículo 12 establece “La sentencia definitiva sólo será impugnable a través del recurso de apelación, el que deberá interponerse dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación respectiva.”, asimismo su inciso segundo reza “Contra la sentencia que se pronuncie sobre el recurso de apelación no procederá recurso alguno”. En base a lo anterior, es necesario preguntarse si, ¿El derecho al recurso está garantizado en nuestra Constitución? y, en segundo lugar, ¿Cuáles serían los alcances de este derecho?

Sin embargo, en este acápite no se tratará directamente lo establecido en el Acta sino más bien, un análisis de lo que se entiende como “derecho al recurso” y su relación con la garantía fundamental del debido proceso establecida en el artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución. Posteriormente se relacionará lo expuesto con lo preceptuado en el Acta para estudiar su constitucionalidad.

⁸⁶ NÚÑEZ, Raúl, PÉREZ-RAGONE, Álvaro, *Manual de Derecho Procesal Civil. Los Medios de Impugnación*, (Santiago, Legal Publishing, 2015) [visible en internet: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2015/41863521/v1>]

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ Vid. BENAVENTE, Darío, *Derecho procesal civil*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002), p. 147; y, CASARINO, Mario, *Manual de Derecho procesal, Derecho Procesal Civil*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), IV, p. 129, cit. por. NÚÑEZ, Raúl, *El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo*, en *Revista Ius et praxis* 14 (2008) 1, pp. 199 – 223 [visible en Internet: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000100008>]

El derecho al recurso se define como: aquel derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso a cualquier título y condición, para que se corrijan los errores del juez que le causan gravamen o perjuicio.⁸⁹

Para aproximarnos normativamente debemos tener en cuenta lo preceptuado en el artículo 8.2 letra h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, atendido que constituyen Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que han sido ratificados en Chile y se encuentran vigentes. Asimismo, en el derecho interno, lo preceptuado en el Artículo 19 N°3 inciso sexto de la Constitución Política de la República.

En efecto, es correcto afirmar que si bien, el derecho al recurso no tiene consagración expresa en nuestra Carta Fundamental, si es posible señalar que otorga el derecho a contar con garantías, una investigación racional y justa, y un proceso previo legalmente tramitado. Asimismo, es necesario establecer que el constituyente consagró *“Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racional y justa”*. Así, el término *“siempre”* lo podemos interpretar desde dos perspectivas, por un lado, como un mandato al legislador de establecer las garantías de todo procedimiento y, por otro, como una facultad exclusiva del legislador el determinar la forma y el fondo de dichas garantías, en donde situamos, evidentemente, el derecho al recurso. Perspectivas, sobre la cual será necesario volver más adelante a la hora de analizar particularmente la constitucionalidad del artículo 12 de la referida Acta 205-2015.

Concluir que el artículo 19 N°3 de nuestra Constitución consagra el derecho al recurso no es conteste en nuestra doctrina constitucional⁹⁰. Sin embargo, la garantía del debido proceso no solamente se llena de contenido con lo que expresa la propia Carta Magna, sino que, también con los elementos esenciales que se desprenden de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que han sido ratificados en Chile y se encuentran vigentes.⁹¹

El Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente. *“Que es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, el que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y la misma Carta Fundamental en el inciso quinto [hoy inciso sexto] del numeral 3° de su artículo 19, confiere al legislador la misión de establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo; en cuanto a los aspectos que comprende el derecho del debido proceso no hay discrepancias en que, a lo menos lo conforman (...) de que la decisión sea razonada y la posibilidad de recurrir en su contra, siempre que la estime agravante, de acuerdo a su contenido”*⁹².

Asimismo, en sentido similar dicho tribunal ha señalado. *“Que, el artículo 19 N.º 3, inciso sexto, de la Constitución Política de la República, en su segunda parte señala que “Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías del procedimiento y una investigación racionales y justos”.- Conforme a este mandato constitucional la ley procesal debe responder a un criterio de tutela judicial a las personas que comparecen ante los Tribunales de Justicia, entendiendo que el debido proceso obliga al legislador a dar protección a las partes,*

⁸⁹ BORDALÍ, Andrés, CORTEZ, Gonzalo, PALOMO, Diego, *Proceso Civil: Los recursos y otros medios de impugnación*, (1° Edición, Santiago, Thomson Reuters la Ley, 2016) [visible en internet: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2016/41930223/v1>]

⁹⁰ NÚÑEZ, Raúl, PÉREZ-RAGONE, Álvaro, cit. (n. 85).

⁹¹ BORDALÍ, Andrés, CORTEZ, Gonzalo, PALOMO, Diego, cit. (n. 88).

⁹² CORTE SUPREMA, sentencia, rol núm. 4719-2007, cit. por BORDALÍ, Andrés, CORTEZ, Gonzalo, PALOMO, Diego, *Proceso Civil: Los recursos y otros medios de impugnación*, (1° Edición, Santiago, Thomson Reuters la Ley, 2016) [visible en internet: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2016/41930223/v1>]

tanto en la tramitación de un proceso como en el fallo, otorgándoles la posibilidad de revisar las sentencias en caso que ella no recoja su pretensión.- Que, para que exista debido proceso y se cumpla con el mandato constitucional de que toda persona tenga la garantía de un procedimiento y una investigación racionales y justos, es menester que se posibiliten todas las vías de impugnación que permitan finalmente que se revisen por órganos judiciales superiores lo resuelto por un juez inferior".⁹³

Así, conforme a lo expuesto es posible aseverar que el derecho al recurso sí se encuentra garantizado, aunque no explícitamente, en nuestro ordenamiento jurídico, esto por la consagración del debido proceso como garantía constitucional y la interpretación de dicha institución conforme a los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. No obstante, es necesario precisar cuáles son los alcances de este derecho y en qué se traduce en términos normativos. Pues si bien la doctrina se encuentra conteste en entender el debido proceso como piedra angular del debido proceso, existen controversias en torno a su contenido y extensión⁹⁴

Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado: *“una cuestión distinta es que la Constitución obligue al legislador a establecer algún recurso judicial determinado. Establecida la posibilidad de revisión, el legislador es libre para determinar el modo y los procedimientos para lograrla. Así lo ha declarado esta Magistratura: dentro de los principios informadores del proceso penal, se encuentra la configuración de este en base a la única o a la doble instancia, opción de política legislativa que corresponde al legislador decidir, en el marco de las reservas legales específicas de las garantías de legalidad del proceso y del racional y justo procedimiento, contenidas en el artículo 19 número 3 de la Carta Fundamental”⁹⁵*

El Tribunal Constitucional, al determinar el alcance del derecho al recurso señala que éste no implica de modo alguno el derecho a un recurso en específico. En efecto, el núcleo fundamental de este derecho es que el legislador garantice vías de impugnación frente a un tribunal superior. Siempre que se resguarde ello, el legislador es libre para configurar las modalidades de ejercicio de este derecho, ya sea en procedimientos de única o de doble instancia.⁹⁶

Con todo, la facultad de determinar el fondo y a la forma de los recursos es, al tenor de lo expuesto por el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución y las sentencias expuestas del Tribunal Constitucional, una labor que corresponde exclusivamente al legislador.

b) Limitar la casación por medio de una ley no es una vulneración del derecho al recurso

Tal y como lo expuse anteriormente, según lo resuelto por la jurisprudencia y lo afirmado por la doctrina, la configuración del derecho al recurso viene dada por el legislador, quedando cubierto tal derecho con la otorgación de alguna vía de impugnación de lo resuelto ante el

⁹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia, rol núm. 2723, cit. por BORDALÍ, Andrés, CORTEZ, Gonzalo, PALOMO, Diego, *Proceso Civil: Los recursos y otros medios de impugnación*, (1° Edición, Santiago, Thomson Reuters la Ley, 2016) [visible en internet: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2016/41930223/v1>]. El destacado es nuestro.

⁹⁴ BORDALÍ, Andrés, CORTEZ, Gonzalo, PALOMO, Diego, cit. (n. 88).

⁹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia, rol núm. 986, cit. por BORDALÍ, Andrés, CORTEZ, Gonzalo, PALOMO, Diego, *Proceso Civil: Los recursos y otros medios de impugnación*, (1° Edición, Santiago, Thomson Reuters la Ley, 2016) [visible en internet: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2016/41930223/v1>]. El destacado es nuestro.

⁹⁶ BORDALÍ, Andrés, CORTEZ, Gonzalo, PALOMO, Diego, cit. (n. 88).

tribunal superior. Razón por lo cual el derecho al recurso no debe entenderse como el derecho a un recurso en particular.

Por ejemplo, el hecho de que el legislador limite el recurso de apelación o casación en determinados procedimientos no constituye una violación del derecho al recurso. Volviendo a nuestra materia, si se excluye el recurso de casación en contra de la sentencia definitiva, del procedimiento relativo a los aspectos civiles del secuestro internacional de NNA, no implica una vulneración a dicha garantía constitucional.

En consecuencia, lo contenido en el artículo 12 no es inconstitucional por el solo hecho de excluir el recurso de casación, ni mucho menos por limitar los plazos para la interposición de la apelación. Las razones que esgrimiré para hacer el juicio de inconstitucionalidad no viene dado por el contenido, sino por la fuente normativa de la cual emana, puede el legislador limitar determinados recursos, pero no puede un auto acordado establecer los recursos aplicables en contra de determinadas resoluciones, ni mucho menos limitar aquellos establecidos en la ley.

- c) El artículo 12 del Acta 205 – 2015 es inconstitucional al limitar los recursos por medio de un Auto Acordado

Nuestra Constitución establece que *“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”* Sin duda, al tenor de lo expuesto en acápites precedente, que la configuración de los recursos que proceden en contra de las resoluciones es una facultad exclusiva del legislador.

Sin embargo, la Corte Suprema ha estimado en su auto acordado, so pretexto de establecer un procedimiento con la debida celeridad⁹⁷, que la casación es incompatible con el procedimiento de restitución. Asimismo, bajo ese mismo argumento, ha acortado los plazos para la interposición de la apelación de diez a cinco días. Al tenor de lo preceptuado en nuestra Carta Fundamental, dicha situación resulta incompatible con las atribuciones que el constituyente ha otorgado a nuestro máximo tribunal.

- i) Limitar la casación en el procedimiento de familia: Una postura institucional de la Corte Suprema.

En virtud de lo preceptuado en nuestra Carta Fundamental, en aquellos proyectos de ley que versan sobre las atribuciones de los tribunales de justicia, se debe requerir informe a la Corte Suprema. Así aconteció en la tramitación del proyecto de ley que creó los tribunales de familia.

En el Mensaje enviado por el Presidente de la República al Congreso Nacional para efectos de crear los tribunales de familia, se estimó que atendida la importancia y la complejidad de las materias sometidas a conocimiento de esta nueva judicatura especializada, se establecía la procedencia del recurso de casación en caso de haberse dictado sentencia con infracción a disposiciones legales o constitucionales, o que se haya pronunciado en un procedimiento que haya dejado de observar las garantías del debido proceso. Sin embargo, con el propósito de

⁹⁷ CORTE SUPREMA, cit. (n. 82)

hacerlo compatible con la naturaleza de los procedimientos de familia, se establecieron modificaciones para efectos de desformalizarlo⁹⁸.

Al requerir oficio, la Excma. Corte Suprema estimó positiva y oportuna la intención de crear juzgados especializados en estas materias. Respecto a los recursos, señaló que no parece conveniente, en concepto de la Corte, establecer como vía de impugnación el recurso de casación debido a la naturaleza y características de las materias de familia.⁹⁹ Dicha postura la reitera en oficio despachado por la Corte en agosto del 2001 donde sugirió eliminar el recurso de casación en la forma.¹⁰⁰

En el Congreso Nacional, como es propio de los debates legislativos, surgieron diversas posturas frente a la procedencia o no del recurso de casación,¹⁰¹ ante ello, los representantes del ejecutivo sostuvieron la importancia de consagrar dicho recursos en estos procedimientos para velar por la correcta sustanciación del procedimiento.¹⁰² En razón de su importancia, y ponderando los argumentos presentados, el proyecto de ley consagró el recurso de casación como vía de impugnación procedente en materia de familia.

Pongo de manifiesto lo resuelto en el Congreso Nacional, pues si bien la Corte Suprema manifestó su opinión en restringir la casación, el constituyente confió al legislador, legitimado con la validación democrática, el consagrar los recursos que proceden en determinados procedimientos, pues su establecimiento considera la convergencia de distintos intereses que deben compatibilizarse tales como, la celeridad, el velar por la correcta decisión de los tribunales, y la importancia de los intereses debatidos en los procedimientos. Ponderando lo anterior, y teniendo presente lo expuesto por nuestro máximo tribunal, el legislador estimó procedente la casación, consagrándola en el artículo 67 de la ley 19.968.

Al dictar el Acta 205 – 2015 la Corte Suprema estimó que conforme a la naturaleza del procedimiento no procede la casación, misma sugerencia que realizó en la discusión de la ley 19.968. Sin embargo, al tenor de lo expuesto, la configuración de los recursos es una prerrogativa exclusiva del legislador y éste último no se ha pronunciado especialmente respecto al procedimiento de restitución internacional de NNA.

ii) El principio de celeridad

Este principio es aquel derecho fundamental de contar con una justicia expedita que no debe contener dilaciones indebidas, manifestándose en la obligación de actuar en un plazo determinado y razonable.¹⁰³ En efecto, el principio de celeridad se encuentra reconocido en cualquier proceso judicial. Sin embargo, la doctrina es unánime al señalar que en aquellos

⁹⁸ HISTORIA DE LA LEY N° 19.968, *Crea los tribunales de familia*, p. 9 [visible en internet: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5746/HLD_5746_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf]

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 34.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 190.

¹⁰¹ La H. Diputada Sra. Soto estimó improcedente el establecimiento del recurso de casación, pues estimaba que podía servir para dilatar el proceso de forma innecesaria. Mismo argumento sostuvo el H. Diputado Señor Walker.

¹⁰² *Ibíd.*, p. 223.

¹⁰³ JARAMA, Zaida, VÁSQUEZ, Jennifer, DURÁN, Armando, *El principio de celeridad en el código orgánico general de procesos, consecuencias en la audiencia*, en *Revista Universidad y Sociedad* 11 (2019) 1, p. 321 [visible en internet: <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v11n1/2218-3620-rus-11-01-314.pdf>]

procedimientos donde intervienen NNA, por las propias características de sus destinatarios, este debe ser especialmente ágil y breve.¹⁰⁴

La principal razón que tuvo la Corte Suprema para restringir la casación y acortar los plazos para la interposición de la apelación en el Acta 205 – 2015, se fundamentó en que el procedimiento de restitución internacional del NNA es de carácter urgente y en efecto, el procedimiento se encuentra inspirado en el principio de celeridad. Reitero que la limitación de la casación, en la forma y en el fondo, no fue compartida por las ministras señoras Egnem, Chevesich y Muñoz.

El Tribunal Constitucional, señaló, al rechazar el requerimiento formulado en contra del artículo 12 del Acta, que el principio de celeridad debe ponderarse con el derecho al recurso¹⁰⁵, y que, por ende, la restricción de los recursos en el procedimiento de restitución internacional obedece a una finalidad legítima¹⁰⁶. En efecto, la celeridad debe primar por sobre el derecho al recurso.

En este acápite fundamentaré que el principio de celeridad consagrado en el Convenio no faculta a nuestro máximo tribunal para introducir una modificación en nuestro sistema recursivo.

- i. El Convenio de La Haya no establece reglas especiales respecto de los recursos que proceden en el procedimiento de restitución: Tal y como lo expuse en el primer capítulo del presente trabajo de investigación, el Convenio no se ha pronunciado respecto del sistema recursivo. En efecto, la determinación de los recursos que proceden en el procedimiento queda sometido a la soberanía de cada Estado. Respecto a esto, la Corte Suprema ha fundamentado la dictación de su normativa en que el Convenio tiene como objetivo “*garantizar la restitución inmediata del menor*”, dicha inmediatez la ha manifestado en la limitación de la casación. Sin embargo, si al dictarse el Tratado se hubiese estimado que la restricción del sistema recursivo es esencial para el objetivo del procedimiento, se hubiese consagrado expresamente en dicha Convención. Cabe destacar que el legislador tuvo presente que ratificar el instrumento internacional no es suficiente por sí mismo para modificar el sistema recursivo.¹⁰⁷
- ii. El plazo de seis semanas fijado en el artículo 11 del Convenio de La Haya no constituye un plazo fatal¹⁰⁸: El Tribunal Constitucional estimó que el plazo de seis semanas es incompatible con la procedencia del recurso de casación y con el término de diez días, fijados por la ley 19.968, para interponer el recurso de apelación. En efecto, en virtud de ese plazo fijado por el Convenio, la Corte Suprema puede modificar el sistema recursivo. Sin embargo, el plazo fijado lo que hace es facultar al solicitante a pedir una declaración sobre las razones de la demora. Pudiendo, a mi juicio, ser una explicación razonable que el asunto se encuentra en revisión por parte de los tribunales superiores. Al no ser dicho plazo de carácter fatal, no es entendible que, debido a ello, se vulnere el derecho al recurso al tenor de lo expuesto en el artículo 67 de la ley 19.968.

¹⁰⁴ ETCHEBERRY, Leonor, cit. (n. 4), p. 72.

¹⁰⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia, rol núm. 6776, considerando trigésimo octavo.

¹⁰⁶ *Ibid*, considerando trigésimo noveno.

¹⁰⁷ *Vid. Supra*. Primer capítulo, acápite “Ratificación en Chile”, p. 11

¹⁰⁸ PÉREZ-VERA, Elisa, cit. (n. 6) p. 30.

- iii. El legislador es quien debe ponderar el principio de celeridad y el derecho al recurso: La dicotomía antes mencionada suele presentarse en cada uno de los procedimientos judiciales que se han de regular, es obvio sostener que tanto las partes como los operadores jurídicos esperan que la contienda sea resuelta de la forma más expedita posible, pero lo anterior debe sopesarse con el derecho que tienen los litigantes de acudir a un tribunal superior. Nuevamente, es necesario afirmar que el lugar donde deben hacerse dichas ponderaciones, al fijar un procedimiento aplicable es en el Congreso Nacional, con autoridades legitimadas democráticamente para ello, pues implica pronunciarse en abstracto de derechos constitucionalmente protegidos. Actualmente, dicho conflicto ha sido resuelto con la ley 19.968 que fijó que en los procedimientos se contaría con un plazo de diez días para interponer la apelación y la procedencia de la casación.
- iv. Existen vías para velar por la debida celeridad del procedimiento compatibles con el derecho al recurso: En virtud del principio de actuación de oficio consagrado en el artículo 13 de la ley 19.968 el juez cuenta con herramientas para resguardar la celeridad del procedimiento, tales como; el dar curso progresivo al procedimiento, subsanar errores y omisiones de carácter formal y solicitar de oficio a las partes aquellos antecedentes necesarios para un correcto fallo. Asimismo, las Cortes pueden introducir los asuntos relativos a la sustracción internacional de niños, en las causas preferentes de la tabla al conocer los recursos que se interpongan.
- v. El Convenio de La Haya no mandata un procedimiento especial: Si bien, como lo he expresado anteriormente, varios Estados han dictado leyes especiales para regular el procedimiento de restitución internacional de NNA, el artículo 11 del Tratado solo dispone “*Las autoridades judiciales y administrativas actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores*”. Difícilmente se pueda sostener en base a esa expresión una habilitación a la Corte Suprema para elaborar un procedimiento judicial, o limitar los recursos aplicables que la ley ha otorgado.¹⁰⁹

Los argumentos expuestos se ven reforzado con lo sostenido por los ministros del Tribunal Constitucional Carlos Carmona y Juan José Romero, quienes estuvieron por acoger el requerimiento de inconstitucionalidad del Acta, afirmando que el procedimiento establecido en la ley 19.968 no es incompatible con el estándar de premura y, en consecuencia, nada impide que se actúe con la respectiva urgencia.¹¹⁰

A este respecto, considero pertinente lo afirmado por la Suprema Corte de Justicia de Argentina, al fallar en un procedimiento de restitución internacional, “*sea cual fuere la vía adecuada, por más sumariada y urgencia que corresponda otorgarle, y aun cuando el objeto del juzgamiento no tenga que ver con el fondo de las cosas sino con la reparación inmediata de un statu quo arbitrariamente alterado, salta a la vista la necesidad de que exista un proceso. Al decir proceso, naturalmente estamos*

¹⁰⁹ Argumento expuesto en el voto en contra de los ministros del Tribunal Constitucional señores Carlos Carmona y Juan José Romero, quienes estuvieron por acoger el requerimiento de inconstitucionalidad, en la causa rol núm. 4189, considerando octavo, en el cual sostienen “*El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores establece orientaciones, pero no mandata un procedimiento especial a los Estados que suscriben dicho tratado. La Corte Suprema, en la motivación del Auto Acordado, señala ‘establece un procedimiento muy sumario, acorde a lo exige el Convenio’. Sin embargo, el artículo 11 del Convenio sólo señala que: ‘las autoridades judiciales o administrativas de los Estados Contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de menores’*”.

¹¹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia, rol núm. 4189, voto en contra de los ministros Carmona y Romero, considerando noveno.

*hablando del proceso debido, en el cual se respeten todas y cada una de las garantías que integran el paradigma de debido proceso legal...*¹¹¹

Por tanto, en consideración de lo expuesto, el principio de celeridad no constituye una razón suficiente para que el artículo 12 del Acta 205 – 2015 predomine por sobre el sistema recursivo establecido en la ley. Teniendo en cuenta, además, al revisar la historia fidedigna de la ratificación de la Convención, que el legislador no quiso limitar los recursos aplicables.

Reitero, la vulneración del derecho al recurso no viene dada por la exclusión de la casación; si el legislador así lo estima podría excluirla como vía de impugnación, lo que constituye la trasgresión a dicha garantía constitucional es que dicha limitación venga dada por un auto acordado de la Corte Suprema. Teniendo presente que no hay razones normativas para excluir el sistema recursivo consagrado en el artículo 67 de la ley 19.968. Cabe destacar, que conforme al artículo 19 N° 26 de nuestra Carta Fundamental solo la ley, y en los casos que la Constitución lo autoriza puede establecer limitaciones a las garantías constitucionalmente establecidas.¹¹²

IV. CONSECUENCIAS Y SOLUCIONES AL PROBLEMA PLANTEADO.

Tal y como fue mencionado previamente, la situación de hecho que da lugar a la aplicación de este procedimiento es dolorosa y especialmente urgente¹¹³, por tanto, no podemos dejar de tener a la vista las consecuencias derivadas de la aplicación del Acta 205 – 2015, especialmente en los problemas procedentes de su análisis de constitucionalidad.

El 18 de diciembre del 2017 fue presentado un requerimiento de inconstitucionalidad respecto del Acta 205 – 2015. Dicha causa, que la requirente en su legítimo derecho presentó, provocó la suspensión del procedimiento hasta el 7 de agosto del 2018, fecha en que se dictó la sentencia y se alzó la medida. Misma situación ocurrió en la causa Rol 5570-18 y Rol 6776-18 que provocó la suspensión del procedimiento por cerca de cinco meses. En efecto, si adicionamos ese plazo a la demora propia del procedimiento, se excede absolutamente al plazo de seis semanas que el Convenio fija como estándar.¹¹⁴

En consecuencia, las dudas de constitucionalidad del Acta 205 – 2015 provocó que en estas tres causas el procedimiento judicial se alargue, situación que no hubiese acaecido si el legislador hubiese dictado una ley especial, o si el procedimiento se siguiese conforme a la ley 19.968, siendo ésta complementada – y no contradicha- por el auto acordado.

Frente a la problemática antes propuesta conviene ahora exponer posibles soluciones que sean conformes al principio de celeridad, pero respetuosas del principio de reserva legal y el derecho al debido proceso, especialmente en lo que respecta al derecho al recurso.

¹¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, C. 104.149, "V. M.J. Exhortos y oficios". [Visible en: <http://www.scba.gov.ar/falloscompl/SCBA/2009/07-15/c104149.doc>]. El destacado es nuestro.

¹¹² PRECHT, Jorge, *Las limitaciones a los derechos fundamentales en Chile y una cláusula general regulatoria de tales limitaciones*, en *Revista Chilena de Derecho* 28 (2001) 2, p. 277 - 279 [Visible en internet: https://www.jstor.org/stable/41613184?seq=2#metadata_info_tab_contents]

¹¹³ PÉREZ-VERA, Elisa, cit. (n. 6) p. 4.

¹¹⁴ VID. EXPEDIENTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: rol 4189, 5570 y 6776. [Visibles en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente/>]

1. *La solución ideal: Una ley que regule el procedimiento:*

Los problemas de constitucionalidad de las disposiciones Acta 205 – 2015 vienen dadas por la fuente de la cual emana, en efecto si lo contenido en dicha norma constase en una ley no habría cuestionamientos de constitucionalidad. De hecho, lo que dispone el Acta es concordante con la “*Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños*”¹¹⁵

Lo anterior, porque los cuestionamientos de constitucionalidad son dos; la vulneración al principio de reserva legal y el derecho al recurso. Sobre el primero, no habría cuestionamiento alguno si el procedimiento constase por ley. Respecto al segundo, hay que recordar que tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional entienden que el derecho al recurso no es absoluto ni implica el derecho a un recurso en particular.¹¹⁶

A mi juicio, el recurso de casación debiese ser limitado en este procedimiento, que es de carácter urgente y no tienen como propósito pronunciarse sobre el fondo de la cuestión debatida, sino reestablecer el Statu Quo.¹¹⁷ Pero el pleno respeto a nuestra Constitución vigente y los derechos establecidos en ella obliga a que dicha restricción sea establecida por ley.

Sin embargo, proponer esta solución no es algo nuevo, ya se había planteado, por la doctrina, ante los problemas generados por el auto acordado de 1998, que el mecanismo más adecuado para subsanar las dificultades que presenta la aplicación del Convenio, sería por medio de una ley que establezca un procedimiento especial de urgencia y, otorgue expresamente la competencia a los juzgados de familia, para conocer y juzgar las cuestiones relativas a la tramitación judicial de las solicitudes amparadas por el Convenio de La Haya.¹¹⁸

Esta nueva ley debería, además, propender y potenciar las vías colaborativas para la solución de las controversias. En atención, que la vía contenciosa es mucho más traumática, y en general, la contienda no se resuelve amistosamente, siendo necesario recurrir a la justicia.¹¹⁹

En nuestro país, luego de 26 años de ratificado el Convenio no se ha dictado ley alguna que regule el procedimiento, lo que claramente constituye una problemática a la hora de resguardar el interés superior del niño, el derecho al debido proceso y las obligaciones internacionales que voluntariamente ha contraído nuestro país.

2. *La solución actual: Una interpretación sistemática.*

La constitucionalista Prof. Miriam Henríquez señala: “Los jueces deben decidir cuál es la legislación aplicable al caso que han de decidir, conforme a ello se debe tener en cuenta que la Constitución es: a) la norma fundante del ordenamiento jurídico; b) determina el

¹¹⁵ La ley modelo fue desarrollada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño. Fue coordinado por el Dr. Ricardo Pérez Manrique (Uruguay), y participaron del mismo: la Dra. María Lilian Bendahan Silveira (Uruguay), el Dr. Eduardo Cavalli Asole (Uruguay), la Dra. Raquel González (Estados Unidos), la Dra. Graciela Tagle (Argentina), el Dr. Dionisio Núñez Verdín (México), la Dra. Delia Cedenios Palacios (Panamá), y la Dra. Luz María Capuñay Chávez (Perú). [Visible en Internet: <http://by.com.uy/oea.org/wp-content/uploads/2011/12/ley-modelo.pdf>]

¹¹⁶ *Vid. Supra.* “Cuestión previa: El derecho al recurso como garantía constitucional”, p. 35.

¹¹⁷ PÉREZ-VERA, Elisa, cit. (n. 6).

¹¹⁸ RIZIK, Lucía, *El Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y su aplicación en Chile: Las modalidades de restitución del menor*, cit. (n. 34) p. 109.

¹¹⁹ B. SCOTTI, Luciana, cit. (n. 16) p. 3.

ámbito de vigencia y validez de las normas del ordenamiento jurídico, las que deben sujetarse tanto formal como materialmente a ella; c) regula las formas de producción de las demás normas jurídicas; d) define el Sistema de Fuentes, precisando los órganos competentes para la producción de las normas jurídicas, como las categorías básicas a través de las cuales se manifiesta la voluntad de dichos órganos y las relaciones entre las mismas por razón de su jerarquía o de su competencia”.¹²⁰

El Acta 205 – 2015 ha sido dictado en conformidad con la superintendencia económica que recae en la Excm. Corte Suprema. En efecto, y siguiendo el mismo criterio que relacionó a la ley 19.968 y el auto acordado 1998, convendría sostener que la ley prima en todas aquellas disposiciones que se tornan incompatibles con lo dispuesto en el Acta.

Frente a la procedencia del recurso de casación y el plazo para la interposición de la apelación, se detecta una antinomia entre el artículo 12 del Acta 205 – 2015 y el artículo 67 de la ley 19.968. Esta situación puede ser solucionada a la luz de los criterios que tradicionalmente se tienen en cuenta para la resolución de conflictos normativos.¹²¹ No se podría argumentar el criterio de especialidad, toda vez que dicha interpretación procede sobre normas que se encuentra en una misma jerarquía. En consecuencia, el criterio jerárquico implica que el artículo 67 de la ley 19.968 debiese primar por sobre el artículo 12 del Acta 205 – 2015.

La interpretación sistemática debe tener en cuenta el principio del interés superior del niño, el cual se vislumbra como un principio jurídico, una norma sustantiva y una norma de procedimiento.¹²² Teniendo en cuenta que el Acta 205 – 2015 produce una afectación al derecho al recurso, dicha limitación es atentatoria no solo de tal derecho como garantía constitucional sino también, como manifestación del interés superior del niño en su vertiente procesal. Materias en la cual se puede afirmar que, por versar sobre asuntos extrapatrimoniales, si se consagra un derecho al recurso,¹²³ que en este caso se encuentra limitado por un auto acordado.

Es indiscutible que las autoridades deberán actuar con urgencia en el juicio de restitución. Si bien la ley 19.968 otorga un procedimiento éste no es, -el que considero personalmente- más idóneo, pero es el que actualmente se encuentra válidamente consagrado en nuestro ordenamiento jurídico. En base a ello, y siguiendo la misma solución jurisprudencial que rigió anteriormente, el Acta constituye una modificación del auto acordado de 1998 y, por ende, deberá prevalecer la ley 19.968 en todo aquello que resulta incompatible con lo expuesto en el Acta 205 – 2015.

¹²⁰ HENRÍQUEZ, Miriam, *Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del Derecho Constitucional Chileno*, en *Estudios Constitucionales* 11 (2013) 1, pp. 459 – 476 [doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100012>]. El destacado es nuestro.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² NACIONES UNIDAS, Comité de los derechos del niño “Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial” CRC/C/GC/14 (29 de mayo de 2013), cit. por CARRETTA, Francesco, *¿Es el Interés Superior del Niño una norma de procedimiento?*, [Actualmente en edición]

¹²³ CARRETTA, Francesco, *¿Es el Interés Superior del Niño una norma de procedimiento?*, [Actualmente en edición]

CONCLUSIONES

La Corte Suprema dictó el Acta 205 – 2015 con la finalidad de dotar de un procedimiento especial aplicable a la restitución internacional de NNA, en el ámbito del Convenio de La Haya atingente a la materia. Conforme a ello, estableció un procedimiento muy sumario y limitó el sistema recursivo, tanto en los plazos como en las vías de impugnación.

La regulación de un procedimiento judicial y la configuración del derecho al recurso, entendido éste como un elemento constitutivo del debido proceso, deben establecerse por medio de una ley. En efecto, el procedimiento establecido en el Acta y la alteración del sistema recursivo consagrado en el artículo 67 de la ley 19.968 es inconstitucional a la luz de las disposiciones de nuestra Carta Fundamental.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha dictaminado el que Acta es constitucional según se desprende de la propia Carta Magna. Si bien, dicha magistratura es la suprema intérprete de la Constitución, lo dictaminado es cuestionable, a la luz de la fundamentación expuesta, de los criterios que asienta y los fallos con votos en contra y prevención que se expresaron en cada una de las sentencias a la hora de resolver la inaplicabilidad de la referida Acta.

La Corte Suprema había sentenciado previamente que la ley 19.968 es completamente aplicable a los procedimientos de restitución de NNA, norma legal que derogó tácita y parcialmente el auto acordado que anteriormente regía la materia, criterio posteriormente modificado únicamente en atención a la dictación del Acta 205 – 2015. ¿Puede sostenerse que un auto acordado puede derogar tácitamente normas legales?, si la jurisprudencia hoy estima que la ley que creó los tribunales de familia tiene solo un rol supletorio respecto del Acta ¿Por qué estimó previamente que dicha ley es aplicable a los procedimientos de restitución?

El artículo 12 del Acta que consagra los recursos aplicables al procedimiento de restitución de NNA no es una mera norma adjetiva, dicha norma dota de contenido a la garantía constitucional del derecho al recurso y es incompatible con el sistema recursivo que el legislador consagró en los procedimientos de familia. Reitero que la jurisprudencia había estimado previamente que los recursos consagrados en la ley 19.968 son aplicables al procedimiento en cuestión. ¿Puede la Excm. Corte Suprema fundado en la superintendencia económica sobre los tribunales de la nación, limitar garantías constitucionalmente protegidas?, de ser así, ¿Cuál sería finalmente el límite del contenido de los autos acordados dictados por la Corte Suprema?

El Tribunal Constitucional estimó que la Corte Suprema sí puede limitar el derecho al recurso, utilizando argumentos y visiones que deberían darse en debates legislativos, se resolvió que la celeridad prima por sobre el derecho a recurrir en el procedimiento de restitución internacional de NNA. La evolución del procedimiento es clara, primeramente, el auto acordado de 1998, luego una ley que lo derogó tácita y parcialmente, actualmente, el Acta 205-2015. Bastó, para dejar inaplicable la voluntad del legislador, que la Corte Suprema dictara un auto acordado con posterioridad a la promulgación de la ley. Cabe preguntarse, si la celeridad es incompatible con el recurso de casación ¿Por qué la jurisprudencia no siguió utilizando el auto acordado de 1998 y prefirió la ley 19.968? ya que, respecto al sistema recursivo, no existían grandes diferencias entre el auto acordado de 1998 y el Acta 205 – 2015.

Por otro lado, si bien la ley que crea los tribunales de familia dotaría, conforme a una interpretación sistemática, de un procedimiento aplicable a los juicios de restitución de NNA, dicha normativa no es la más idónea. Es inexplicable la ausencia del rol del legislador para

establecer un procedimiento especial que regule la materia y ponga fin a la problemática constitucional planteada. Existiendo hoy una ley modelo que permite facilitar el rol del Congreso Nacional, y la propia Acta 205 – 2015 que puede servir de base para la dictación de una ley.

Han transcurrido más de 26 años de ratificado el Convenio y el legislador aún no dicta un procedimiento especial, e ignoró los compromisos internacionales que el país había adquirido al momento de discutir la ley 19.968. No consta en la historia fidedigna de la ley ninguna referencia a la sustracción internacional de NNA, y el juicio de restitución internacional de NNA no fue incorporado al catálogo taxativo de las materias que conoce el juez de familia.

Podemos estar de acuerdo en que el procedimiento fijado en el Acta 205 – 2015 es idóneo, expedito y útil conforme al Convenio de La Haya; sin embargo, cabe preguntarse ¿Es dicha valoración personal suficiente para modificar el procedimiento aplicable y reconfigurar lo que el legislador entiende como derecho al recurso en los procedimientos de familia?

De momento, la discusión en el Tribunal Constitucional y la jurisprudencia parece estar zanjada. Pero lo resuelto nos deja, sin duda, con bastantes interrogantes.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y REVISTAS

ALDUNATE, Eduardo, *La distribución de potestades normativas en la Constitución: potestades reglamentarias administrativas, autos acordados y facultades del fiscal nacional*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2009) 33, [Visible en internet: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200010>].

AZCARRAGA, Carmen, QUINZÁ, Pablo, *Sustracción internacional de menores y Convenio de La Haya de 1980. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3º) Núm. 377/2017, de 29 de junio*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* 10 (2018) 2 [Visible en internet: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4401>].

BENAVENTE, Darío, *Derecho procesal civil*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002).

BORDALÍ, Andrés, CORTEZ, Gonzalo, PALOMO, Diego, *Proceso Civil: Los recursos y otros medios de impugnación*, (1º Edición, Santiago, Thomson Reuters la Ley, 2016) [Consultado virtualmente en Thomson Reuters Proview. Visible en: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2016/41930223/v1>].

B. SCOTTI, Luciana, *Las garantías fundamentales en el procedimiento de restitución internacional de niños*, (2013), [Visible en internet: <https://societip.files.wordpress.com/2013/12/las-garantc3adas-fundamentales-en-el-proceso-de-restitucic3bn-internacional-de-nic3b1os-scotti.pdf>].

CARRETTA, Francesco, *¿Es el Interés Superior del Niño una norma de procedimiento?*, [Actualmente en edición].

CASARINO, Mario, *Manual de Derecho procesal, Derecho Procesal Civil*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), IV.

DELGADO, Carol, *El control de constitucionalidad de los autos acordados y los derechos fundamentales*, en *Estudios Constitucionales* 8 (2010) 2, [Visible en internet: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000200024>].

ETCHEBERRY, Leonor, *Autorización del menor para salir del país y sustracción internacional* (1º edición, Santiago, DER Ediciones Limitada, 2019).

GONZALO, García, CONTRERAS, Pablo, *El derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*, en *Estudios constitucionales* 11 (2013) 2, [Visible en internet: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007>].

HENRÍQUEZ, Miriam, *Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del Derecho Constitucional Chileno*, en *Estudios Constitucionales* 11 (2013) 1 [doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100012>].

HERZ, Mariana, *Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las convenciones sobre restitución internacional de niños, niñas y adolescentes a propósito de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos*

Humanos, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2008) 15 [Visible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2800721.pdf>].

J. DRAPER, Anthony, *Jeremy Bentham, procedimiento jurídico y utilidad*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (2003) 37 [Visible en internet: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/viewFile/1094/1292>].

JARAMA, Zaida, VÁSQUEZ, Jennifer, DURÁN, Armando, *El principio de celeridad en el código orgánico general de procesos, consecuencias en la audiencia*, en *Revista Universidad y Sociedad* 11 (2019) 1, [Visible en internet: <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v11n1/2218-3620-rus-11-01-314.pdf>].

LARROUCAU, Jorge, *Adiós a las fojas. Reglas Procesales, Autos Acordados, y Tramitación electrónica en Chile*, en *Revista de Derecho Privado* (2017) 33, [Visible en Internet: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3114387_code1327823.pdf?abstractid=3114387&mirid=1].

MORAGA, Claudio, *¿Una Potestad normativa de la Corte Suprema de Justicia de Chile?*, en *Revista Aída* (2011) 9, [Visible en internet: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/135267/Una_potestad_normativa_de_la_corte_Suprema.pdf?sequence=1&isAllowed=y].

NÚÑEZ, Raúl, PÉREZ-RAGONE, Álvaro, *Manual de Derecho Procesal Civil. Los Medios de Impugnación*, (Santiago, Legal Publishing, 2015) [Consultado virtualmente en Thomson Reuters Proview. Visible en: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2015/41863521/v1>].

PÉREZ-VERA, Elisa, *Informe explicativo sobre las conclusiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado* (1981) [Visible en internet: http://www.menores.gob.ar/userfiles/perez_vera_elisa_informe_explicativo_del_convenio_de_la_haya_de_1980.pdf].

PRECHT, Jorge, *Las limitaciones a los derechos fundamentales en Chile y una cláusula general regulatoria de tales limitaciones*, en *Revista Chilena de Derecho* 28 (2001) 2, [Visible en internet: https://www.jstor.org/stable/41613184?seq=2#metadata_info_tab_contents].

RIZIK, Lucía, *El Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y su aplicación en Chile: Las modalidades de restitución del menor*, en *Revista Tribuna Internacional*, 3 (2014) 6, [Visible en internet: <https://tribunainternacional.uchile.cl/index.php/RTI/article/download/35513/37190/>].

RIZIK, Lucía, *Sustracción Internacional de menores: Jurisprudencia reciente de los tribunales superiores de justicia chilenos*, en *International Law*, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional* 14 (2016) 29, [doi: 10.11144/Javeriana.il14-29.simj].

SANTOS BELANDRO, Rubén, *Minoridad y ancianidad en el mundo actual*, (2º Edición, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2013).

SILVA, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, (Santiago, Editorial Jurídica, 2002).

TELLECHA, Eduardo, *Restitución internacional de menores y cooperación jurisdiccional internacional, necesidad de nuevos desarrollos. Complementariedad de convenios*, en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* 5 (2017) 9, [doi: 10.16890/rstpr.a5.n9.p11].

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional, rol núm. 499.

Tribunal Constitucional, rol núm. 783.

Tribunal Constitucional, rol núm. 986.

Tribunal Constitucional, rol núm. 1812.

Tribunal Constitucional, rol núm. 2961.

Tribunal Constitucional, rol núm. 2723.

Tribunal Constitucional, rol núm. 4189.

Tribunal Constitucional, rol núm. 5570.

Tribunal Constitucional, rol núm. 6776.

Corte Suprema, rol núm. 4719-2007.

Corte Suprema, rol núm. 2905 – 2011.

Corte Suprema, rol núm. 4932 – 2017.

Corte Suprema, rol núm. 18303 – 2017.

Corte de Apelaciones de Valdivia, rol núm. 211 – 2011.

Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol núm. 435 – 2019.

Corte de Apelaciones de Santiago, rol núm. 2230 -2020.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, C. 104.149, "V. M.J. Exhortos y oficios".

TEXTOS NORMATIVOS

Convenio sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Niños.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores.

Constitución Política de la República de Chile.

Código Orgánico de Tribunales.

Ley 19.968 que Crea los Tribunales de Familia.

Acta 205 – 2015 que modifica y refunde texto del Auto Acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles de la Sustracción Internacional de Niños y Niñas.

Auto Acordado S/N sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles del Secuestro Internacional de Menores.

Soft Law: Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños.

FUENTES OFICIALES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

Naciones Unidas, Comité de los derechos del niño “Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial” CRC/C/GC/14 (29 de mayo de 2013). [Visible en internet: https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf].

Conferencia de La Haya, “Guía De Buenas Prácticas” en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. [Visible en internet: http://www.hcch.net/upload/guide28mediation_en.pdf].

FUENTES OFICIALES DE ORGANISMOS NACIONALES

Historia del Decreto N° 386, *acuerdo relativo a la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro internacional de menores, adoptado en La Haya el 25 de octubre de 1980.*

Historia de la ley N° 19.968, *Crea los tribunales de familia*, [Visible en internet: https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/5746/HLD_5746_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf].