

MARZO DE 2025

AUTORIZACIÓN PARA SALIR DEL PAÍS DE MENORES DE EDAD

CHILE

Autora: María Lorena Kächele Melo. Abogada

1. Regulación legal:

Las normas legales de la legislación chilena para la salida del país de menores de edad se encuentran contempladas en un artículo de la Ley N° 16.618, denominada “Ley de Menores” cuyo texto original fue publicado en el Diario Oficial de la República el 08 de marzo de 1967, texto que fue refundido después de diversas reformas por el DFL N° 1 del Ministerio de Justicia de fecha 30 de mayo de 2000. Se hace presente que en esta ley, que no ha sido debidamente armonizada con cuerpos legales posteriores que han pretendido que el Estado de Chile adecúe sus normas a la Convención de los Derechos del Niño y otros Tratados Internacionales, sigue utilizando la denominación “menor” y no “niño, niña o adolescente”.

Es precisamente el artículo 49 y 49 bis de la ley citada que regula expresamente las condiciones y requisitos a que deben sujetarse la salida de menores desde Chile, que dispone: *“La salida de menores desde Chile deberá sujetarse a las normas que en este artículo se señalan, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley N° 18.703. Si la tuición del hijo no ha sido confiada por el juez a alguno de sus padres ni a un tercero, aquél no podrá salir sin la autorización de ambos padres, o de aquel que lo hubiere reconocido, en su caso. Confiada por el juez la tuición a uno de los padres o a un tercero, el hijo no podrá salir sino con la autorización de aquel a quien se hubiere confiado. Regulado el derecho a que se refiere el artículo 229 del Código Civil por sentencia judicial o avenimiento aprobado por el tribunal, se requerirá también la autorización del padre o madre a cuyo favor se estableció”*.

2. Interés en la regulación legal de la situación de salida del país de un menor de edad:

Protegiendo las relaciones de familia entre padres e hijos, la autorización debe ejercitarse en interés y en beneficio de los últimos. Esto significa que no es una facultad arbitraria del padre o madre. Puede negarse por motivos plausibles, es decir, por causa justificada. Puede ser suplida por el juez por imposibilidad del que tiene que darla, por negativa injustificada o por incumplimiento del régimen de relación directa y regular.

Puede calificarse dicha autorización como uno de esos derechos-deberes fuertes de familia, pues el derecho a negar la salida se constituye en una garantía de cuidado personal compartido, si es que se encontrase regulado por ambos padres, porque recordemos que, de acuerdo con la legislación chilena solo cabe el acuerdo de cuidado compartido de común acuerdo por parte de los progenitores, encontrándose inhibido la potestad judicial se regularlo vía sentencia judicial.

La cláusula *ne exeat* (prohíbe a la persona a la cual se dirige dejar el país o jurisdicción de los tribunales) viene a establecer la obligación del padre y de la madre de residir establemente en el lugar o país donde viven los hijos, para que sea posible su cuidado personal.

3. Hipótesis o situaciones que contempla la ley para la salida del país de un menor:

Esta autorización debe darse por el padre y la madre, conjunta o separadamente. Si los padres no están casados entre sí, la autorización debe darla el padre o la madre que ha reconocido al hijo (artículo 224, inciso 2° CC).

Si ambos padres establecen extrajudicialmente algún sistema de cuidado personal exclusivo (con relación directa y regular) o compartido, siguen siendo ambos quienes deben autorizar la salida de los hijos menores del país.

La relación directa y regular establecida de común acuerdo entre los padres convalidada judicialmente (avenimiento) o establecida judicialmente, confiere al padre o madre beneficiado el derecho de autorizar o negar la salida de los hijos menores del país. Atribuido judicialmente el cuidado personal exclusivo de los hijos a uno de los padres, en la misma sentencia el juez debe fijar, de oficio o a solicitud de parte, la frecuencia y libertad de la relación directa y regular de los hijos con el otro de los padres.

La autorización puede darse en forma expresa o tácita. La autorización es expresa cuando se da por escritura pública o por escritura privada autorizada por notario público. La autorización es tácita cuando el menor sale del país en compañía de la persona o personas que deben prestarla. La salida de los hijos en compañía de uno de los padres o de ambos padres es autorización tácita de aquel o aquellos con quien viajan. La autorización notarial del otro es suficiente para entender concedido el permiso.

La negativa del padre o madre a dar el permiso debe tener motivos plausibles. La falta de estos permite que la autorización sea suplida por el juez, a instancia del otro de los padres. El juez debe resolver autorizando o negando el permiso, en consideración al beneficio que el viaje puede reportar al hijo y fijando el tiempo por el que se concede la autorización. La autorización del padre o de la madre puede también suplirse por imposibilidad del que tiene que darla. La imposibilidad puede ser física (enfermedad) o moral (está ausente y se desconoce su paradero).

Por último, conviene recordar que el incumplimiento injustificado de un régimen de relación directa y regular es suficiente para que el otro de los padres pida al juez supla la voluntad del otro padre para ausentarse del país. En este último caso el juez puede autorizar entradas y salidas múltiples, por períodos de no más de dos años, no pudiendo permanecer el menor más de 15 días en el extranjero en cada ocasión.

Recientemente la Ley N° 21.389, que crea el Registro Nacional de Deudores de pensiones de alimentos, norma que agregó un inciso final al artículo 49 de la Ley N° 16.618, señala que si el alimentante no diere su autorización y se encontrase publicado en el Registro de Deudores de pensiones de Alimentos, el juez, subsidiariamente, podrá otorgar dicho permiso sin considerar las razones que tuviera para la negativa, lo que no podrá aplicarse en caso de que la salida al extranjero sea con el fin de establecerse con residencia definitiva.

Entonces, la regulación e hipótesis que analizan los dos artículos de la Ley N° 16.618, sólo se pone en la situación de salidas transitorias o de corta estadía del menor fuera del país, pero la pregunta es cuál es el criterio si la salida del país supone una larga estadía en el extranjero o residencia definitiva.

4. Criterios jurisprudenciales para las salidas del país de larga estadía o residencia definitiva ante la negativa injustificada de uno de los progenitores a conceder la autorización:

Esta es una situación especial – distinta a las hipótesis ya analizadas – porque la autorización judicial subsidiaria para salir del país de larga estadía afecta la vinculación entre el padre o madre que no viaja y el hijo o hija, afectándose, además, otros derechos del niño, niña o adolescente.

Entendemos que los casos más conflictivos y difíciles para la judicatura son aquellos donde la solicitud es por un largo período o cuando se pide autorización para radicarse en el extranjero, donde debe evaluarse a nuestro entender tres cosas:

- El beneficio del menor;
- El interés superior del niño;
- La importancia de la relación directa y regular.

El beneficio del menor va en conjunto con el interés superior del niño, toda vez que debe ser de tal magnitud que lo que gane el menor con el traslado sea mayor a seguir teniendo una relación directa y regular con el padre o madre no custodio.

Como el concepto del interés superior del niño es indeterminado y también el beneficio que reporta para el niño una autorización para salir del país, ha sido la jurisprudencia quien ha desarrollado su contenido a través de diversos fallos, los que encuentran su sustento en cuatro tipos de beneficios, que son: afectivos; patrimoniales; económicos-social y culturales.

Cómo bien sabemos, aun en nuestro país, el cuidado personal es ejercido mayoritariamente por las madres, lo que ha conllevado a la discusión y análisis si la madre por razones de índole profesional puede perjudicar la relación filial entre el hijo o hija y el padre no custodio con ocasión de una radicación en el extranjero por ese motivo. En tal sentido, la doctrina ha sostenido que la madre tiene derecho a la aplicación del libre desarrollo de la personalidad. Entonces, la mujer en el mismo sentido que el hombre, goza del derecho – reconocido por nuestro ordenamiento jurídico – a desarrollar su personalidad de modo que lícita y libremente elija. Lo anterior, implica que tal posibilidad no debe sufrir merma, no menos privación, por el hecho de ser la mujer madre. En otras palabras, sin perjuicio de que la maternidad trae inevitables consecuencias (tanto de índole práctica como jurídica), ello no puede significar que la mujer deba soportar una injusta falta de igualdad en comparación con el hombre, respecto de quien asevera que, como una consecuencia de su paternidad se vea privado de la chance de adoptar las decisiones que estime pertinentes para un mejor desarrollo de su personalidad, incluyéndose en estas, la posibilidad de emigrar. En tal sentido,

En tal sentido, la Excelentísima Corte Suprema de Chile, en la causa Rol 42.642-2017, se pronunció en términos categóricos sobre el derecho de la madre a desarrollarse profesional y afectivamente. A mayor abundamiento, se estableció en el juicio citado, lo siguiente: *“Si constituye un análisis abstracto o alejado de la realidad concreta de las personas involucrada en esta controversia, es obviar el derecho de la madre que tiene a su cargo el cuidado personal de los niños, a procurar un desarrollo profesional y afectivo que satisfaga sus intereses, contraponiéndolo a lo que puede ser el interés de los hijos. El entendimiento del principio del interés superior debe ser acorde con la evolución social de las familias, lo que implica respetar las individualidades de quienes conforman el núcleo familiar y asumir que la exigencia de una figura ideal de madre que, en cuanto cuidadora de sus hijos, posterga su desarrollo en otras esferas de su vida responde a una concepción estereotipada y que tampoco favorece a los hijos que son objeto de tales cuidados”*.

Entendemos que este último acápite escapa al informe solicitado, sin embargo, lo hemos incluido como una invitación a generar un análisis a mayor profundidad sobre esta figura.