

Fallo:

Santiago, seis de octubre de dos mil veinte.

Vistos:

En estos autos RIT N° C-3144-2019, RUC N° 1921298611-1, seguidos ante el Tercer Juzgado de Familia de Santiago, por sentencia de dos de agosto de dos mil diecinueve, se acogió la solicitud interpuesta por doña Y. A. R. R. en contra de don P. A. O. P., por lo que se autorizó que la hija salga del país, junto a su madre, con destino a Guatemala, hasta que cumpla su mayoría de edad, y se reguló un régimen comunicacional con el padre.

Se alzó el demandado y una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante fallo de veinticuatro de febrero de dos mil veinte, la confirmó.

En contra de esta última decisión, la parte demandada dedujo recurso de casación en el fondo, solicitando la invalidación de la sentencia impugnada y que se dicte la de reemplazo que rechace la solicitud.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurrente denuncia infringidos los artículos 9.3 y 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 32 de la Ley N°19.968; 229 del Código Civil, en relación con los artículos 5 de la Constitución Política de la República, 9 y 18 de la citada Convención, y 49 de la Ley N°16.618; y 224 del Código Civil, respecto de lo preceptuado en la Ley N°20.068, porque la decisión afecta el ejercicio de la corresponsabilidad parental, el derecho de la niña a vincularse con ambos padres y a no ser sujeto pasivo de secuestro, incluso por estos.

Afirma que no se ponderó correctamente la prueba, lo que condujo a otorgar una autorización contraria al interés superior de la niña, quien mantiene un contacto permanente con su padre, del que ha nacido un lazo afectivo y un apego emocional, sin que el deseo de la madre de retornar a su país de origen o las mejores condiciones económicas con que pueda contar para solventar sus necesidades materiales constituyan factores que, atendida su actual etapa de desarrollo, sean más trascendentes que su derecho a mantener un vínculo afectivo con su padre.

Estima que se vulneró el derecho de la niña a mantener con su progenitor un verdadero régimen comunicacional, puesto que a la distancia, y dada su edad, no podrá compartir junto a él experiencias de vida significativas, por lo que se impide una relación regular y por sobre todo directa, que le permitan adquirir confianza en sí misma y habilidades de integración que le aseguren un mejor desarrollo como persona, fines que en esta etapa de su vida son más trascendentes que los de conocer otro idioma o realidades socioculturales diferentes, o volver a su país de origen, que, por lo demás, es uno de los más peligrosos del mundo, sin que la circunstancia de encontrarse bajo el cuidado personal de su madre sea suficiente fundamento.

Por lo expuesto, solicita invalidar la sentencia y dictar la de reemplazo que revoque la sentencia de primer grado y rechace la solicitud.

Segundo: Que la sentencia impugnada dio por acreditados los siguientes hechos:

1. La requirente, de nacionalidad guatemalteca, y el requerido, chileno, son progenitores de la niña de iniciales P.E.O.R., nacida el 9 de diciembre de 2016, en Chile, quien posee ambas nacionalidades.

2. Las partes están ligadas por vínculo matrimonial no disuelto, que contrajeron el 13 de diciembre de 2015 en Guatemala, e inscribieron en Chile, cesaron su convivencia en noviembre de 2018, época desde cual la niña está al cuidado de la madre y mantiene con el padre el régimen comunicacional provisorio acordado en la causa RIT C 1016-2019, interpuesta luego que el progenitor desistiera de igual pretensión planteada en causa RIT C 3302-2019, por haber iniciado un proceso de reconciliación que no prosperó.

3. Asimismo, durante un viaje al país de origen de la solicitante, enmarcado en otra reconciliación que tampoco tuvo éxito, las partes regularon sus obligaciones de familia respecto de la hija, mediante acta voluntaria de convenio N° 157-2017, de 17 de octubre de 2017, aprobada por el Juzgado Pluripersonal de Primera Instancia de Familia del Departamento de Huehuetenango, Guatemala, en que establecieron el cuidado personal y patria potestad a favor de la madre, la relación directa y regular de la niña con su padre y los alimentos que éste debía pagar.

4. La niña permaneció en Chile junto a sus padres desde su nacimiento y hasta agosto de 2017, desde esa fecha y hasta enero de 2018 se mantuvo en Guatemala con la madre, y desde enero de 2018 a la fecha reside en Chile.

5. La principal figura de apego de la niña es la madre, sin perjuicio que

con el padre también mantiene un vínculo de apego seguro, y que ambos presentan adecuadas competencias parentales.

6. La solicitante posee el título de profesora bilingüe y de administradora de empresas que puede ejercer en su país de origen, donde dispone de recursos familiares y económicos para cubrir las necesidades de su hija.

7. El padre ejerce un trabajo remunerado en Chile, y tiene como beneficiarias de su plan de Isapre a la cónyuge y a la hija.

8. Tanto en Chile como en Guatemala la niña tiene familia extendida con quienes mantiene una relación cercana y nutricia.

9. Los abuelos maternos adquirieron un inmueble en Santiago de Chile, que actualmente habitan la niña y su madre, y se encuentran en el país en forma transitoria, con la intención de retornar a Guatemala.

Sobre la base de tales presupuestos, y considerando que la madre, quien ejerce el cuidado personal de la niña y con quien tiene un apego seguro, decidió retornar a su país de origen, donde reside la familia extensa materna, constituida por abuelos que son muy cercanos y otros parientes, y donde cuenta con condiciones económicas adecuadas para solventar sus necesidades materiales; que el lazo sentimental de los litigantes se construyó en el extranjero, de modo que pudieron representarse que, en el evento de disolverse, uno de ellos debería postergarse en beneficio de la hija; y que el vínculo con el padre será protegido a través de la determinación de un régimen comunicacional, se concluyó que la radicación en Guatemala resulta beneficiosa para la niña, pues permite que se reencuentre con su familia, país y cultura de origen, por línea materna, por lo que se acogió la solicitud, autorizando su salida del país hasta que cumpla la mayoría de edad, y respecto del padre se estableció que la niña viajará a Chile a visitarlo una vez al año, durante a lo menos un mes, que él viajará a Guatemala en forma libre, todo en las condiciones y con los avisos previos que se indican, además de regular su contacto por videollamada, internet u otros medios, asegurando un mínimo de tres veces a la semana, y de imponer a la madre la carga de enviarle en forma mensual, por correo electrónico u otros sistemas de mensajería, fotografías e informes relativos al desarrollo físico, psicológico y educacional de la niña.

Tercero: Que, en cuanto a la infracción del artículo 49 de la Ley 16.618, dicho artículo en su inciso sexto señala que: "En caso que no pudiera otorgarse o sin motivo plausible se negare la autorización por uno de aquellos que en virtud de este artículo debe prestarla, podrá ser otorgada por el juez de familia del lugar en que tenga su residencia el menor. El juez, para autorizar la salida del menor en estos casos,

tomará en consideración el beneficio que le pudiere reportar y señalará el tiempo por el que concede la autorización".

En lo que aquí interesa, de acuerdo con lo preceptuado en dicha norma, las reglas son las siguientes: a) si el cuidado personal ha sido confiado a uno de los padres, el hijo no requiere sino de la autorización de éste para salir fuera de Chile; b) no obstante, de encontrarse regulado un régimen comunicacional con el hijo en favor de aquel de los padres que no tiene su cuidado personal, sea por sentencia judicial o avenimiento aprobado por el tribunal, se requerirá también la autorización de éste; c) en caso que no pudiere otorgarse el permiso o sin motivo plausible se negare la autorización por uno de aquellos que debe prestarla, podrá ser otorgada por el juez de familia (ex juez de menores) de la residencia del menor; d) para autorizar la salida del menor, el juez tomará en consideración el beneficio que le pudiere reportar y señalará el tiempo por el que concede la autorización.

Frente a lo preceptuado por esta norma, cabe tener presente los siguientes antecedentes: a) el padre de la niña se ha opuesto a que su hija salga del país, para radicarse en forma indefinida en Guatemala. b) el padre tiene regulado en su favor un régimen comunicacional.

c) no existe ninguna constancia en el tribunal, que el padre haya incumplido con el régimen comunicacional establecido. d) de acuerdo con lo anterior, se requiere la autorización del padre para la salida de su hija. e) por lo anterior, el juez debe pronunciarse si el menor de autos se beneficia con el traslado pretendido por la madre.

Cuarto: Que del mérito de los antecedentes ya relacionados, cabe concluir que se equivocan los jueces del grado que confirman la sentencia, al concluir que la salida del país para radicarse en forma indefinida en Guatemala le resulta beneficiosa para la niña, ya que no vinculan el beneficio, si existiera, con el interés superior de la niña; además centran el beneficio solo en cuanto permite que se reencuentre con su familia, país y cultura de origen, por línea materna; pero puestos en la balanza no se entiende como puede ser más importante vivir una cultura diferente, relacionarse con una familia materna, en la cual una parte importante como son los abuelos maternos actualmente viven en Chile y adquirieron para esto un bien raíz, que poder hacerlo en forma continua y directa, esto es, en persona, con su padre, en el entendido que la niña aún tiene solo 3 años y 10 meses de edad. El argumento esencial para autorizar la salida de la niña por tiempo indefinido radica en que eso le permitirá vincularse con el país de origen de su madre y sus familiares, a lo que se agrega que lo haría con su madre, con quien vive desde su nacimiento. Si se observa con detenimiento el fundamento, cabe descartar el que siga residiendo con su madre, pues eso es ahora de esa forma, sin que quede claro por qué sería más beneficioso para la menor que la residencia con su madre

fuere en Guatemala. De ahí que ese fundamento queda descartado. Se reduce, en consecuencia, a la vivencia diaria en otro país, al que se encuentra vinculado, dado que es nacional también de Guatemala. Sin embargo, conforme los hechos de la causa, su cultura en ningún caso le es ajena, ella ha vivido algunos meses allá, la madre podrá viajar con frecuencia a ese país y ella y sus abuelos maternos con quien se relaciona a diario podrán infundirle las costumbres de Guatemala. Luego, la pregunta, que ha quedado sin respuesta en el fallo recurrido, es por qué le resulta más ventajoso para la niña apartarse del padre, con quien mantiene un régimen comunicacional y reducir su contacto a períodos inciertos y comunicaciones por vía telefónica o de otra especie. Sabido es que uno de los elementos propios para dilucidar el interés superior del niño en un caso específico es justamente que exista claridad y buenas razones para cambiar una situación dada. En este caso se encuentra acreditado que el padre mantiene una relación no sólo a título personal sino que con su entorno familiar con su hija, lo que se verá fracturado por la **salida** del país de la menor y ese trastorno en su cotidiano no aparece, de acuerdo a lo dicho en la sentencia recurrida, que sea mejor o que vaya a estar en mejores condiciones. No existiendo antecedentes que permitan concluir que exista certeza o, al menos, una situación subjetiva rayana en la certeza, de que el cambio significa un beneficio cierto respecto de la situación actual, no parece conveniente, al menos por ahora, conforme al interés superior del niño, un cambio tan radical, que aleje a la menor del padre, lo que significaría un contacto físico escaso o, al menos, bastante esporádico, atendiendo además a la **corta** edad de la niña, lo que hará más difícil el recuerdo de la figura paterna. En estas condiciones, y a la luz del interés superior del niño, no se constata que la **salida** del país de la menor le resulte beneficiosa en contraste con la situación actual de la misma, que le permite, mantener una relación fluida con su padre, en consonancia con los derechos y deberes que emanan del vínculo paterno-filial. En el ejercicio de balancear los derechos del menor en cuestión, con aquellos de la madre, que por razones obvias desea trasladar su residencia a su país de origen y aquellos del padre, quien por razones también bastante claras pretende que su hija siga residiendo en Chile, se debe ponderar de acuerdo con la autonomía progresiva y los intereses del niño, quien conforme lo que aflora de la causa no se logra la certeza que estará mejor partiendo a Guatemala, sino que más bien no se percibe mejora en comparación a que resida en un mismo territorio junto a ambos padres, sin que esto sea óbice para que en el futuro, dadas las circunstancias, el trasladarse al país materno pueda tener un efecto positivo. En último término, cabe señalar que dejando las cosas como están, el padre podrá, por algún tiempo, difícil de mensurar, ejercer el privilegio de la paternidad. En consecuencia, se debe concluir que al haber otorgado la **salida** del país por un término indefinido a la niña junto a su madre para residir en Guatemala, se ha cometido una infracción de derecho que debe remediarse, puesto que no se logró acreditar un beneficio cierto para

la menor, lo que constituye una condición insoslayable conforme el artículo 49 de la Ley 16.618, la que se ha visto vulnerada, teniendo en consideración el interés superior del niño previsto en el artículo 242 del Código Civil, el artículo 16 de la ley 19.968 y el artículo 3 N°1 de la Convención sobre los derechos del Niño.

Por ello, el recurso en análisis deberá ser acogido en lo que dice relación con el yerro analizado, siendo innecesario pronunciarse sobre los demás invocados.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767 y 783 del Código de Procedimiento Civil, y se acoge, sin costas, el recurso de casación en el fondo deducido por el demandado, contra la sentencia de fecha veinticuatro de febrero de dos mil veinte de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago la que resolvió confirmar la sentencia definitiva de primera instancia dictada con fecha de dos de agosto de dos mil diecinueve por el Tercer Juzgado de Familia de Santiago, la que, en consecuencia, se invalida, reemplazándosela por la que se dicta a continuación, sin nueva vista y en forma separada.

Acordada con el voto en contra de las ministras señoras Muñoz y Repetto, quienes estuvieron por rechazar el recurso en virtud de las siguientes consideraciones:

1.- Como se advierte del fallo recurrido, los jueces de fondo establecieron como hechos inamovibles, en lo que interesa al recurso, los siguientes: a.- Las partes de este juicio regularon con fecha 17 de octubre de 2017 ante el Juzgado Pluripersonal de Primera Instancia de Familia del Departamento de Huahuatánango, Guatemala en acta voluntaria de convenio N°157-2017 el régimen regular respecto a la hija común, entregando a la madre su cuidado personal, la patria potestad, estableciendo la relación directa de aquella con su padre y, regularon el derecho de alimentos a su favor. b.- Desde su nacimiento hasta agosto de 2017 la niña permaneció en Chile junto a sus padres y, desde agosto de 2017 a enero de 2018 en Guatemala junto a su madre, residiendo en nuestro país desde la última fecha indicada. c.- La figura principal de apego de la niña es la actora- su madre- quien tiene la nacionalidad Guatemalteca, al igual que su hija, quien también es Chilena, como su padre quien reside en Chile. d.- En Guatemala la demandante dispone de recursos familiares y económicos para cubrir las necesidades de su hija, siendo profesora bilingüe, teniendo además, como profesión el título de Administradora de Empresas. e.- Tanto en Chile como Guatemala, la niña tiene familia extendida con quienes mantiene una relación cercana. f.- Los abuelos maternos de la niña si bien adquirieron un inmueble en Santiago, lugar donde viven con su hija y nieta, pretenden retornar a su país natal.

2.- El inciso sexto del artículo 49 de la Ley 16.618 referido a la

autorización sobre la cual debe pronunciarse el juez, en el evento que se rechace por parte de aquel padre que no tiene el cuidado personal de su hijo menor la autorización que se le solicita para salir del país, pero que si detenta una relación directa y regular con él dispone:".....El juez, para autorizar la salida del menor en estos casos, tomará en consideración el beneficio que le pudiere reportar y señalara el tiempo por el que se concede la autorización." 3.- Que el principio del interés superior del niño consagrado en el artículo 3° de la Convención sobre Derechos del Niño, recogido en el artículo 16 de la ley 19.968 constituye la motivación rectora que la justicia de familia debe considerar, principio que conforme lo dispone el artículo 222 del Código Civil debe constituir la preocupación fundamental de los padres, reiterando el artículo 242 del mismo cuerpo legal precitado, en su inciso final que los jueces deberán adoptar sus resoluciones teniendo como "consideración primordial, el interés superior del hijo".

4.- Que los jueces de fondo analizando la prueba que fuera incorporada al juicio, y apreciándola de acuerdo a la sana crítica, teniendo en consideración que la madre detenta el cuidado de la niña, que los padres así lo acordaron en Guatemala lugar donde se casaron, país de origen de la actora, donde reside una extensa familia suya, lugar donde cuenta con las condiciones económicas para solventar las necesidades de su hija, concluyeron que resultaba beneficioso para la niña, otorgarle autorización a la madre para que se traslade con ella a vivir a Guatemala, precisando que tal determinación no cede solo en favor de los intereses de la madre, sino también posibilita que la niña se reencuentre con su familia y cultura por vía materna, puesto que también es Guatemalteca.

Asimismo, los jueces de fondo, se hacen cargo de lo perjudicial que pudiera ser la separación de la niña de su padre y familia paterna, por cuanto pudiera estimarse abandonada por él, indicando que la separación fue una decisión tomada por sus padres, haciendo referencia a lo avanzado de las comunicaciones existentes en la actualidad, lo que permite que pueda vincularse fácilmente con la menor, sin perjuicio de que el padre pueda ir a Guatemala a visitarla, y que la menor pueda viajar a nuestro país, regulando luego el sistema de relación directa y regular.

5.- El recurrente ha señalado que al acogerse la demanda se ha incurrido por los jueces en una errada interpretación del artículo 32 de la ley 19.968 infringiendo los principios de la lógica, reproduciendo algunos párrafos de fallo de primera instancia, indicando que la autorización que se le ha dado a la madre para que la menor salga del país, quebranta de manera clara el interés superior del niño, por cuanto se vulneró el derecho a tener un verdadero régimen comunicacional con su padre, aduciendo que el país de origen es uno de los más

peligrosos del mundo. Señala como infringidos también los artículos 224, y 229 del Código del Código Civil en relación al artículo 5° de la Constitución Política de la República, 9 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño y, 49 de la ley 16.618, los cuales reproduce.

6.- Como se observa, de la lectura del recurso, aparece con claridad que la parte recurrente no está de acuerdo con la valoración que los jueces de fondo hicieron respecto de la prueba introducida al juicio. En efecto quisiera que con los mismos antecedentes existentes, se hiciera una nueva valoración de ella donde se concluyera que no resulta beneficioso para la menor otorgar la autorización de **salida** del país, citando como infringidas las normas de la lógica, sin hacer referencia a ninguna de ellas y, sin indicar de qué manera se habría vulnerado alguno de los principios que la conforman.

7.- Como es sabido, los jueces son soberanos para valorar la prueba teniendo como límite los parámetros que dispone el artículo 32 de la ley 19.968, sistema que implica la realización por parte de los sentenciadores, de un proceso intelectual. Sin embargo, las alegaciones en que se sustenta el recurso se presentan como reproches a la forma en que se valoró la prueba, sin que se haya denunciado que regla de la lógica, o que máxima de la experiencia, o qué conocimientos afianzados, se vulneró a fin que esta **corte** pueda modificar lo por esa causal.

8.- Que en cuanto a la infracción de los artículos 9 apartado 3 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el primero de los cuales se refiere a la obligación de los Estados partes a respetar el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres y, el segundo que establece la obligación de los padres tendiente a velar por el interés superior del niño, las cuales aparecen incorporadas por nuestra legislación interna respectivamente en los artículos 229 y 222 del Código Civil, cabe señalar que, en este caso se está frente a una niña que tiene doble nacionalidad, la Chilena y la Guatemalteca, apareciendo que a partir que sus padres se separaron de hecho, ha tenido un mayor apego con su madre ,con quien vive, manteniendo y pudiendo seguir haciéndolo una relación directa y regular con su padre y familia paterna a través de los medios tecnológicos, que hoy día permiten que si se quiere exista una comunicación diaria, sin perjuicio que además, podrá viajar sea la niña a Chile o el padre a Guatemala, conforme lo establece el fallo al fijar el régimen comunicacional, protegiéndose de esta manera la relación con su padre y con la familia paterna, y también la posibilidad que su identidad también se configure con la familia de su madre y con aquel otro país al cual también pertenece.

9.- Que la Convención de los Derechos del Niño asume, en su artículo 9 apartado N°1, que habrá circunstancias en que los niños puedan

verse en la necesidad de vivir lejos de sus padres, como ocurre cuando éstos viven separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño, lo que en el caso de parejas con distintas nacionalidades es una realidad no sólo posible sino frecuente, a la que deberá adaptarse la familia que ellos formen, con las limitaciones que de ello se derivan para sus miembros.

10.- Que la observación General N°14 de las Naciones Unidas señala claramente que "el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el, contexto, la situación y las necesidades personales". En este sentido, los jueces de fondo, tuvieron en cuenta el interés superior del niño al resolver como lo hicieron, al tener en consideración que el apego primordial de la niña es su madre, quien no es Chilena, quien ha vivido prácticamente toda su vida en Guatemala, junto a su familia, cuyos padres están en Chile solamente en forma transitoria, siendo una realidad, que los padres de la niña de diferente nacionalidad quienes se casaron en Guatemala, previeron tal situación ya que el padre estuvo de acuerdo y así lo hizo, en otorgarle no solo a la madre el cuidado personal, sino también la patria potestad de la niña, al celebrar en Guatemala un acuerdo, donde se reguló la contribución alimenticia, de lo cual fluye con claridad que estuvo de acuerdo con que la niña viviera en el país al cual también pertenece.

11.- Que como titular de la custodia de su hija, la madre tiene derecho a fijar el lugar de residencia donde vivirá con su hija y, en el caso de autos, resulta evidente que el arraigo de ésta se encuentra en su país de origen, dado el escaso tiempo en que ha vivido en Chile, sin que parezca razonable impedir que retorne a su país, en compañía de su hija, quien ha mantenido cercanía con la cultura de Guatemala, a través de su madre y también porque ha vivido en él, donde podrá desarrollarse y compartir con la familia extensa materna, sin perder, por esa sola razón, el vínculo con su padre.

12.- Que en consecuencia, a juicio de las disidentes, no han podido infringirse las normas precitadas, ni el artículo 49 de la ley 16.618 al considerar los jueces que resulta beneficioso para la niña vivir con su madre en Guatemala y mantener un amplio régimen de relación comunicacional con su padre.

Redactada por la abogado integrante Leonor Etcheberry Court y del voto sus autoras.

Regístrese.

Rol 30.509-2020

Pronunciado por la **Cuarta Sala** de la **Corte Suprema** integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señora Andrea Muñoz S., señor Mauricio Silva **C.**, señora María Angélica Cecilia Repetto G., y la abogada integrante señora Leonor Etcheberry **C.**

Santiago, seis de octubre de dos mil veinte.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la sentencia de reemplazo que sigue.

Vistos:

Se reproducen los motivos primero a sexto de la sentencia de primera instancia, lo restante se elimina. Se reproducen también, los considerandos segundo, tercero, y **cuarto** del fallo de invalidación que precede.

Y se tiene en su lugar y además, presente:

Primero: Que si bien las partes solicitan y se oponen a la **salida** del país en forma permanente de la menor de autos a través del artículo 49 de la Ley de menores, el juez no puede autorizar una **salida** del país en forma indefinida, como se ha hecho en este caso. Por lo cual la solicitud hecha por la madre solo es posible concederla o rechazarla, construyendo el interés superior de la niña, para determinar en definitiva si reportará un beneficio para ella el vivir hasta su mayoría de edad en Guatemala o por el contrario es mejor que continúe en Chile por lo menos por algunos años más.

Segundo: Que de acuerdo a lo anterior, entonces, es necesario construir el interés superior de la niña de iniciales P.E.O.R., para entender cuál es el beneficio que gana al radicar su domicilio en Guatemala; para esto debemos tomar en cuenta lo que señala la Observación General N°14 de la Naciones Unidas al decir que "el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales"; y el artículo 225-2 del Código Civil que fija una serie de criterios que sirven para determinar el cuidado personal del niño y por ende sirven para la construcción del interés superior del niño en cada caso en particular; para establecer que los jueces del fondo si tuvieron presente el interés superior del niño al momento de declarar nos referiremos a dichos criterios en relación al caso de marras: a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres y demás personas de su entorno familiar: claramente la niña ha vivido con su madre desde que nació, pero ella

tiene una buena relación con su padre; asimismo en Chile se ha relacionado en forma continua con sus abuelos paternos, pero también son sus abuelos maternos quienes se vinieron a vivir a Chile hace ya un tiempo, y se ha relacionado con el resto de su familia extendida por el lado materno las veces que ha vivido en Guatemala b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado según su edad: en cuanto a lo que debe entenderse por bienestar del hijo, claramente se refiere a un bienestar afectivo y económico adecuado para el normal desarrollo del niño, en este punto debemos remitirnos a los informes periciales que declararon que ambos padres eran hábiles para ejercer sus roles parentales. c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo, es un hecho de la causa, que es el padre el que mantiene en la actualidad a su hija ya que la madre no trabaja remuneradamente, no hay duda que el padre lo seguirá haciendo en su totalidad mientras la madre no tenga un trabajo remunerado, lo cual hasta el momento no lo ha ejercido ni en Chile ni en Guatemala. d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229". Lo anterior queda demostrado por el régimen comunicacional fijado, desde la separación los padres no han tenido problemas con el régimen comunicacional y es por eso que los jueces del fondo han señalado que seguirán relacionándose aún cuando la hija se radique en el extranjero, el problema en este punto se radica en la edad de la niña, ya que a su corta edad ella necesita la presencia física del padre, para lograr tener una figura paterna concreta en su vida, de lo contrario esta imagen desaparecerá con el tiempo aunque puedan usar los medios tecnológicos, lo que a esa edad tampoco es tan claro. j) "Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo"; es en este punto que debemos referirnos al efecto probable de cualquier cambio de situación del menor, tal como lo señala la Children's Act del derecho Inglés para fijar el interés superior de los niños, se valora aquí la incidencia que pueda tener para éste el cambio de residencia, y personas con quienes se relacione. Los tribunales ingleses, de acuerdo con la doctrina, tienden a no variar el statu quo del menor, salvo necesidad, y afecta por igual en relación con padres y madres.

Lo que se nos quiere decir, en definitiva, es que cada vez que el juez tome una decisión que provoque un cambio de circunstancias de vida al niño, éste debe acreditar que dicho cambio le traerá beneficios, tal como se lo exige el artículo 49 de la Ley de Menores. Tanto así que, de no traerle beneficios sino de dejarlos en igualdad de condiciones a la situación actual, el juez debe preferir la estabilidad de los menores. Lo anterior, se justifica por una razón bastante simple: todo cambio a

cualquiera edad implica un riesgo y más en niños que no tienen aún un carácter formado como para oponerse a los efectos hostiles.

Respecto del beneficio se ha señalado que consiste en "permitir que se reencuentre con su familia, país y cultura de origen, por línea materna," es sólo eso, no hay más supuestas ventajas, y se dice supuestas ya que no expresa en qué le beneficiaría al menor, respecto a la situación en la que vive aquí actualmente.

La niña de iniciales P.E.O.R en Chile se encuentra bien, tiene satisfechas todas sus necesidades y está en contacto con ambos padres, y con todos sus abuelos, situación que aparentemente no se valora o bien se entiende que es igual mantener contacto directo con un padre, que verlo a través de internet. Sin acreditar nada más, se decide que la niña cambie de país, de entorno, y de personas con las cuales se ha relacionado desde que nació.

En este punto, debe examinarse lo que establece la Observación general N°14 (2013) de las Naciones Unidas, en relación con la Convención de los Derechos del Niño, y a que su interés superior sea una consideración primordial. Dentro de los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño se encuentra "La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones. N°58. El Comité recuerda que es indispensable llevar a cabo una evaluación y determinación del interés superior del niño en el contexto de una posible separación del niño y sus padres (arts. 9, 18 y 20) N°59. La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños. El derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención. N°60. Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño. Asimismo, el niño que esté separado de uno o ambos padres tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo (lo subrayado es nuestro) con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. N°61. Dada la gravedad de los efectos en el niño de que lo separen de sus padres, dicha medida sólo debería aplicarse como último recurso, por ejemplo, cuando el niño esté en peligro de sufrir un daño inminente o cuando sea necesario por otro motivo; la separación no debería llevarse a cabo si se puede proteger al niño de un modo que se inmiscuya menos en la familia. Antes de recurrir a la separación, el estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para proteger al niño".

En el caso de autos, la niña no se encuentra en ningún hipotético peligro, es cuidado por los dos padres, hábiles para hacerlo, dedicados

y cariñosos, que le dan la estabilidad necesaria para permitirle insertarse como adulto útil a la sociedad en que viva. Esta niña sólo enfrenta las dificultades normales por la separación de sus padres, las que vivirá de igual forma o de manera más aguda por no poder estar en contacto con el padre no custodio.

Lo que queda claro del proceso, es que quien quiere cambiar imperiosamente de país es la madre de la niña; lo cual también es importante, pero lamentablemente no es ella el centro del problema en estos casos, es cierto que la madre también tiene derecho a vivir donde elija, pero los niños no son pertenencia de ninguno de los padres, y si con una solución la niña puede crecer al lado de ambos, para poder radicarse en el extranjero en el caso de autos deberá esperar algunos años, para que la niña pueda reconocer y tener un figura paterna más sólida que pueda resistir la lejanía física.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en el artículo 49 de la Ley N°16.618, artículo 229 y 242 inciso segundo del Código Civil, artículo 16 de la ley 19.968 y artículos 3 N°1 5 de la Convención de los Derechos del Niño, se revoca la sentencia de fecha veinticuatro de febrero de dos mil veinte, en cuanto autoriza a la menor P.E.O.R. a salir del país para radicarse en Guatemala y en su lugar se declara que no se le concede dicha autorización, debiendo la menor permanecer en Chile. No se condena a la recurrida en costas por haber tenido motivo plausible para litigar.

Acordada con el voto en contra de las Ministras Sras. Muñoz y Repetto, quienes estuvieron por no dictar sentencia de reemplazo en esta causa, por los fundamentos y las razones esgrimidas en la disidencia del fallo de casación que antecede.

Redactada por la abogada integrante Leonor Etcheberry Court y del voto sus autoras.

Regístrese y devuélvase.

N°30.509-2020

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señora Andrea Muñoz S., señor Mauricio Silva C., señora María Angélica Cecilia Repetto G., y la abogada integrante señora Leonor Etcheberry C. No firma la Abogada Integrante señora Etcheberry, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar ausente. Santiago, seis de octubre de dos mil veinte.

