

Santiago, diecinueve de octubre de dos mil veintiuno.

Vistos:

En estos autos Rit N° P-7707-2019, Ruc N°1921521821-2, seguidos ante el Centro de Medidas Cautelares de la ciudad de Santiago, por sentencia de veintiuno de octubre de dos mil veinte, se acogió el requerimiento de medida de protección a favor de las niñas E. C. y F. G., ambas S. F., ordenándose que quedaran bajo el cuidado de su hermana mayor en coparentalidad con su abuela materna, y disponiéndose como medida cautelar por 180 días, la salida inmediata de la madre del hogar común y prohibición absoluta de acercamiento.

Se alzó la denunciada y una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante sentencia de veintiuno de enero de dos mil veintiuno, la confirmó.

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

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, como cuestión previa a toda otra consideración, en ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, esta Corte debe revisar la regularidad formal del procedimiento, puesto que si se advierte alguna anomalía debe emitir pronunciamiento a este respecto, careciendo de sentido entrar al análisis de la materia ventilada por el presente recurso de nulidad sustantivo.

Segundo: Que, según consta de los antecedentes de la causa, durante su tramitación no se escuchó a las niñas, quienes, a la fecha de la audiencia de juicio efectuada el día 2 de septiembre de 2020, tenían 11 y 13 años de edad.

Tercero: Que, según lo prescribe el número 9 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, es causal de nulidad formal la circunstancia que se falte a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad.

A su vez, el artículo 795 del Código de Procedimiento Civil, que señala

cuáles son los trámites o diligencias esenciales en la primera o en la única instancia en los juicios de mayor o de menor cuantía y en los juicios especiales, no contempla expresamente la obligación de oír a los niños durante el desarrollo de los procedimientos que afecten su vida e intereses; sin perjuicio, que se debe tener presente que la citada norma emplea la expresión "en general", y al utilizarla el legislador ha dejado claro su propósito de no hacer una enunciación taxativa, con la finalidad de no excluir los diferentes casos particulares en que la ley establece trámites con carácter de esenciales, sin declararlo en forma expresa, por lo tanto, "...para dar ese carácter a un trámite procesal no solamente hay que atender a si la ley lo declara así, determinada y expresamente, sino a los fines que persiguió el legislador al establecerlo y a si, dado su objeto, puede o no prescindirse de él..."(sentencia de 16 de abril de 1931 Corte Suprema, Rev., Tomo XXX, 2ª p., sec. I, p.541).

En ese contexto, el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño señala que los Estados Partes deben garantizar al niño, niña o adolescente que está en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta su opinión, en función de su edad y madurez; y que, con tal fin, se le debe dar oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo incumba, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Luego, la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, establece medidas que deben aplicarse para garantizar la observancia del derecho del niño a ser escuchado, de acuerdo al contexto de que se trate, y las condiciones básicas para su cumplimiento. En tal sentido, explica que el artículo 12 de la Convención, que establece el derecho del niño a ser escuchado, está vinculado a los siguientes artículos: 2 (derecho a la no discriminación), 6 (derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo), 13 (derecho a la libertad de expresión), 17 (derecho a la información), y 5 (evolución de las facultades del niño y dirección y orientación apropiadas de los padres); siendo, además, interdependiente con el artículo 3 (consideración primordial del interés superior del niño). También se refiere al derecho de que se trata, la Observación General N° 14 del mismo Comité, en el sentido que la evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto de su derecho a expresar libremente su opinión y a que se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan.

Entonces, el artículo 12 establece que el niño, niña y adolescente tiene derecho a manifestar sus deseos, sus sentires, de manera libre y que sean tenidos en cuenta al momento en que se resuelva el asunto que les

incumbe, vinculándose directamente con el principio de la autonomía progresiva. Lo referido importa, por lo tanto, que deben ser considerados como sujetos de derechos humanos y civiles, y al estar en las condiciones que señala dicha disposición, debe necesariamente escuchárseles de manera tal de establecer una comunicación, un diálogo con ellos.

Este reconocimiento del derecho del niño a ser oído como elemento esencial a considerar en todos los procesos judiciales en que deba participar, que procede del sistema normativo internacional, también ha sido recogido expresamente en la legislación interna, específicamente en el artículo 16 de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia, en cuanto principio rector de los procedimientos en materia de familia, al disponer que, en lo que interesa:

Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia siempre debe tener como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento." A su turno, la doctrina nacional señala que en lo que respecta a los procedimientos jurisdiccionales ante tribunales de familia, puede verse como una consagración de la garantía del derecho a la defensa, en su aspecto o dimensión de "defensa material" que se traduce en las facultades del niño a intervenir en todos los asuntos que le afecten, formular alegaciones y presentar prueba y, en general, estar protegido en contra de cualquier indefensión, por lo tanto, no se satisface consultando la opinión del niño en una oportunidad durante la tramitación del proceso, sobre dos o tres alternativas cerradas definidas de manera previa, sino que se le debe ofrecer la posibilidad de participar en la construcción del caso, desde un principio, siendo un protagonista de la decisión en un sentido más amplio. No se trata simplemente del derecho a opinar, sino del derecho a participar en la decisión del caso (en la decisión de su propia vida). ("El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído", Jaime Couso, en Revista de Derechos del Niño N° 3 y 4, p. 153-154, Universidad Diego Portales y UNICEF, Santiago, 2006).

También se sostiene que es una manifestación del derecho a la libertad de expresión como representación del libre pensamiento, toda vez que se establece la obligación de los Estados de garantizar la libertad de pensamiento y expresión de los niños, fijando pautas interpretativas que sirvan de guía al juez y al legislador y regula expresamente el derecho de

los niños a ser oídos en todas las decisiones que puedan afectar su vida futura; entendiéndose como un derecho de participación que debe ser interpretado en consonancia con el principio del interés superior y el de la autonomía progresiva. ("La voz de los niños en la justicia de familia de Chile", Macarena Vargas Pavez y Paula Correa Camus, en Revista Ius et Praxis, año 17, N° 1, 2011, p.179-180).

Así, por lo demás, lo ha señalado esta Corte en sentencias dictadas con fecha 18 de abril de 2017, en los autos Rol N° 1.732-2017, 8 de agosto de 2019, en causa Rol N° 8.663-2018, y recientemente con fecha 9 de junio de 2021, en causa Rol N° 41.145-19.

Cuarto: Que, como se dijo, las niñas tenían 11 y 13 años a la fecha de la audiencia de juicio, por lo que correspondía darles la oportunidad de expresarse, en una forma acorde a su edad y madurez, de manera que la decisión también considerara sus sentimientos, deseos o temores respecto a la forma de resolver la medida de protección y la cautela que en definitiva se dispuso; y sin que se adviertan inconvenientes para haber cumplido con la obligación en cuestión en esa etapa.

Quinto: Que, en consecuencia, se debe concluir que se incurrió en la causal de nulidad formal establecida en el número 9 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, por lo que debe ser invalidado todo lo obrado y reponerse la causa al estado que se lleve a cabo la audiencia de juicio y el trámite esencial omitido ante tribunal no inhabilitado, debiendo, en su oportunidad, dictar la sentencia que corresponda.

Por estas consideraciones y normas legales citadas, se declara que se invalida todo lo obrado en la causa número de Rit N° P-7707-2019, Ruc N°1921521821-2, seguida ante el Centro de Medidas Cautelares de la ciudad de Santiago, y se la retrotrae al estado en que se verifique una nueva audiencia de juicio, que contemple el trámite omitido, ante tribunal no inhabilitado y, cumplido lo anterior, se dicte la respectiva sentencia.

Atendido lo resuelto, se omite pronunciamiento en relación al recurso de casación en el fondo deducido.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 14.044-2021 Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., María Angélica Cecilia Repetto G., ministro suplente señor Mario Gómez M., y la abogada integrante señora Leonor Etcheberry C. Santiago,

diecinueve de octubre de dos mil veintiuno.

GLORIA ANA CHEVESICH RUIZ ANDREA MARIA MERCEDES MUÑOZ

MINISTRA SANCHEZ

Fecha: 19/10/2021 16:12:21 MINISTRA Fecha: 19/10/2021 16:12:21
MARIA ANGELICA CECILIA REPETTO MARIO RENE GOMEZ MONTOYA

GARCIA

MINISTRO(S)

MINISTRA Fecha: 19/10/2021 16:12:22 Fecha: 19/10/2021 15:41:21
ROSA MARIA LEONOR ETCHEBERRY

COURT

ABOGADO

INTEGRANTE

Fecha: 19/10/2021 16:12:23 En Santiago, a diecinueve de octubre de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.