

Santiago, veintidós de diciembre de dos mil veintitrés.

Vistos:

En causa RIT C 911-2020, caratulada “Vidal con García”, sobre cuidado personal, seguida ante el Juzgado de Familia de Curicó, por sentencia de nueve de enero de dos mil veintitrés, se acogió la demanda de cuidado personal interpuesta por doña Macarena en contra de don Sergio y en consecuencia se le confirió el cuidado personal de su hija Valentín y se fijó una relación directa y regular del niño con su padre.

El demandado dedujo un recurso de casación en la forma y apelación, y una sala de la Corte de Apelaciones de Talca, tras rechazar el primero, con fecha diecinueve de abril de dos mil veintitrés, la confirmó.

En contra de la última resolución la madre parte demandada dedujo recurso de casación en el fondo, denunciando la infracción de una serie de normas legales, y solicita que se lo acoja y se la anule, acto seguido, sin nueva vista y separadamente, se dicte la de reemplazo que rechace la demanda interpuesta por la madre.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que en el recurso se sostiene que se acogió la demanda infringiendo lo dispuesto en los artículos 225-2 y 226 del Código Civil, artículos 28, 29, 32 y 16 de la Ley N° 19.968 y artículo 7° de la Ley N° 21.430. Luego de transcribir las normas denunciadas sostiene que no existe ningún medio probatorio que de cuenta de la opinión manifestada por el niño en relación con su deseo de vivir con su progenitora, sino que por el contrario, su prueba pericial da cuenta de la relación cercana que mantiene con el padre demandado. Alega que la opinión del niño no fue directamente oída por el tribunal, quien rechazó escucharlo en audiencia reservada, pese a que por su edad es capaz de expresar sus opiniones, decisiones y sentimientos.

Finalmente, señala cómo las conculcaciones que denuncia influyeron sustancialmente en la parte dispositiva de la sentencia impugnada, y solicita que se acoja el recurso y se la anule, acto seguido, sin nueva vista y separadamente, se dicte la de reemplazo que rechace la demanda de cuidado personal.

Segundo: Que los hechos que se tuvieron por establecidos en la sentencia impugnada, en lo que es de interés, son los siguientes:

1.- Las partes son progenitores de un niño de 7 años de edad a la época de dictarse la sentencia de primera instancia. Se encuentra bajo el cuidado personal de su padre desde el mes de enero de 2020 en virtud de una transacción judicial suscrita entre sus padres. Reside en la ciudad de DIRECCION000 junto a su

padre, la pareja actual de este, el hijo común que ellos tienen y tres hijos de la pareja de su padre. Asiste a la Escuela PERSONA_JURIDICA000 de esta ciudad, establecimiento municipal, su rutina diaria contempla estadía en casa de sus abuelos paternos una vez finalizada la jornada escolar.

2.-La madre demandante reside en la ciudad de DIRECCION001, donde ha vivido siempre y éste constituyó el lugar de residencia del niño desde la separación de sus padres acaecida en septiembre de 2018 hasta principios del año 2020. Habita en la vivienda de su madre en compañía de su hermana y su sobrino, el grupo familiar desarrolla un emprendimiento comercial.

3.-El contacto que ha tenido la madre desde que el cuidado del niño ha sido ejercido por el padre ha sido esporádico, se desarrolla a través de video llamadas y en algunas ocasiones en que se ha autorizado un régimen provisorio por el Tribunal.

4.-Las habilidades parentales de la demandante, han sido evaluadas favorablemente, la vinculación afectiva del niño con su madre se estima adecuada, nutricia y beneficiosa para su desarrollo integral.

5.-El régimen de vida actual del niño lo obliga a estar separado de su madre, ya sea por distancia geográfica, ya sea por serios y profundos inconvenientes en la relación interpersonal que tienen sus padres. Estando bajo el cuidado de la madre, Valentín se relacionaba con su padre de manera libre, sin inconvenientes ni obstáculos pese a la distancia geográfica y presenta un trastorno por ansiedad de separación con la madre y un vínculo ambivalente con figuras de apego.

7.-El distanciamiento del niño de su núcleo familiar de origen, y específicamente de su madre, ha producido en él importantes consecuencias a nivel psicológico, las que si bien han sido trabajadas terapéuticamente no logran restablecer del todo su estabilidad emocional manteniéndose alejado de la figura materna.

Sobre la base de tales antecedentes fácticos, la judicatura del fondo resolvió acoger la demanda, considerando para aquello que atribuir el cuidado personal a la madre resulta ser una decisión que cumple requisitos de necesidad y conveniencia e implica un régimen de vida que en las circunstancias actuales de acuerdo a la edad y madurez de él satisfacen estándares de interés superior.

Tercero: Que, en lo concerniente a la denuncia que se conculcó lo que dispone el inciso 2° del artículo 16 de la Ley N° 19.698, se debe tener presente que 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 afecte, teniéndose debidamente en cuenta su sentir, 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. La Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, por su parte, establece medidas que deben aplicarse para garantizar el acatamiento del derecho del niño a ser escuchado, de acuerdo al contexto de que se trate; y condiciones básicas para ello. Asimismo, señala que el artículo 12 de la Convención, que estatuye 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, sentires, de manera libre y que sean tenidos en cuenta en la oportunidad en que se resuelva el asunto que les incumbe, enlazándose directamente con el principio de la autonomía progresiva. Lo señalado importa, por lo tanto, que deben ser considerados como sujetos de derechos humanos y civiles, y al estar en las condiciones que indica dicha norma, debe necesariamente escuchárseles de manera tal de establecer una comunicación, un diálogo con ellos;

Cuarto: Que la doctrina nacional señala, en lo que se refiere a los procedimientos jurisdiccionales ante tribunales de familia, que 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, niña o adolescente a intervenir en todos los asuntos que le afecten, formular alegaciones y presentar prueba y, en general, estar protegidos en contra de cualquier indefensión, por lo que no se satisface consultando la opinión 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, pues impone a los Estados la obligación de garantizar la libertad de pensamiento y expresión de los niños, niñas y adolescentes, fijando pautas interpretativas que sirvan de guía al juez y al legislador y regula expresamente el derecho a ser oídos en todas las decisiones que puedan afectar su vida futura; entendiéndose como un derecho de participación que debe ser dilucidado 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.177-204).

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, N° 8.663-2018, N° 41.145-19 y N° 47.589-23

Quinto: Que, en ese contexto, el niño tenía 5 años y 7 meses a la fecha de la audiencia preparatoria y que la audiencia de juicio se realizó en siete audiencias, la primera cuando tenía 5 años y 10 meses de edad y la última, 6 años y 9 meses de edad, por lo que correspondía darle 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 cuestión sometida a decisión del tribunal; y sin que se adviertan inconvenientes para haber cumplido con la obligación en cuestión en esa etapa.

Sexto: Que, en consecuencia, se debe concluir que en la sentencia impugnada se conculcó lo que dispone el inciso 2° del artículo 16 de la Ley N° 19.968, con ello, las demás normas a que se hace referencia, que influyó de manera substancial en su parte dispositiva, dado que se adoptó respecto de la niña una decisión que incide de manera trascendental en su vida presente y futura, sin escuchar su opinión; en razón de lo anterior, se estima innecesario emitir pronunciamiento en relación a los otros capítulos del recurso.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo que disponen los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se acoge** el recurso de casación en el fondo deducido por el padre demandado en contra de la sentencia de diecinueve de abril de dos mil veintitrés, dictada por la Corte de

Apelaciones de Talca, la que se invalida y se la reemplaza, sin nueva vista y separadamente, por la que se dicte a continuación.

Regístrese.

Rol N° 80.554-23

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señora Andrea Muñoz S., señor Diego Simpertigue L., ministra suplente señor Dobra Lusic N., y los abogados integrantes señor Héctor Humeres N. y señora Leonor Etcheberry C. No firma la ministra señora Muñoz y la ministra suplente señora Lusic, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con feriado legal la primera y por haber terminado su periodo de suplencia la segunda. Santiago, veintidós de diciembre de dos mil veintitrés.