

Santiago, once de marzo de dos mil veinticuatro.

Vistos:

En estos autos RIT P-8725-23, caratulados , seguidos ante el Centro de Medidas Cautelares de Santiago, por sentencia de veintiocho de julio de dos mil veintitrés, se rechazó aplicar una medida de protección en favor de la niña Leonor.

Apeló el padre requirente y una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha treinta de octubre de dos mil veintitrés, la confirmó.

En contra de dicha decisión la misma parte dedujo recurso de casación en el fondo denunciando la infracción de una serie de normas que influyeron sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por lo que solicita se lo invalide y se dicte el de reemplazo que indica.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, el recurso sostiene que la sentencia impugnada interpreta y aplica erróneamente el artículo 32 de la Ley N° 19.968, al apartarse de la sana crítica en el análisis de los antecedentes; agrega que *“Conjuntamente a ello, se ha vulnerado el artículo 50 de la ley 21.430, que establece claramente la obligatoriedad de seguir un debido proceso y brindar tutela judicial efectiva: al respecto, resulta clarísimo que los autos a quo han vulnerado el debido proceso de familia. Así, también se ha vulnerado el artículo 28 de la ley 21.430 y 16 de la ley 19.968 (no se ha escuchado a); el artículo 68 de la ley 19.968 (dado que la ley no exige gravedad para conocer proteccionalmente) y los principios de inmediación y bilateralidad”*. Funda la errónea aplicación de las normas de derecho invocadas en que para resolver no se tuvo en cuenta que la *curaduría* no entrevistó a la niña, lo que transgrede lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley N° 21.430; que, además, se le privó de su derecho a interponer reposición en audiencia al haberse desconectado la jueza de primera instancia inmediatamente después de dar a conocer su decisión en que indicó que no existen antecedentes de una vulneración grave de los derechos de la niña, pese a que la legislación no exige *“gravedad”*.

Sostiene que lo anterior influyó en lo dispositivo del fallo y en razón de aquello solicita se lo acoja, se la invalide y se dicte la correspondiente de reemplazo conforme a derecho.

Segundo: Que, de la revisión del expediente digital consta lo siguiente:

1.- Con fecha 26 de junio de 2023, don Ramón, presentó un requerimiento en favor de una niña de 8 años de edad, fundado en que la madre de la niña no

entrega información sobre los tratamientos médicos de la niña, no le permite ejercer la relación directa y regular y que la niña aún no sabe que él es el padre.

2.- Por resolución de 30 de junio de 2023, el tribunal, atendido que la Consejera Técnica no logró establecer contacto con los progenitores y ante la ausencia de antecedentes que tengan mérito suficiente para emitir pronunciamiento respecto de los hechos denunciados, citó al denunciante a audiencia para el 6 de julio de 2023 a las 09:30 horas.

3.- Por resolución de 18 de julio de 2023, tras escuchar la opinión de la consejera técnica, el tribunal citó a audiencia preparatoria para el 27 del mismo mes y año.

4.- Tras escuchar la opinión del consejo técnico y de la *curadoría ad litem*, que indicó no se entrevistó con la niña, por sentencia de 27 de julio de 2023, el tribunal resolvió no hacer lugar a aplicar medidas de protección en favor de aquella.

Tercero: Que, en ese contexto, si bien la resolución impugnada – que hizo suya la del Centro de Medidas Cautelares – examina los antecedentes del caso y hace un desarrollo argumentativo dogmático, en relación a los objetivos del procedimiento de protección previsto en la ley, concluyendo que, en la especie, la niña ha recibido las atenciones de salud esperables, sin que se avizore alguna vulneración en ese ámbito, por lo que el reclamo del padre – que estima pretende establecer un vínculo con su hija y ser reconocido como tal – debiese tramitarse en sede contenciosa, todo lo cual, en principio, no parece descaminado, teniendo presente, además, lo que dispone el inciso final del artículo 72 de la Ley N° 19.968, lo cierto es que llama la atención que se pasara por alto la necesidad de escuchar a la niña previamente, aceptando sin más la justificación de la *curadora ad litem* acerca de que no había podido ubicarla, ni se hiciera alguna indagación a ese respecto, en circunstancias que iba a resolverse algo que le atañe directamente.

En efecto, la niña tenía 8 años de edad cuando se inició el procedimiento, 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.

Cuarto: Que, , 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.

Quinto: 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

Sexto: Que, del análisis de la normativa aplicable a la materia, en especial la de carácter procesal contenida en los artículos 68 y siguientes de la Ley N°19.968, se desprende que el inicio de una causa por medida de protección puede ser de oficio o mediante requerimiento, incluso de terceros; la presentación no necesita cumplir con determinadas formalidades, tampoco precisar qué medida se solicita aplicar, en definitiva. Enseguida, el tribunal debe fijar una audiencia preparatoria dentro de los cinco días siguientes a la petición, que será la primera resolución que se dicte para dar curso a la presentación, a la que deberán asistir el niño, niña o adolescente cuyos derechos se denuncien amenazados o vulnerados, quienes serán informados acerca del motivo de su comparecencia en un lenguaje que le resulte comprensible, sus progenitores o quienes ejerzan su cuidado, y todo aquel que pueda aportar antecedentes para una acertada resolución del asunto, oportunidad en que las partes expondrán lo que estimen pertinente. El juez indagará sobre la situación que ha motivado el proceso y la forma en que afecta al niño, niña o adolescente y la identidad de quienes se encuentren involucrados en esa vulneración.

Una vez oídos los citados, el juez, si contare con todos los elementos probatorios necesarios para resolver, dictará sentencia en dicha audiencia preparatoria, a menos que estime procedente una medida de protección que implique la privación del niño de sus medios familiares.

Séptimo: Que, el artículo 16 de la Ley N°19.968 establece: *“Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. 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 debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad”.

Por último, el artículo 19.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Niña y/o Adolescente, consagra la obligación de *“todos los Estados partes de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier persona que lo tenga bajo su cuidado”.*

Séptimo: Que, en ese contexto, si bien la resolución impugnada – que hizo suya la del Centro de Medidas Cautelares – examina los antecedentes del caso y hace un desarrollo argumentativo dogmático, en relación a los objetivos del procedimiento de protección previsto en la ley, concluyendo que, en la especie, la niña ha recibido las atenciones de salud esperables, sin que se avizore alguna vulneración en ese ámbito, por lo que el reclamo del padre – que en el fondo pretende establecer un vínculo con su hija y ser reconocido como tal – debiese tramitarse en sede contenciosa, todo lo cual, en principio, no parece descaminado, teniendo presente, además, lo que dispone el artículo 16 de la Ley N°19.968, lo cierto es que llama la atención que se pasara por alto la necesidad de escuchar a la niña previamente, sin que la justificación de la *curadora ad litem* acerca de que no había podido ubicarla por teléfono ni se hiciera alguna indagación a ese respecto, en circunstancias que iba a resolverse algo que le atañe directamente. En efecto, la niña tenía 8 años de edad cuando se inició el procedimiento, 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.

Octavo: Que, en consecuencia, al resolver el Centro de Medidas Cautelares de Santiago, sin escuchar a la niña, 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 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 requirente en contra de la sentencia de treinta de octubre de dos mil veintitrés, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, la que se invalida y se la reemplaza, sin nueva vista y separadamente, por la que se dicte a continuación.

Regístrese.

Rol N° 248.587-23

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señora Andrea Muñoz S., señor Diego Simpertigue L., ministra suplente señora Eliana Quezada M., y los abogados integrantes señor Gonzalo Ruz L., y señora Carolina Coppo D. No firman los abogados integrantes señor Ruz y señora Coppo, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por ambos haber cesado en sus funciones. Santiago, once de marzo de dos mil veinticuatro.