



## COMENTARIO A SENTENCIA DE CORTE SUPREMA DE 6 DE OCTUBRE DE 2020, ROL N° 30.509-2020

Francisco Estrada V.<sup>1</sup>

### DESCRIPCIÓN DEL CASO<sup>2</sup>

El caso resulta de la demanda de Yohany Adallensy R. R. en contra de Pablo Andrés O. P. por autorización para salir del país de su hija P.E.O.R. y retornar a su patria de origen, Guatemala. P.E.O.R. nació el 9 de diciembre de 2016 en Chile y posee ambas nacionalidades.

Las partes están casadas, pero separadas de hecho. Contrajeron matrimonio en Guatemala, el 13 de diciembre del año 2015, el cual fue debidamente inscrito en Chile. Cesaron su convivencia definitivamente en noviembre del año 2018, época desde cual la niña está al cuidado de la madre y mantiene con el padre un régimen comunicacional provisorio que fue acordado judicialmente en Chile.

Durante un viaje al país de origen de la solicitante, enmarcado en una

reconciliación que no tuvo éxito; las partes regularon sus obligaciones de familia respecto de su hija, mediante acta voluntaria de convenio N° 157-2017, de 17 de octubre del 2017, aprobada por el Juzgado Pluripersonal de Primera Instancia de Familia del Departamento de Huehuetenango, Guatemala, en virtud de la cual, establecieron que el cuidado personal y la patria potestad se radica en la madre y además, regularon el régimen de relación directa y regular que mantendría la niña con su padre y la pensión de alimentos que éste le debía pagar.

La niña desde su nacimiento permanecía en Chile junto a sus padres, hasta que en el mes de agosto del año 2017, comienza a residir con su madre en Guatemala, para luego volver a residir en Chile a partir del mes de enero del año 2018.

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia por la Universidad Diego Portales. Ex Director Nacional del Servicio Nacional de Menores. Correspondencia por este artículo a [abogadoderechodefamilia@gmail.com](mailto:abogadoderechodefamilia@gmail.com)

<sup>2</sup> Agradezco la revisión del texto por la abogada Vesna Vucic, aunque los errores y omisiones son de mi entera responsabilidad.



## HISTORIA PROCESAL

El 3er. Juzgado de Familia de Santiago, por sentencia de 2 de agosto de 2019, acogió la solicitud interpuesta por Yohany Adallensy R. R. en contra de Pablo Andrés O. P., y autorizó que la hija salga del país, junto a su madre, con destino a Guatemala, hasta que cumpla su mayoría de edad, y reguló un régimen comunicacional con el padre. La sentencia fue apelada por el demandado y la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 24 de febrero del 2020, la confirmó. Posteriormente, el demandado dedujo recurso de casación en el fondo que fue conocido por la 4ª Sala de la Excelentísima Corte Suprema, la que resuelve acoger el recurso interpuesto con voto disidente de las ministras Muñoz y Repetto.

## COMENTARIO

1. El fallo resulta de interés jurídico por varias razones entremezcladas. Trata de una materia escasamente analizada por la doctrina; sin embargo, es parte de los variados cambios legislativos que se han generado en los últimos quince años. La cuestión discutida, nos parece, va a incrementarse como materia de juicio; en razón del creciente flujo migratorio y de

las relaciones que la globalización plantea a los estados modernos<sup>3</sup>. También el fallo, plantea una tesis diferente a la tradicional en lo tocante al escrutinio de la valoración de la prueba. Además, el conflicto jurídico gira en derredor de la ponderación del interés superior de la hija. Finalmente, nos parece que estamos ante un caso de discriminación de la mujer de aquellos contemplados en el Art. 16 de la CEDAW, la que no es mencionada.

2. Para comenzar el análisis, es necesario advertir una limitación que deriva de una decisión institucional que debe ser observada. Me refiero al problema de la reserva/publicidad de los fallos en la justicia de familia. Como la sentencia de 1ª instancia emitida por el 3er Juzgado de Familia de Santiago es de carácter reservada y no se puede acceder a ella, las sentencias de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema son inentendibles porque dan por reproducidos como fundamentos, cuestiones que a las que nunca podremos leer ni acceder. No logran erigirse en resoluciones autosustentables en la medida en que es imposible acceder a algunas de las razones que dan por reproducidas. De ahí que pese a su aparente publicidad la sentencia posea una dimensión de opacidad que limita el escrutinio público y dificulta

---

<sup>3</sup> El año 2019 ingresaron a los tribunales de familia 11.479 solicitudes por esta materia y sólo 5 años antes, en el año 2014, 7.403 ingresos. Fuente: *Cuenta pública 2015 del Sr. Presidente de la Corte*

*Suprema y Cuenta pública 2020 del Sr. Presidente de la Corte Suprema.*



poder sopesar el trabajo de fundamentación del Excmo. Jurisdicente.

Lo anterior a pesar del art. 15 de la Ley de Tribunales de Familia que explícitamente consagra el principio de publicidad y establece con carácter excepcional, y ante solicitud, la reserva, disponiendo qué significa ésta.<sup>4</sup> Los problemas que afectan a la publicidad de la justicia de familia han sido varias veces advertidos por la doctrina especializada;<sup>5</sup> pero las prácticas opacas persisten. Para complejizar todo, la respectiva sentencia, deja el nombre de la niña con iniciales, pero mantiene los nombres completos de los padres, con lo que igualmente se develan los apellidos de la niña.

3. Vamos a examinar los distintos elementos que constituyen el argumento, que se explicitan en el considerando 4°. El fallo afirma como reproches al sentenciador de alzada los siguientes:

i. *“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”*

Este sería un argumento nominalista y formulario que exigiría el uso de la expresión “interés superior de la niña” como criterio decisor para establecer que se ha respetado el Art. 3° de la Convención sobre Derechos del Niño. Ese razonamiento, no parece muy sólido e incurre en el mismo error que comete el Rey Lear en el primer acto de la obra, al confiarse en las dulces palabras de dos de sus hijas y desconfiar de las expresiones más austeras de Cordelia. En el mismo fallo, se pueden pesquisar los elementos que el sentenciador de primera instancia consideró servían mejor al bienestar de la niña. El reproche parece fuera de lugar, además, del momento que el tenor literal que emplea el inciso 3° del artículo 49 de la ley N° 16.618 para indicar el criterio que debe considerarse en esta materia es: *“el beneficio que le pudiere reportar”*.

Sobre este punto, advertía Couso en el inicio de la justicia de familia (2006) que *“definir al interés superior del niño en referencia a los “derechos” del niño, en lugar de hacerlo – por ejemplo– en referencia a su “bienestar”, no*

<sup>4</sup> “Artículo 15.- Publicidad. Todas las actuaciones jurisdiccionales y procedimientos administrativos del tribunal son públicos. Excepcionalmente y a petición de parte, cuando exista un peligro grave de afectación del derecho a la privacidad de las partes, especialmente niños, niñas y adolescentes, el juez podrá disponer una o más de las siguientes medidas:

a) Impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectúa la audiencia.

b) Impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de diligencias específicas.”

<sup>5</sup> CASAS, L., DUCE, M., MARÍN, F. *et al.* (2006). *El funcionamiento de los nuevos tribunales de familia. Resultados de una investigación exploratoria*, y FUENTES, C., MARÍN, F. y RÍOS, E. (2010). “Funcionamiento de los Tribunales de Santiago”, en Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *Reformas a la Justicia en América Latina. Experiencias de Innovación*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas



*debe quedarse en un mero cambio de palabras.”<sup>6</sup>*

ii. *“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.”*

La 4<sup>a</sup> sala elige una parte del argumento de la demandante y la aprecia muy tajantemente (“no se entiende”) cuando, de los mismos hechos que da por acreditados, es visible que la elección ha sido (1) previsible, y (2) luego de un proceso de intento de vivir en Chile. De seguirse el argumento de la sentencia, todo conflicto debiera resolverse simplemente atendiendo al deseo del progenitor que cuenta con régimen comunicacional. Pero la cuestión a examinar es más bien si corresponde que el tribunal, en especial el de casación, ingrese a discutir ese ámbito. La decisión de dónde vivir no puede quedar sujeta a la opinión ajena, por muy respetable que sea la magistratura.

El vivir en el país de origen, en principio, por expresa declaración del derecho internacional de los derechos humanos, no es una cuestión que una persona deba fundamentar y para la que los tribunales

posean discreción para evaluar su mérito. Lo que la Corte Suprema construye, en este apartado, es una exigencia que sólo recae en una mujer extranjera que tenga a su cuidado a su hijo.

Tampoco el fallo, entrega razones para desestimar o no valorar el régimen relacional fijado por el 3er Juzgado de Familia de Santiago, que es de frecuente uso en casos similares (viaje una vez al año por un mes).

iii. En el centro del razonamiento del considerando 4<sup>o</sup> está este párrafo:

*“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.”*

Es en este punto, donde se produce la anulación del interés de la madre como un interés legítimo que debe también ponderarse. Ella resulta, estar obligada a residir dónde se determine que vivirá su hija. Ese es el principal problema del fallo y que no es fácil observar, por lo entremezclado que aparece con otras cuestiones.

Lo cierto es, que ese razonamiento constituye una discriminación de aquellas que la CEDAW en su artículo 16 proscrib<sup>7</sup>. Es claro ver, que si la madre

<sup>6</sup> COUSO, J. (2006). “El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído”, *Revista de Derechos del Niño*, 3-4, p. 148.

<sup>7</sup>“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en



debe ceder su voluntad -incluso debe justificarla, lo que no se exige en ningún momento en el fallo al padre- siempre su voluntad carece de valor y ella no es considerada entonces sujeto de derecho. En el caso, sólo se considera el interés superior de la niña y el del padre.

Es necesario recordar la preocupación del Comité de la CEDAW en sus Observaciones finales al informe de Chile (2018) donde expresa que *“sigue preocupado por que los persistentes estereotipos discriminatorios sobre las funciones y las responsabilidades de las mujeres y los hombres en la familia y la sociedad, junto con las formas concomitantes de discriminación y la cultura de machismo profundamente enraizada en el Estado parte, siguen impidiendo los progresos en la promoción de la igualdad de género.”* (N° 20) Aun cuando la reforma introducida por la Ley N° 20.680, procuró terminar con la naturalización de roles al interior de la familia, que la madre sea quién, queda impedida de cambiar su residencia y retornar a su país de origen, constituye una forma en que el peso de la maternidad cuidadora recae exclusivamente sobre ella.

iv. *“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”*

Como no conocemos la sentencia de 1ª instancia no podemos apreciar la correspondencia de este juicio con los antecedentes de autos. Llama la atención, no obstante, la carencia de soporte del argumento de la 4ª sala en informes o antecedentes del proceso, quedando todo sometido a la subjetividad del Excmo. Jurisdicente.

v. El mencionado considerando no deja lugar a dudas cuando concluye su razonamiento afirmando:

*“cabe señalar que dejando las cosas como están, el padre podrá, por algún tiempo, difícil de mensurar, ejercer el privilegio de la paternidad.”*

De estos cinco planteamientos que contiene el argumento de la sentencia, es posible sintetizar esta fundamentación observando que la 4ª sala construye el caso como uno, donde debe sopesar el interés superior del niño (ISN, en adelante) y el interés del padre, relegando **así** el interés de la madre a un lugar secundario, al identificarlo (tácitamente) con el de su hija.

En este encuadre normativo, el sentenciador reemplaza o identifica el criterio del inciso 3° del Art. 49 (*“el beneficio que le pudiere reportar”*) con interés superior del niño.

---

condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) d. Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado

civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;”



Es así como, parece entender al ISN como la consideración primordial a que atender, que no es la forma en que la Convención legisló este principio y derecho. En efecto, esto fue objeto de amplia controversia durante la fase de debate en la génesis de la Convención<sup>8</sup>, el texto final optó porque el ISN fuese una consideración, a diferencia de otros lugares de la CDN, como el art. 9 (separación de padres) o el art. 21 (adopción) donde se habla del ISN como el único interés a considerar.

En efecto, en la revisión final del texto en el año 1989 en el Grupo de Trabajo “[c]on respecto al texto revisado que figura en el documento E/CN.4/1989 / W.1/WP.2, varias delegaciones se preguntaron si el interés superior del niño debería ser la consideración primordial en todas las acciones. En general, se señaló que había situaciones en las que los intereses contrapuestos, entre otros, de la justicia y de la sociedad en general, debían tener al menos la misma importancia, si no mayor, que los intereses del niño.”<sup>9</sup>

Este parece ser uno de esos casos, en que junto al interés del niño coexisten intereses adultos que deben ser considerados conjuntamente. Es legítimo y merece el amparo del derecho, el interés del padre en mantener una relación lo más estrecha

posible con su hija; pero es también legítimo y merece el amparo del derecho, el interés de la madre por retornar a su país de origen con su hija, por supuesto, el derecho debe preocuparse por el interés de la hija, sin embargo, en un caso complejo como éste, según observaba lúcidamente Couso (2006), todas las alternativas “*involucran en alguna medida un sacrificio de algún interés del niño y el riesgo de sacrificios y perjuicios mayores*”<sup>10</sup>, sin embargo, el fallo se muestra ciego a estas consecuencias.

Llama la atención que en otro caso de autorización de salida del país la Corte discurrió por la lectura del ISN como una consideración entre varias a la que atender, en línea con la interpretación predominante:

*“Décimo séptimo: Que, el interés superior del niño no es el único interés que puede ser legítimamente considerado. El artículo 3 de la Convención obliga a que el interés superior del niño sea atendido como “una consideración primordial”. La citada Observación General No. 14 destaca que “La expresión ‘consideración primordial’ significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones” (párrafo 37). Pero esto no significa que sea la única consideración primordial, lo que solo ocurre en la decisión de adopción (Convención, art.*

<sup>8</sup> OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (2007). *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child*, Vol. I y Vol. II, United Nations, CILLERO, Miguel (2016). “La convención internacional sobre los derechos del niño: introducción a su origen, estructura y contenido normativo”, en: MARTÍNEZ, C. (coord.). *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*,

Aranzadi, pp. 85-121, y RAVETLLAT, I. y PINOCHET, R. (2015). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 N° 3, p. 915.

<sup>9</sup> OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (2007), p. 345.

<sup>10</sup> COUSO (2006), p. 150.



21, y Observación General No. 14, párrafo 38). Luego, dicha Observación General agrega que el interés superior del niño, "una vez evaluado determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres)" (párrafo 39). Cuando ello ocurre, señala que se debe resolver "caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado" (ibid.)" Corte Suprema, 20 de abril de 2015, rol N° 25.409-2014

En fin, para reprochar al sentenciador del grado su errónea determinación del interés superior este fallo hace algo que sale de la línea tradicional con que la Cuarta Sala enfrenta el argumento del interés superior. La Corte Suprema, ha dicho que no puede en sede de casación, discutirse la forma en que el sentenciador de primer grado ha ponderado la prueba.

*"(...) se impugna la ponderación que los sentenciadores del fondo hicieron de los informes psicológicos practicados a las partes, como de la prueba testifical y declaración prestada por la madre de la niña, lo que importa discrepar del proceso racional que llevaron a cabo por no compartir la conclusión a la que arribaron, esto es, no se plantea la infracción a dicha norma de manera eficiente, y, sobre la materia, esta Corte ha sostenido, de manera reiterada, que ese proceso intelectual, en un caso como el indicado, escapa al control que debe efectuarse en sede de casación; y, por último, porque en lo que atañe a lo previsto en los artículos 229 del Código Civil y 49 de la Ley N° 16.618, se estableció como hecho de la causa que entre el padre y la niña no se ha regulado un régimen de relación directa regular, judicial o convencionalmente,*

*debido precisamente a la nula actuación del progenitor en ese aspecto;*

*7° Que, atendido lo expuesto, el recurso de casación en el fondo no puede prosperar y debe ser rechazado." (Corte Suprema, 10 de septiembre de 2014, rol N° 4443-2014) El caso también es sobre autorización para salir del país.*

*"Cabe agregar, a este respecto, que de conformidad a lo que prevé el artículo 32 de la ley N°19.968, los jueces de familia deben apreciar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, y como reiteradamente lo ha resuelto este tribunal, tal sistema conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconsejan la razón y el criterio fundado puesto en juicio. Las reglas que la constituyen no están consagradas en la ley; por ende, se trata de un proceso intelectual, interno y subjetivo del que analiza y, en consecuencia, una materia esencialmente de apreciación y, por lo mismo, de hecho, cuya estimación corresponde exclusiva y privativamente a los jueces del fondo, salvo que en el establecimiento de los hechos, se haya vulnerado las reglas que informan al sistema de la sana crítica". (Corte Suprema, 17 de noviembre de 2014, rol N° 5127-2014)*

*"Séptimo: Que, en definitiva, lo realmente impugnado por la recurrente es la ponderación que los jueces de alzada realizaron de la prueba rendida, al resolver que el cuidado de los niños queda radicado en su padre, labor que, como reiteradamente ha señalado este tribunal, no es susceptible de ser revisado por esta vía, a menos que en el establecimiento de los hechos se hayan vulnerado las reglas de la sana crítica, las que, en todo caso, no fueron invocadas como conculcadas en el arbitrio, razones por las que el recurso en análisis adolece de manifiesta falta de fundamento que autoriza su rechazo*



*en esta etapa tramitación”. (Corte Suprema, 15 de junio de 2015, rol N° 6323-2015) Integró la sala la ministra Etcheverry.*

*“Quinto: Que, sobre la base de lo expuesto, es improcedente, también, la vulneración a las reglas de la sana crítica, porque los planteamientos de la nulidad, como ya se dijo, llevan consigo un reproche a los hechos fijados en la sentencia que se trata, los cuales se intenta modificar, a través de una nueva ponderación de la prueba rendida, pretendiéndose una distinta a la que se efectuó en el fallo impugnado, en circunstancias que dicha labor, como reiteradamente ha sostenido este tribunal, corresponde a facultades privativas de los jueces del grado y se agota en las instancias respectivas, salvo que en dicho establecimiento se hayan quebrantado las reglas que informan al sistema de la sana crítica, lo que tampoco se produjo, puesto que el recurrente no explicó cómo y cuáles principios que integran dicho sistema probatorio se transgredieron, razones por las que el recurso de casación en el fondo será desestimado.” Corte Suprema, 14 de julio de 2015, rol N° 23113-2014.*

Pero en este caso, eso es justamente lo que hace con motivo de la determinación del ISN. Revisa la valoración que el sentenciador de primera instancia realizó.

Esta segunda valoración, en todo caso, se realiza sin una ligazón con presupuestos fácticos que no fueron ponderados, sino simplemente difiriendo de la valoración

efectuada por el sentenciador de primera instancia.

Es preciso anotar, en términos de soporte del argumento, que no se contienen citas doctrinarias, tampoco se menciona la historia fidedigna de la norma; no se hace referencia a jurisprudencia anterior, ni menos aún se señala, que se está cambiando una línea jurisprudencial.

Este caso pudo ser una buena oportunidad para haber solicitado opinión de Consejo Técnico,<sup>11</sup> o para relevar la opinión del Consejo Técnico en primera instancia, pero nada se dice sobre este punto que suele ser considerado por la Cuarta Sala.

Tampoco, la segunda valoración se apoya en prueba técnica.

Por otro lado, de la lectura de los hechos que se dan por probados hay un par de circunstancias que lejos de apoyar la tesis del voto de mayoría la ponen en entredicho:

a. Pudiera leerse, que la madre ha hecho razonables esfuerzos por vivir en Chile donde la niña está cercana a su padre. Prueba de ello, es que regresó desde Guatemala, que sus padres la vinieron a acompañar y que incluso compró una casa, es decir, que no es ésta una decisión caprichosa.

b. Se reconoce por acreditado 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*

<sup>11</sup> Siguiendo en esto el ejemplo de la 3ª Sala en la causa Corte Suprema, 4 de junio de 2019, rol N° 32.952-2018.



*debería postergarse en beneficio de la hija;*” al punto que la cuestión del cuidado personal fue resuelta en Guatemala. Lo que deja claro que la residencia allá fue una decisión puesta en conocimiento del padre y que no debió sorprenderlo sino por el contrario.

Examinado el voto de mayoría de redacción de la Ministra Etcheverry, pasamos a estudiar el voto de minoría de redacción de las Ministras Muñoz y Repetto. La disidencia, hace hincapié en dos asuntos críticos que hemos anticipado:

i. Que la determinación del interés superior de la niña fue realizado ponderando la prueba por el tribunal de primera instancia, sin que se haya justificado por el recurrente que en esta ponderación se incurrió en alguna infracción a las reglas de la sana crítica. Esta es la doctrina tradicional de la 4<sup>a</sup> sala respecto al interés superior y, en general, sobre apreciación de la prueba.

ii. El derecho de la madre a elegir dónde residir: *“como titular de la custodia de su hija, la madre tiene derecho a fijar el lugar de residencia donde vivirá con su hija”*. Las disidentes, logran visibilizar el interés de la madre como uno legítimo, no obstante, llama la atención que no se logre construir como un caso de discriminación contra la mujer extranjera que desee retornar a su hogar, lo que habría exigido recurrir a la CEDAW.

El razonamiento del voto de mayoría propone, con un evidente carácter de estándar general, por el tono que se emplea para discutir la posición contraria (*“se equivocan”*, *“no se entiende”*) que si una mujer elige ser madre, *per se* renuncia a la posibilidad de fijar su domicilio a distancia del padre que cuente con un régimen de relación directa y regular. Esa interpretación, excede con creces el marco normativo de los artículos 49 y 49 bis de la Ley N° 16.618.

En esto, conviene traer a la vista la forma en que la profesora Veloso comprende los deberes que recaen sobre el Estado a partir de la CEDAW: *“los Estados deben considerar la realidad cultural, que ubica a hombres y mujeres en realidades distintas, con el propósito deliberado de transformar la praxis y cultura discriminatoria. En esto no hay neutralidad posible.”*<sup>12</sup>

Finalmente, creemos que estamos ante un caso que permite construir como problema, el actual diseño normativo de las facultades asociadas a la autoridad parental. En efecto, este caso no es uno de autorización de salida del país, sino que es, en verdad, un caso de una decisión de crianza, la de residencia. Esa es la materia que la actual normativa del derecho de familia chileno no permite discutir.

Las decisiones de crianza son las cuatro decisiones mayores involucradas con el ejercicio de las facultades de dirección y

<sup>12</sup> VELOSO, P. (1998). “Nuevos principios del derecho de familia en función, principalmente, de la normativa internacional que emana de los

tratados de derechos humanos.” *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, p. 55.



orientación que el art. 5° de la Convención estima forman parte de las “responsabilidades, derechos y deberes” de los padres, que los Estados deben respetar.

Nuestro Código Civil en sus inicios, construyó el paradigma del “amo y señor”<sup>13</sup> aparejado a un intenso poder penal doméstico<sup>14</sup>. La reforma de la Ley N° 20.680 instala una cierta democracia paterno-materna - la democratización de las relaciones familiares, en la denominación de Herrera (2011)<sup>15</sup>- desnaturaliza la conversación acerca de quién cría mejor y nos permite asumir, en cambio, el carácter co-constructivo de estos roles. En palabras de un prestigioso tratadista español, Díez-Picazo: “En el Derecho de los últimos tiempos los criterios estrictamente jerárquicos han ido declinando y han ido siendo sustituidos por criterios igualitarios y asociativos ...”<sup>16</sup>

Así, sea que estemos en un caso de cuidado personal compartido o en que sólo uno de los progenitores esté al cuidado del hijo o hija, hay algunos problemas, viejos problemas, para los que el derecho de familia actual, no ofrece un

cauce idóneo y deben ser enfrentados con otros mecanismos que enturbian el debate.

Me refiero a las decisiones de crianza, en específico a cuatro cuestiones que -desde siempre algunas, desde hace poco otras, pero en todo caso, hoy más que nunca- constituyen cada vez más frecuentes consultas: decisiones sobre residencia del niño; decisiones sobre educación (dónde estudiar); decisiones mayores en el ámbito de la salud (aceptar tratamiento, elegir médico, etc.); y decisiones sobre religión del niño (bautizarlo o no, p. ej.). En estos cuatro casos, estamos ante situaciones mayores en la vida de un niño, que afectarán profundamente su desarrollo, que involucran muchas veces cuantiosos recursos, y que son expresivas del viejo paradigma en el cual el padre (o la madre), era una suerte de dueño y señor de la vida del niño. En el anterior modelo, quién detentaba la tuición o cuidado personal resolvía todo, por sí y ante sí.

El principio de corresponsabilidad, entonces, viene a cuestionar este modelo de resolver -o de ocultar más bien- estos conflictos. Lo que este principio exige es que, si ambos padres no son capaces de ponerse de acuerdo, lo haga un tercero con vistas al principio del interés superior del

<sup>13</sup> SOMARRIVA, M., citado por CILLERO, M. (1994). “Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile.” En PILOTTI, F., (coord.), *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile*, Instituto Interamericano del Niño, p. 99.

<sup>14</sup> COUSO, J. (2003). *La otra violencia. Poder penal doméstico sobre los niños en el Derecho chileno*. Santiago: Informes de investigación. Centro de Investigación. Universidad Diego Portales. Facultad de Derecho, Año 5, N° 15.

<sup>15</sup> HERRERA, M. (2011). “La democratización de las relaciones de familia. Desafíos de la relación padres e hijos desde el principio de capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes”, *Revista del magíster y doctorado en derecho*, N° 4.

<sup>16</sup> Díez-PICAZO, L. y Gullón, A. (1994). *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 6ª edición, Tecnos, Madrid.

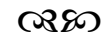


hijo, empero el actual derecho no ofrece espacio de discusión.

Eso es lo que ocurre con este caso, que es uno de residencia, *relocation*,<sup>17</sup> como se le llama en el *family law*.

Hoy la forma de producir ese debate es, o la autorización para salir del país, o un juicio de cuidado personal<sup>18</sup>.

El derecho de familia debería ofrecer un instituto que permita discutir esta específica cuestión, con criterios ajustados a esta problemática, y con énfasis en el respeto a los intereses de todos los involucrados.



---

<sup>17</sup> “Litigios de reubicación” se refieren al escenario que surge cuando el padre o madre con custodia (cuidado personal) desea mudarse él mismo y con los niños lejos del padre o madre no custodio.” TERRY, E. et al. (2000). “Relocation: Moving Forward or Moving Backward”, 31 *Texas Tech Law Review*, pp. 983, 984. También: “Reubicación es el término empleado en esta ley para describir la mudanza de un niño fuera de un Estado o a una

distancia considerable dentro de un estado.” ABA (2012). ABA Model relocation of children act. <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/abanews/13285666982012mm104.athcheckdam.pdf>

<sup>18</sup> Así p. ej. Corte Suprema, 14 de julio de 2015, rol N° 23.113-2014.



CORTE SUPREMA  
6 de octubre de 2020  
Rol N° 30.509-2020

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

Tags: cuidado personal, autorización salida del país, interés superior del niño, residencia de hija, decisiones de crianza.

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 Yohany Adallensy R. R. en contra de don Pablo Andrés 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



Nº1 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 Nº 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. 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.



## SENTENCIA DE REEMPLAZO

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 abogado integrante Leonor Etcheberry Court y del voto sus autoras.  
Regístrese y devuélvanse.

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.



## CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

24 de febrero de 2020

Rol 3017 – 2019

Redacción del ministro interino Pedro Advis

Santiago, veinticuatro de febrero de dos mil veinte.

Vistos:

Se ordenó traer los autos en relación para conocer de los recursos de casación en la forma y apelación interpuestos por la parte demandada en contra de la sentencia definitiva de dos de agosto del año pasado dictada por el Tercer Juzgado de Familia de Santiago en la causa RIT N° C-3144-2019, RUC N° 1921298611-1, mediante la cual se acogió la demanda concediendo la autorización para que la niña de iniciales P. E. O. R. salga del territorio nacional hacia Guatemala bajo el cuidado personal de su madre, al tiempo que fijó un régimen comunicacional con su padre, dejándose constancia de que no se autoriza su adopción, sin costas

Y considerando:

I. En cuanto a la casación en la forma:

a) El primer vicio que funda el recurso:

**Primero:** Que el primero de los vicios denunciados es el motivo previsto en la letra b) del artículo 67 de la Ley N°19.968, en relación con lo establecido en el artículo 66 N°4 del mismo cuerpo legal esto es la omisión del análisis de la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esa conclusión.

Al fundar este acápite del recurso y luego de transcribir íntegramente el fallo impugnado, se manifiesta que el tribunal del grado llega a ciertas conclusiones, pero ellas nada tienen que ver con lo planteado en la demanda; después se asevera que no se ha hecho un análisis pormenorizado de la prueba rendida ni se ha fundado en forma lógica y legal, “conforme a las máximas de experiencia, sana crítica pero en derecho del por qué han arribado a tales conclusiones”.

Se agrega que el juzgado del fondo interpreta “torcidamente” el principio del interés superior del niño “ocultando que lo que realmente se da relevancia que es el interés de realización de la madre” para cuyos efectos omite considerar lo informado por la perita Larrondo Valderrama, así como lo consignado por otro perito, el señor Ortiz Pérez.



Concluye diciendo que en el fallo recurrido existen dos análisis contrapuestos respecto de los beneficios de conferir el cuidado personal de la niña a alguno de los padres, los que -reconoce- dejan en igualdad de condiciones a ambos progenitores, pero sostiene que existe una visión sesgada del informe de la perita Larrondo Valderrama, lo que no es abordado en la sentencia.

**Segundo:** Que, según se advierte, en el propio libelo recursivo, en primer término, no se reprocha haber omitido la ponderación de alguna probanza específica en el fallo y, en seguida, se reconoce la existencia de un razonamiento que lleva al tribunal a concluir que ambas partes no registran impedimentos para hacerse cargo de la niña de autos y finalmente sostiene que la ponderación del informe de la perita recién señalada (que fue uno de los elementos considerados por el juzgado) es “sesgada”.

En otros términos, del propio recurso se advierte que los reproches que se hacen están dirigidos al razonamiento efectuado por el tribunal para concluir del modo que lo hizo, que se estima defectuoso, lo que no constituye el vicio invocado.

Aún más, los errores reprochados al fallo -de ser verdaderos pueden ser reparados por la vía de la apelación deducida, con lo que resulta que la anulación de lo resuelto no es la única vía para remediar el agravio que sustenta la impugnación.

b) El segundo vicio que funda el recurso:

**Tercero:** En esta parte del recurso la invalidación formal, está sustentado también en lo establecido en el número 6 del artículo 67 de la Ley N°19.968, pero esta vez ella dice relación con la causal contemplada en la omisión del requisito a que se refiere el número 4 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, reprochándose al fallo que se extendió a puntos no sometidos a la consideración del tribunal.

**Cuarto:** Que para desechar la alegación del recurrente baste considerar que el inciso sexto del artículo 225 del Código Civil dispone que *“siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos...”*

Y a este respecto conviene traer a colación que el vicio denunciado por el recurrente, según la precisa formulación del precepto fundante de la nulidad cuando el juez se introduce en materias no entregada por las partes dejándose a salvo *“la facultad que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley”*.



En todo caso, no deje de ser pintoresco que el padre a quien se confiere un régimen de relación directa con el hijo proteste su nulidad, cuando a la par reclama su cuidado personal.

**Quinto:** Que, en consecuencia, el recurso en examen no podrá prosperar, al no ser efectivos sus fundamentos

II. En lo relativo a la apelación:

Se reproduce la sentencia en alzada y se tiene, además, presente:

**Sexto:** Que este recurso busca se revoque la sentencia, lo que será rechazado, toda vez que esta Corte entiende que las argumentaciones hechas por el apelante no desvirtúan los fundamentos del fallo en alzada.

Por tales consideraciones y teniendo presente, además, lo dispuesto en los artículos 186 y 764 del Código de Procedimiento Civil y 67 N° 2 y 6 de la Ley N° 19.968, se declara:

1.- Que **se rechaza** el recurso de casación en la forma interpuesto en contra de la sentencia definitiva de dos de agosto del año pasado, dictada por el Tercer Juzgado de Familia de Santiago, en la causa ya aludida, la que, en consecuencia, no es nula.

2.- Que **se confirma** la referida sentencia.

Regístrese y comuníquese.

Redactó el ministro interino señor Advis. N°Familia-3017-2019.

Pronunciada por la Séptima Sala de la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Alejandro Rivera Muñoz e integrada por el Ministro (I) señor Pedro Advis Moncada y por la Abogada Integrante señora Paola Herrera Fuenzalida.