



PODER JUDICIAL
REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SAN MIGUEL

MATERIA: RESTITUCIÓN EN VIRTUD DEL CONVENIO DE 25 DE OCTUBRE DE 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.
CARATULA: XXXXXXXX/XXXXXXXX
RIT: C-403-2017.

San Miguel, quince de marzo de dos mil diecisiete.

VISTOS, OÍDOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que ante este Segundo Juzgado de Familia de San Miguel, comparece XXXXXXXXXXXX, ingeniero comercial, SEREMI (s) de Justicia de la Región Metropolitana, con domicilio en Agustinas N° 1419, comuna de Santiago, como autoridad competente del Estado de Chile y en calidad de demandante, en favor de XXXXXXXXXXXX, italiano, empresario, con domicilio en Vía San Francesco D'Assisi 80 Lissone, Monze, Italia, y deduce solicitud de restitución internacional en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en contra de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, dueña de casa, con domicilio en Pasaje La Tirana N° 269, comuna de San Joaquín, a favor del niño XXXXXXXXXXXXXXXX, italiano, nacido en Carate Brianza (MB) Italia, el 14 de febrero de 2013, quien está siendo retenido ilícitamente por su madre en Chile, solicitando disponer la restitución inmediata del niño a su país de residencia habitual, es decir Italia, con costas.

Como consideraciones previas, expone que con fecha 25 de octubre de 1980 se adoptó en la Decimocuarta Sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado la "Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños". De conformidad con el artículo 38, párrafo 3 de la citada Convención, ella entró en vigor para Chile el 1° de mayo de 1994. Con fecha 17 de junio del mismo año se publicó en el Diario Oficial, teniendo desde entonces rango de ley en la República.

Agrega que con fecha 3 de noviembre de 1998, se publicó en el Diario Oficial de Chile el "Auto Acordado sobre Procedimiento Aplicable al Convenio de La Haya relativo a los Efectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores", dándole en definitiva el marco legal que se requería para su acertada tramitación y resolución por los Juzgados de Menores.

De conformidad al artículo 6 del citado Convenio, cada Estado contratante debe designar a una Autoridad Central competente encargada de cumplir con las obligaciones internacionales que se siguen del Convenio. En cumplimiento de esta norma, el Estado de Chile ha designado a la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana como Autoridad Central competente, mediante Oficio N° 012485 de 21 de junio de 1994 dirigido al Sr. Ministro de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos.

Por su parte, tal como establecen los artículos 9 y 10 del D.F.L. 995 de 1981 que aprueba los estatutos de la Corporación de Asistencia Judicial Metropolitana, será el SEREMI de Justicia de la Región Metropolitana quien presidirá el Consejo Directivo de dicha institución, detentando en virtud de dicho cargo su representación judicial y extrajudicial, y premunido para su ejercicio de sus funciones con las facultades de ambos incisos del artículo 7 del Código de Procedimiento Civil. En virtud de la designación aludida precedentemente y de las facultades que le otorga el referido D.F.L. 995 de 1981, actúa en representación del Estado de Chile en esta materia. Así, conforme a lo dispuesto en el



XHXGXTZZXK



PODER JUDICIAL
REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SAN MIGUEL

artículo 8 del Convenio cuya aplicación invoca, esa Autoridad Central ha recibido la solicitud de restitución procedente de la Autoridad Central italiana. Así, en cumplimiento del objetivo contenido en el artículo 10 de la Convención ya citada, inicia la tramitación judicial de la solicitud de restitución del niño XXXXXXXXXXXXXXXX, quien está siendo ilícitamente retenido en Chile por su madre XXXXXXXXXXXXXXXX.

Expone en cuanto a los antecedentes de hecho, que XXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXXXXXX iniciaron una relación afectiva producto de la cual tuvieron un niño llamado XXXXXXXXXXXXXXXX, nacido el 14 de febrero de 2013, en Lissone, provincia de Monza- Brianza, Italia. Con posterioridad, los 3 vivieron juntos en Lissone, donde se encontraba el entorno familiar, escolar y social que le era habitual al niño. Los padres del niño no contrajeron matrimonio siendo convivientes al momento de la sustracción. En ese instante, con el consenso del demandante, el 24 de agosto de 2016 la señora XXXXXXXXXXXXXXXX partía sola con su hijo XXXXXXXXX hacia Chile, para visitar a la familia de la madre, con retorno a Italia previsto para el 10 de octubre de 2016, tal como aparece en el boleto de avión que adjunta. Días antes de la fecha prevista para el regreso, la demandada comunicó al señor XXXXXXXXX la intención unilateral de quedarse a vivir en Chile con su hijo.

Añade que a la luz de lo expuesto, se puede afirmar entonces que la señora XXXXXXXXXXXXXXXX retiene ilícitamente al hijo en Chile, transgrediendo la normativa italiana prevista en la materia (artículo 316 del Código Civil italiano) según el cual, ambos padres son titulares de la responsabilidad parental, que se ejerce de común acuerdo, estableciendo el lugar de residencia habitual del hijo.

Como resulta evidente, la decisión de no regresar a XXXXXXXXXXXXXXXX a Italia fue tomada unilateralmente por la señora XXXXXXXXX, dado que ella no contó con el acuerdo del señor XXXXXXXXX para cambiar el país de residencia del niño, vulnerándose los derechos de que éste goza de conformidad con la ley italiana. XXXXXXXXXXXXXXXX sólo había acordado que su hijo permaneciera en Chile hasta el 10 de octubre de 2016, razón por la que XXXXXXXXXXXXXXXX está siendo ilícitamente retenido en este país en los términos del Convenio de La Haya de 1980, desde el día 10 de octubre de 2016.

Hace notar que la conducta de la madre no sólo perjudica los derechos compartidos por el señor XXXXXXXXX, sino que constituye además una violación de los derechos del niño a vivir en su lugar de residencia habitual. El padre en ningún momento sospechó que la intención de la madre era permanecer en Chile, ya que continuaban siendo una pareja, conviviendo juntos como familia. Es más, desde que la señora XXXXXXXXXXXXXXXX le informó al Sr. XXXXXXXXX que no regresaría a Italia con el niño, le ha insistido que sea él quien se traslade a vivir a Chile y así continúen viviendo como una familia, lo que no corresponde en ningún caso, ya que el padre no ha consentido en el cambio de residencia de su hijo, que unilateralmente efectuó la madre.

En cuanto a los fundamentos de derecho, invoca como normas internacionales aplicables: La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, que en su artículo 1 expresa que su finalidad es: "a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado



contratante; b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes”.

Explica que para el resguardo adecuado de dichas finalidades, las disposiciones de la Convención se articulan en torno al principio de la "residencia habitual", regulando aquellas situaciones en que "el menor ha sido sustraído al entorno familiar y social en el que se desarrollaba su vida" (XXXXXX-Vera, Elisa; 1981).

Añade que para determinar aquellas situaciones bajo el ámbito de aplicación de la Convención, su artículo 3 señala que: "El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado”.

Refiere que el artículo 5 de la Convención señala que "el derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia".

Indica que verificada una hipótesis de sustracción, para alcanzar los objetivos de la Convención resulta imperativo restaurar el statu quo anterior a la acción ilícita del sustractor. Por tal razón, la Convención de La Haya dispone en su artículo 12 que las autoridades competentes deben ordenar la restitución inmediata del niño cuando concurren los presupuestos del traslado o retención ilícitos, siempre que la restitución se haya solicitado antes de transcurrido un año desde su ocurrencia. Transcribe el artículo 12 de la Convención: "Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor”.

Argumenta que la restitución inmediata del niño permite asegurar el cumplimiento de los fines señalados en el artículo 1 de la Convención. Además, es el medio idóneo para evitar que el sustractor retire al niño del foro jurisdiccional más adecuado para decidir en lo relativo a su custodia. Refiere que la Dra. Elisa XXXXXX-Vera, participante en la Conferencia Internacional que adoptó la Convención de La Haya, señala en su informe explicativo sobre ésta que es "frecuente que la persona que retiene al menor trate de conseguir que una resolución judicial o administrativa del Estado de refugio, legalice la situación de hecho que acaba de crear". (XXXXXX-Vera, Elisa; 1981). Así, para impedir que el sustractor pueda escoger un foro más conveniente a sus intereses, el artículo 16 de la Convención señala: "Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o



administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio”.

Continúa, sosteniendo que en el mismo sentido de lo anterior, el artículo 17 de la Convención expresa: "El solo hecho de que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor o que esa decisión pueda ser reconocida en el Estado requerido no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en el presente Convenio (...)”.

Sostiene que, en síntesis, configurada una sustracción internacional de menores, las autoridades del país en que se halla el niño retenido ilícitamente están obligadas a ordenar su restitución inmediata, toda vez que las cuestiones jurídicas relativas a la custodia del niño deben ser resueltas por las autoridades del Estado de residencia habitual.

Alega que, de acuerdo a lo expresado precedentemente, las disposiciones del Convenio establecen la obligatoriedad de restituir al niño de forma inmediata al país de su residencia habitual, con el objeto de que se respeten los derechos de custodia y/o visitas en él vigentes. Por otra parte, señala que la regla de la restitución inmediata también considera la necesidad de dar una adecuada protección a los menores, quienes son los principales afectados en caso de un traslado o retención ilícitos. En su preámbulo, la Convención de la Haya de 1980 cuenta esta necesidad entre sus motivaciones, al señalar que el tratado pretende: ("Proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita (...)”.

En cuanto a la vinculación entre los derechos del niño y la Convención de La Haya de 1980, expone que se recogió expresamente en el artículo 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño: "1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes”.

Considera que el traslado o retención ilícita de un niño implica una serie de vulneraciones a sus derechos, consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Al privarlo de su entorno social y familiar habitual, sufre la vulneración de derechos tales como el relativo a preservar su identidad y las relaciones familiares (artículo 8), a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos (artículo 9), a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular (artículo 9), o a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o su familia (artículo 16), entre otros.



Así, la restitución inmediata del niño sustraído no sólo busca proteger los derechos de custodia o de visita de los padres, sino que también tiende a proteger su propio interés superior.

Respecto a las normas chilenas sobre la materia, refiere que, además de las normas internacionales debidamente incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico, la sustracción internacional de menores se encuentra regulada a través de un Auto Acordado, el que fue recientemente refundido por el Acta de la Corte Suprema N°205-2015, acordada por el pleno de dicho Tribunal el día 30 de diciembre de 2015, y publicada en el Diario Oficial el 16 de enero de 2016, encontrándose vigente el Auto Acordado refundido desde el 16 de abril del año 2016.

De acuerdo a lo expuesto, indica que la restitución inmediata del niño debe ordenarse en todos aquellos casos en que sea solicitada antes de transcurrido un año desde la sustracción. Para los efectos de computar dicho plazo, el artículo 1 inciso segundo del Auto Acordado establece “La presentación de la demanda o solicitud de restitución ante el tribunal competente determinará la fecha de iniciación de los procedimientos para los efectos establecidos en los incisos primero y segundo del artículo 12 del Convenio de La Haya, de 1980, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969.” Para los efectos de determinar el tribunal competente, el artículo 1 del Auto Acordado refundido establece que: “Será competente para conocer de la solicitud o demanda de ubicación y búsqueda de un niño, niña o adolescente sujeto a sustracción internacional el Juzgado de Familia del domicilio presunto del niño o niña”.

Agrega que, de acuerdo a la celeridad exigida por las disposiciones de la Convención, el nuevo Auto Acordado establece un procedimiento especial para tramitar las solicitudes de restitución. De esa manera, el artículo 9 de dicho Auto Acordado establece: “La audiencia única procurará, en principio, asegurar el retorno seguro del niño, niña o adolescente a su lugar de residencia habitual o facilitar una solución amigable, y tendrá por objeto lo siguiente: a) Establecer si el niño, niña o adolescente se encuentra en el país; b) Establecer si el traslado o retención del niño, niña o adolescente ha sido ilícito en los términos del Convenio; c) Determinar si concurre alguna de las causales que el Convenio autoriza para oponerse a la restitución del niño, niña o adolescente. Atendida la naturaleza y urgencia del procedimiento, (...) No se admitirán cuestiones previas, incidentes ni reconveniones que obsten a la prosecución del trámite. El tribunal rechazará de plano toda excepción fuera de las enumeradas en la referida Convención (...)”.

Refiere que de analizar el conjunto de las normas precedentes, la restitución inmediata del niño es la solución que la Convención establece para aquellos casos en que se ha verificado una sustracción o traslado ilícito, y las normas de derecho chileno sobre la materia se articulan en torno al logro de dicho resultado.

En cuanto al derecho italiano aplicable, indica que de acuerdo al artículo 3 de la Convención de La Haya, el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos cuando se infrinja un derecho de custodia, el que puede estar establecido por "una



atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado”.

En el presente caso, a falta de acuerdo o decisión judicial en materia de custodia, resultan aplicables las normas del Código Civil italiano, país de residencia habitual del niño XXXXXXXXXXXXXXX.

Transcribe el artículo 316 de dicho cuerpo legal: "El niño está sujeto a la autoridad de los padres hasta la mayoría de edad o la emancipación.

Dicha autoridad será ejercida de común acuerdo entre ambos padres.

En caso de haber conflicto en cuestiones de particular importancia, cada uno de los padres puede acudir al juez sin formalidades, indicando las medidas que considere más adecuadas.

Si existe un peligro inminente de daño grave para el niño, el padre puede tomar las medidas urgentes e inaplazables.

El juez, previa audiencia de los padres y del niño, si tiene más de catorce años, sugerirá las determinaciones que considere más útiles para los intereses del niño y la unidad familiar. Si las diferencias persisten, el juez atribuirá el poder de decisión a aquel de los padres que, en el caso particular, considere como el más adecuado para velar por los intereses del niño”.

Transcribe el artículo 317 bis, que señala: “A aquel de los padres que haya reconocido al hijo natural, corresponderá la autoridad sobre él.

Si el reconocimiento lo han hecho ambos padres, cuando cohabiten la autoridad se ejercerá conjuntamente por ellos. Se aplicará lo dispuesto en el artículo 316. Si los padres no viven juntos, el ejercicio de la autoridad recaerá en aquel de los padres con que viva el niño o, si no viven con ninguno de ellos, en el primero que lo haya reconocido. El juez, en exclusivo interés del niño, puede disponer de modo diverso; también puede excluir a ambos padres del ejercicio de su autoridad, previendo la designación de un tutor.

Aquel de los padres que no ejerza la autoridad parental, tiene la facultad de supervisar las condiciones de instrucción, de educación y de vida del hijo menor”.

Expone que el mismo principio de co-responsabilidad se encuentra establecido en el artículo 155 del Código Civil italiano, al disponer que “A menos que establezca lo contrario, las decisiones de mayor interés para los niños deben ser adoptadas por ambos cónyuges”.

Indica que, de esa manera, se puede apreciar que la legislación italiana confiere al señor XXXXXXXXX, en los términos del artículo 5 de la Convención de La Haya, un derecho de cuidado compartido de su hijo, al compartir con la madre el derecho a decidir sobre sus condiciones de instrucción, de educación y de vida. Así, ninguno de los padres está facultado para determinar unilateralmente las condiciones de vida de su hijo. En consecuencia, la decisión de la madre de fijar la residencia del niño en un país extranjero sin el consentimiento del padre, vulnera el derecho de cuidado que el padre comparte sobre el niño, configurándose una hipótesis de sustracción de acuerdo al artículo de la Convención de La Haya de 1980.



Concluye señalando que, según se desprende de los artículos 155, 316 y 317 bis del Código Civil italiano, los padres de XXXXXXXXXXXXX compartían su cuidado, el que ejercían y debían ejercer de común acuerdo. En consecuencia, el niño vivía en Lissone, lugar de residencia en que tenía su centro de vida, y en que se encontraba su entorno social y familiar habitual. Con la autorización de su padre, el niño viajó el 24 de agosto de 2016, en compañía de su madre. La sustractora se había comprometido a volver a Italia con XXXXXXXXXXXX el día 10 de octubre del mismo año. Sin embargo, la madre nunca retornó con el niño a Italia, fijando en los hechos, y de forma unilateral, que Chile iba a ser su nuevo país de residencia. Al no contar con la debida autorización del padre, dicha decisión vulneró los derechos de custodia que XXXXXXXXXXXX compartía respecto de su hijo (de acuerdo al artículo 5 de la Convención de La Haya), por lo que se configuró una hipótesis de retención ilícita a partir del día 8 de enero de 2016, en los términos del artículo 3 de la Convención ya citada.

De acuerdo al mérito de los antecedentes, considera que se configura en el presente caso una situación de retención ilícita, por lo que habiéndose interpuesto la demanda antes de un año desde su ocurrencia, resulta necesario ordenar la restitución inmediata del niño XXXXXXXXXXXXX a su Estado de residencia habitual, es decir, Italia.

SEGUNDO. Que en audiencia de rigor llevada a cabo el día 8 de marzo pasado, el abogado de la madre demandada contestó oralmente la solicitud de restitución en los términos que, en lo medular y de modo literal, se exponen a continuación:

“Ha hecho mi contraparte una exposición de lo que está transcrito en la demanda y cuáles serían los hechos, los presupuestos fácticos de esta supuesta sustracción ilícita por parte de mi representada del hijo común de las partes de este juicio. Bien Su Señoría, ocurre lo siguiente, aquí no ha existido ni sustracción ni menos evidentemente ha sido ilícita dicha sustracción o dicha supuesta sustracción. ¿Por qué Su Señoría? Se rechaza en todas sus partes los dichos contenidos en la demanda por lo siguiente: primer punto, el menor XXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXX es chileno, tiene su pasaporte chileno, su identificación chilena, él siempre ha sido chileno. Por esas circunstancias de la vida le tocó nacer en Italia, como muchas personas que han nacido en el extranjero a lo largo de la historia de Chile y especialmente en los últimos 40 años; entonces es chileno. Él viaja, ha viajado, ha venido en reiteradas ocasiones desde que nació a Chile, de hecho tiene, ya ocupó un pasaporte, tiene otro como ha crecido ha tenido que ir renovando su pasaporte. Ha venido en numerosas ocasiones en su vida, para su corta vida, ha estado con su familia y ha vivido en Chile, en su país, en cuatro períodos durante su corta vida, incluido el último que está siendo cuestionado. Se agrega Su Señoría que el menor salió con su madre absolutamente en condiciones legítimas desde Italia a su segunda casa, o primera en este caso, porque como él es chileno, hacia Chile. No solo eso, sino que el padre del menor ha venido junto con ellos en muchas ocasiones y ha vivido con ellos acá en Chile en el hogar común que compartían en la comuna de San Joaquín. Es más, el padre y requirente en este caso, vivió con la madre y con su hijo los últimos 6 meses, de los cuales él estuvo acá en Chile y compartiendo y haciendo vida familiar y así se demostrará eventualmente en un término probatorio, con la familia, con toda su familia incorporándose al grupo de





PODER JUDICIAL
REPUBLICA DE CHILE
SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SAN MIGUEL

amistades, etc., a todo lo que implica eventualmente una relación de pareja informal como es la que están. Y ese es el otro punto, aquí se trata de una relación informal Su Señoría, no existe vínculo matrimonial y de acuerdo a la legislación chilena, la custodia, el cuidado personal del hijo le corresponde a la madre, y si como dice el artículo 225 de nuestro Código Civil que es el aplicable en este caso y en el caso que haya desacuerdo, cierto, se podrá solicitar al juez que revise eso siempre teniendo en consideración el bienestar superior del menor. Por eso me parece bastante inusual la reclamación en el sentido de que se establece como si acá hubiere existido alguna forma subrepticia como lo dice el texto de sustracción, solo que el mismo texto señala que el padre habría autorizado esta salida en algún documento; bueno, ese documento está fechado con mucha posterioridad a la salida del menor desde Italia con su madre y a la llegada del menor a Chile, que es su país, y en ese sentido Su Señoría creemos que no se dan los presupuestos que establece la Convención Internacional de La Haya respecto del secuestro o sustracción ilícita de menores; tiene, como señaló el colega, tiene 2 elementos fundamentales que son los que ameritan revisión en esta oportunidad, y que están comprendidos en el artículo 13 de dicha Convención, 12 de dicha Convención. En eso establece, dice establecer si el niño niña o adolescente se encuentra en el país, lo que es correcto porque tenemos y lo hemos reconocido está acá en Chile con su madre en su vivienda familiar; establecer si el traslado o retención del niño, niña o adolescente ha sido ilícito en los términos del Convenio, este es el punto de fondo Su Señoría, y determinar si concurre alguna de las causales que el Convenio autoriza para oponerse a la restitución del niño, niña o adolescente. Bien, las causales para la oposición están en el artículo siguiente y las voy a enumerar una por una. Bien, en ese sentido como he dicho, no hay discusión respecto de que el menor se encuentra en Chile. La discusión principal es si esta retención fue ilícita. He señalado y lo vamos a probar en la audiencia respectiva, en la oportunidad procesal, que el menor jamás ha sido sustraído en forma ilícita, subrepticia, arbitraria, por la fuerza, cualquier fórmula que implique tanto el desconocimiento como la negativa forzada, o se ha impedido de alguna manera que el padre pueda tener conocimiento de que el menor se encuentra actualmente en Chile con su madre y con su familia materna que representa el 50% de la familia del menor. No existe ningún indicio, y por lo demás existen una serie de antecedentes, es decir, que contradicen la teoría de que acá existió algún ilícito. Como he señalado, además, el padre viene a Chile regularmente, se establece en el domicilio de la madre, que es el domicilio común para ellos y para toda la familia, y desde ahí desarrolla sus actividades y pasa mucho tiempo con el menor: 18 de septiembre, navidades, año nuevo, vacaciones de verano. Y, en ese sentido Su Señoría, existe un acuerdo expreso entre la partes de mantener una convivencia, como muchas parejas modernas, como muchos padres modernos, no solo ya en el mismo país en distintas comunas, sino que en países distintos. En Chile hay aproximadamente más de medio millón de ciudadanos peruanos que viven en dos países, con hijos en ambos países y hasta ahora no he visto ninguna reclamación de esta manera para señalar que efectivamente pudiera haber alguna ilicitud o algún traslado forzoso. Estamos viviendo una época de migración mundial. Italia es un país que recibe miles, miles de personas por razones forzadas, de guerra etc., con





PODER JUDICIAL
REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SAN MIGUEL

menores con sus padres viviendo en dos países distintos, a veces en tres países, uno donde están los hijos, uno donde está el padre y uno donde está la madre y un cuarto país donde están los hermanos, y si son muchos hermanos, están divididos en muchos países. Esas son situaciones anómalas pero evidentemente tienden a poner en contexto lo que estamos hablando hoy día acá, sobre todo un país como Italia, al igual que España y todos los países fronterizos con el Mar Mediterráneo y el norte de África, me consta porque yo he estado ahí y he visto la brutalidad, especialmente de los italianos en la isla de Sicilia en Cerdeña, como repelen a los inmigrantes, les rompen sus balsas, los hunden y aparecen como balseiros hundidos por accidente. Eso me consta porque soy abogado de derechos humanos en una organización europea que se llama foro internacional de derechos humanos; y el punto acá es que estamos pero a una distancia exactamente opuesta, no se puede estar más distante y más al anverso que 180 grados, a menos que se invente otra matemática, así que eso es el máximo a lo que podemos estar de entender que aquí ha existido una fórmula ilícita siquiera reñida con la normativa internacional. ¿Por qué Su Señoría? Porque esta Convención está escrita en la década de los 80 para efectivamente resguardar el secuestro internacional de menores que es una actividad por lo demás muy lucrativa, muy relacionada, no relacionada, es tráfico de personas, y muy relacionada al tráfico de órganos Su Señoría, por eso se hace una convención para evitar que los niños sean secuestrados de los lugares donde están y sean llevados a otro lugar, porque nadie puede crear y hacer una normativa para evitar que los padres secuestren a sus hijos en relación con el otro padre, no es ese el propósito original de esta convención, pero son realidades que nosotros estamos muy al margen porque acá no se informa de eso, que ocurre mucho en el mundo islámico, en el cinturón del Cáucaso, entre los países de la Ex Unión Soviética, India, donde hay una enorme cantidad de tráfico de personas sin regulación, lo mismo que ocurre hoy día en las fronteras de Turquía con Europa, y el Mediterráneo, el norte de África, el Magreb con el sur del Mediterráneo. Entonces es otra realidad Su Señoría, no tiene nada que ver con lo que estamos revisando hoy día y esta disputa entre padres por eventualmente la custodia del hijo, que por lo demás Su Señoría, se da en un contexto además, no diríamos, no es el caso, no es el juicio para eso, pero se da en un contexto de una situación eventual de violencia intrafamiliar en que ellos, la madre del menor decide ya separarse después de 10 años de convivencia con su pareja en Italia. Y en particular en una zona de Monza, que todos conocemos por el tema de la industria automotriz. Entonces Su Señoría, si bien es cierto esta relación está en esa etapa en que se disuelve, que va, que viene, todavía no se ha concretado 100% la separación, es probable que después de esta acción, creemos no del todo bien intencionado e ignominiosa para mi representada y especialmente para su hijo, porque esto es igual que calificar cuando se califica a un menor de abuso sexual, aunque no lo sea queda para siempre etiquetado como un menor abusado; aquí no va a existir forma de borrar este registro de ningún documento oficial que de que alguna vez fue requerido por secuestro Su Señoría, esa es la peor de las violencias que se puede ejercer sobre un ser humano, sobre todo cuando es pequeño porque quedó etiquetado por el resto de su vida como niño secuestrado, por eso hay que ser responsable, sobre todo el Estado de Chile, que





PODER JUDICIAL
REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SAN MIGUEL

bueno, ¿qué se le puede pedir al Estado de Chile hoy día? Pero estoy tratando de que sea responsable en las acciones que acomete, y hacer una acción por secuestro internacional, que además queda registrada en Interpol, que queda registrada en un tribunal internacional, que además los tribunales italianos por ser miembros de la Comunidad Europea tienen la obligación de informar a la Comunidad Europea de países de estas situaciones porque llevan un registro, hacen estadística, hacen políticas públicas, destinan fondos y hay muchísima gente que orbita alrededor de estas denuncias, sean falsas o verdaderas.

El punto de fondo es la ilicitud de la sustracción, de la supuesta sustracción y hay un contexto, estamos hablando de una familia que tiene doble nacionalidad, mi cliente también es ciudadana italiana, por consiguiente ciudadana de la Comunidad Europea de países, y el menor sujeto de esta acción también lo es, y además se da la particularidad de que es chileno y que estamos revisando este asunto en Chile, y eso es fundamental.

Tengo los documentos que acreditan que acá no existió ninguna sustracción y menos subrepticia y menos traslado de ninguna naturaleza que no sea el de acuerdo a lo que los padres tienen derecho a hacer con sus hijos y a decidir en qué lugar van a vivir o no. Como he señalado Su Señoría esta legislación internacional tiene un propósito mucho más agudo, mucho más profundo para regular los traslados de personas de un país a otro y no tienen específicamente y están bastante lejos de regular este tipo de conductas, donde cuando un padre decide vivir con su hijo de la misma nacionalidad en el país al cual pertenecen, en el que nacieron y respecto del cual son ciudadanos. En lo normativo, bueno ya sabemos que hay un Auto Acordado que regula este procedimiento y no me voy a referir a eso, y existe la Constitución Política de la República que garantiza constitucionalmente el derecho a vivir en el país propio, es decir, a la madre del niño XXXXXXXXX tiene derecho a vivir en su propio país y además tiene derecho a decidir en qué país vive su hijo que además es chileno y si el pudiera decidir también podría decirlo pero como todavía no alcanza la edad suficiente para ejercer esos raciocinios, evidentemente que su madre tiene que decidir por eso o quien tenga el cuidado personal. En este caso Su Señoría el cuidado personal según la legislación chilena, porque se esbozó en el documento de la contraparte que era aplicable algún tipo de normativa extranjera, eso no voy a ahondar porque entiendo que estamos en un nivel de comprensión superior, y no voy a ahondar en lo que significa que eventualmente este cuidado personal esté regulado por las normas chilenas respecto de y cómo se regula la legislación extranjera sólo y en cuanto ésta haya sido reconocida por Chile en algún documento o haya sido internalizada, pues bien, eso no ha ocurrido a pesar de que nuestra legislación de familia está basada y orientada mucho tanto en la legislación argentina, como española, como italiana, pero las leyes extranjeras no son aplicables en el territorio nacional, salvo los tratados que esos tienen evidentemente otras características.

Como he señalado, el asunto de fondo, tiene que ver con la ilicitud, y lo siguiente tiene que ver con la autorización para oponerse a la restitución. Las autorizaciones para oponerse a la restitución tienen que ver primero con si se ha determinado que haya algún indicio de ilicitud, como he señalado, hay muchas más evidencias de que aquí hay un





acuerdo que primero fue expreso porque se vino, y después el mismo padre vino acá y compartió con su familia, no le gustó Chile por razones personales pero eso no obsta a que la permanencia del menor, que comenzó en forma amistosa y sin oposición y más aún, con documentos que acreditan que en algún momento, con posterioridad al ingreso de la madre como del hijo, hubo documentación expresa y concreta de que se autorizaba eventualmente a estar en el territorio de Chile, con evidentemente el elemento favorable que ese documento no era necesario porque como he señalado el menor salió de Italia como ciudadano chileno y todas las veces que ha salido de Italia si no es la primera vez, toda las veces que ha viajado entre Chile e Italia, lo ha hecho como ciudadano chileno; está el registro en Policía Internacional y en el pasaporte, en los pasaportes que ha ocupado. En consecuencia Su Señoría, si existe alguna circunstancia que permita la oposición o que autorice para oponerse a la restitución, están contenidas en esas situaciones fácticas y en los documentos que yo he señalado que dan cuenta de que la residencia del menor es absolutamente legítima y carente de todo vicio en Chile. En consecuencia, el mismo estatuto de La Haya autoriza las excepciones, y el propio Auto Acordados se remite a este estatuto para regular las cuestiones de fondo, en consecuencia Su Señoría, no existe ningún elemento, primero, para determinar que hubo y calificar de ilícito el traslado, y segundo, existen una serie de elementos para determinar que no puede autorizarse la restitución, es decir, que existen elementos que según el tenor literal del Convenio, que autorizan para oponerse a la restitución, primero porque el menor tiene su familia acá, está registrado, tiene Fonasa, entró lícitamente, está con su familia materna, está con su madre custodia, que no tiene vínculo matrimonial con el padre, el padre ha venido a Chile y han convenido hasta esta acción que considero de mala fe, que él tiene que estar acá en Chile con su madre. Y además de todo eso, existe evidentemente en nuestra legislación que, por *default*, o en primera categoría, le otorga el cuidado personal a la madre con quien ha tenido el cuidado personal del menor. En consecuencia Su Señoría, como he señalado, no existen elementos ilícitos, por el contrario existen elementos que autorizan la oposición, así es que solicito Su Señoría que se rechace la solicitud por infundada en virtud de que no cumple los presupuestos fácticos para establecer que aquí ha existido un secuestro o sustracción ilícita de un menor y segundo, porque existen elementos para autorizar la oposición a la restitución del menor, con costas”.

TERCERO. Que los días 8 y 9 de marzo de 2017, tuvo lugar la audiencia única a que aluden los artículos 5 y 9 del Auto Acordado sobre Procedimiento de Restitución del Menor del Convenio de La Haya relativo a los Efectos de la Sustracción Internacional contenido en el Acta N°205-2015 de la Excelentísima Corte Suprema, en la que se alcanzó conciliación entre las partes, de conformidad lo dispone el artículo 7 letra c) del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en la misma audiencia se fijó como objeto del juicio la procedencia de la demanda de restitución del menor y como hechos a probar: 1. Si la retención del menor en los términos del Convenio; 2. Determinar si concurre alguna de las causales que el

Usuario

2018-08-04 00:39:35

¿Agregamos?

¿Se debe aceptar la demanda de restitución del menor? ¿El niño ha sido ilícitamente retenido en Chile? ¿Concurre alguna de las causales que el





PODER JUDICIAL
REPUBLICA DE CHILE
SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SAN MIGUEL

Convenio autoriza para oponerse a la restitución del niño; y 3. Lugar de residencia habitual del niño.

CUARTO. Que atendido lo expuesto por las partes en la audiencia de rigor, se establecieron como convenciones probatorias: 1. Que el niño se encuentra actualmente en Chile, y 2. Que el niño viajó desde Italia el día 24 de agosto de 2016, ingresando a Chile el día 25 de agosto de 2016.

QUINTO. Que en orden a acreditar su pretensión la parte demandante incorporó la siguiente prueba **Documental:**

1. Solicitud de devolución, Formulario de La Haya, evacuado del Ministerio de Justicia italiano, relativo a XXXXXXXXXXXXX, de 26 de octubre de 2016.

2. Artículos 316, relativo al ejercicio de la autoridad paternal, y 317 bis, relativo al ejercicio de la patria potestad, ambos del Código Civil italiano.

3. Certificado de ciudadanía relativo a XXXXXXXXXXXXX, de 29 de octubre de 2016.

4. Certificado de familia, de 12 de octubre de 2016.

5. Certificado de inscripción emitido por el Jardín de Infantes María Bambina.

6. Ficha de asistencia pediátrica del niño XXXXXXXXXXXXX.

7. Certificado de vacunación relativo a XXXXXXXXXXXXX.

8. Reserva de lastminute.com, relativa a pasaje aéreo a nombre de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXX, con fecha de regreso de Santiago a Milano, el día 10 de octubre de 2016 a las 11:45, y de arribo a Milano a las 11:35 del día 11 de octubre de 2016.

9. Autorización para salir del país otorgada por XXXXXXXXXXXXX, relativa a XXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXX, para que viaje desde Chile a Italia, de 12 de septiembre de 2016.

SEXTO. Que por su parte la demandada rindió la siguiente prueba:

I. **Documental:**

1. Dos pasaportes del niño XXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXX.

2. Pasaporte de la madre demandada.

II. **Testimonial**, consistente en las declaraciones de XXXXXXXXXXXXX, cédula de identidad N° 5.283.007-9, nacida en Loncoche el 1 de marzo de 1948, de 69 años de edad, divorciada, dueña de casa, con domicilio en Pasaje La Tirana N° 270, San Joaquín; XXXXXXXXXXXXX, cédula de identidad N° 6.248.853-0, nacida en Santiago el 15 de febrero de 1953, de 64 años de edad, soltera, ayudante de cocina, con domicilio en Pasaje La Tirana N° 268, San Joaquín, y XXXXXXXXXXXXX, cédula de identidad N° 5.747.779-2, nacida en Santiago el 13 de diciembre de 1946, de 70 años de edad, casada, dueña de casa, con domicilio en Pasaje La Tirana N° 269, San Joaquín.

La primera testigo expuso que conoce a la demandada desde que estaba en el vientre materno; tiene 35 años, se llama XXXXXXXXX. Tiene un hijo, lo conoce de cuando lo trajo de meses de Italia. Vino a pasear. El niño tiene 3, 4 años. En esa oportunidad XXXXXXXXX llegaba en noviembre y se iba en febrero. XXXXXXXXX trajo a Chile primero al niño de meses, después de un año y así; ahora lo trajo y no han vuelto no más. No ha vuelto al lugar de donde ella venía porque tiene problemas con el papá del niño. Cuando venía él, porque





PODER JUDICIAL
REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SAN MIGUEL

ella se venía primero, él venía a pasar la Pascua y el Año Nuevo con ellos. Con él se refiere al papá del niño. Eso de venir a pasar las fiestas y a estar con el papá del niño lo hacían siempre. Él llegaba para las fiestas no más y se iba. Cuando venían a pasar las fiestas, el papá del niño se quedaba en la casa de ella, de los papás de ella. Por su parte vive al frente del pasaje. Su relación de amistad con la familia de XXXXXXXXXX se visitan en las casas. Por su parte vive en esa casa desde hace 42 años. La última vez que vio al papá del hijo de XXXXXXXXXX y a ésta en la misma casa fue para el Año Nuevo. La estadía duró el Año Nuevo y a la semana después se fue. Él había llegado unos 2 días antes de la pascua. El papá del menor se relacionaba con la señora XXXXXXXXXX, salían los dos con el niño en el auto. Por su parte los fue a saludar para el Año Nuevo, en esa oportunidad estaba el papá de XXXXXXXXXX en la casa.

Contrainterrogada, respondió que el padre no tuvo interés o intención de quedarse a vivir en Chile ni de quedarse por más tiempo, porque pasaban las fiestas y se iba.

Consultada por el tribunal, respondió que la última vez que el padre estuvo en Chile fue para el último Año Nuevo, de 2016 a 2017.

Por su parte, la segunda testigo señaló que conoce a la demandante, se llama XXXXXXXXXX, tiene un hijo de nombre XXXXXXXXXX. Por su parte vive en La Tirana 268, al frente de su casa, a 20 pasos de distancia. Lleva 44 años viviendo en ese lugar. A XXXXXXXXXX la conoció de pequeña. Es muy buena madre con el niño, lo cuida muy bien, lo manda al jardín, vive consu mamá y su papá. Ella es una excelente mamá con el niño pequeño. Conoce al papá de XXXXXXXXXX, lo vio por última vez esta Navidad y Año Nuevo. Lo había visto antes de esa Navidad, el año anterior y el anterior, todos estos años ha venido a Chile con ella y con su hijo. XXXXXXXXXX en Chile vive en la casa de su mamá y de su papá. Aparte de ese lugar no sabe que ella viva en otro lugar. Tiene conocimiento que XXXXXXXXXX vivió en Italia; se fue a Italia a vivir hace más de 5 años atrás, mucho más. XXXXXXXXXX tiene 3 años. La primera vez que vio a XXXXXXXXXX fue cuando tenía como 4 o 5 meses de vida. Conversó con XXXXXXXXXX acerca de su intención de venirse con el señor a vivir a Chile con el pequeño y formar aquí un hogar junto a él. El niño XXXXXXXXXX tiene un grupo de amigos de su misma edad. El niño XXXXXXXXXX va a un jardín que queda en Campanella con Pirámide, a una cuadra y media de la casa de XXXXXXXXXX. El grupo familiar de XXXXXXXXXX lo componen su papá, su mamá y su hermano.

Finalmente, la tercera testigo expuso que es la mamá de la demandada. XXXXXXXXXX tiene un hijo, XXXXXXXXXX. Por su parte es la abuela de XXXXXXXXXX. Su hija vivía en Italia con XXXXXXXXXX y ella no estaba bien allá, estaba un poco deprimida, estaba mal, estaba mal porque no estaban bien las relaciones. XXXXXXXXXX ha venido 3 o 4 veces a Chile con su hijo. En esas ocasiones XXXXXXXXXX con XXXXXXXXXX a veces venía en noviembre y se iba en enero o en febrero. En esta última oportunidad ha permanecido en Chile 6 o 7 meses, llegó en agosto. Ha permanecido 7 meses en Chile en esta oportunidad porque están malas las relaciones, además ella pasa muy sola en Italia, sola con su hijo, y las cosas no estaban bien. Cuando una persona no es feliz tiene que buscar la manera de arreglarlas. Él trabajaba y después salía con sus amigos. Por su parte estuvo en Italia y lo vio, él salía, era muy amigo de sus amigos. Por su parte estuvo en





PODER JUDICIAL

SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SAN MIGUEL

Italia de febrero hasta agosto de 2016. Fue por 3 meses se quedó 3 meses más porque XXXXXXXXXXXX estaba con una depresión, y se quedó acompañándola. XXXXXXXXXXXX estaba tomando medicamentos y veía a un especialista allá. Al regresar a Chile lo hizo con su hija y con XXXXXXXXXXXX. En el período de regreso, desde agosto hasta ahora, XXXXXXXXXXXX se ha relacionado con el padre del niño, cuando él estuvo acá y después solamente por teléfono, que la llamaba para amenazarla que le iba a quitar al XXXXXXXXXXXX. Cuando el padre estuvo acá se relacionó con XXXXXXXXXXXX, y antes de eso, cuando el padre aún no había llegado en esta oportunidad, había comunicación por teléfono. Había contacto entre XXXXXXXXXXXX y el padre de XXXXXXXXXXXX, conversaban de repente. No tiene conocimiento que el padre de XXXXXXXXXXXX haya proveído de alguna manera dinero para la mantención de ellos acá en Chile. Cuando el papá de XXXXXXXXXXXX estuvo en Chile en diciembre pasado, se juntaba con su hijo en su casa, afuera y después entraba. En esas oportunidades no existían inconvenientes para que esa relación se desarrollara. Por su parte no tuvo la oportunidad de conversar personalmente con el papá de XXXXXXXXXXXX, él no quiso hablar con ella sobre el problema, no conversaron. Ha conversado con su hija respecto de la continuidad de la relación con el papá de XXXXXXXXXXXX. Su hija no le comunicó su intención de terminar la relación definitivamente con el padre de XXXXXXXXXXXX, su hija nunca hapensado en dejar al padre del niño. Su hija le ha dicho que ojalá que él se venga a Chile. La intensión de su hija es vivir con su pareja y su hijo en Chile.

Contrainterrogada, respondió que su hija siempre estuvo viniendo de vacaciones, fin de año a Chile, pero en esta oportunidad, en este último viaje, en la misma fecha que venía antes decidió quedarse, lo que fue conversado con XXXXXXXXXXXX, habían conversado incluso él había dicho que él se venía a Chile, por su parte estaba de testigo, le dijo sí me voy, nos vamos, y después dijo que no. Su hija vino pero no tenía ganas de volver, venía con un pasaje de tres meses, pero él antes mando el pasaje, otro.

SÉPTIMO. Que conforme lo dispone el artículo 10 del Auto Acordado sobre Procedimiento Aplicable al Convenio de La Haya relativo a los Efectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños y Niñas, contenido en el Acta N°205-2015 de la Excelentísima Corte Suprema, se escuchó al niño XXXXXXXXXXXXXXXX en agosto

Usuario
2018-08-04 00:40:05

OCTAVO. Que asimismo, y dando cumplimiento a lo que dispone el artículo 10 del Acta N°205-2015 de la Excelentísima Corte Suprema, fue oída la opinión del Técnico XXXXXXXXXXXXXXXX, quien en síntesis, sugirió al tribunal la restitución del niño a su país de residencia habitual, Italia.

¿agregamos esto?
Usuario
2018-08-04 00:40:23

NOVENO. Que el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, establece en su artículo 1° que su finalidad es garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de cualquier Estado contratante y velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes. A su vez, el artículo 3 del mencionado Convenio, refiere que el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y b) cuando

¿y esto?
¿es garantizar la
manera ilícita en
y de visita vigentes
contratantes. A su
la retención de un



XHXGXTZZXK

este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Por su parte, el artículo 5° del Convenio expone que para los efectos del mismo, “el derecho de custodia” comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, y el “derecho de visita” comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

DÉCIMO. Que el mismo Convenio en cuestión, agrega en su artículo 12 que cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor, añadiendo a continuación, que la autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. Por su parte, el artículo 13 del Convenio, precisa que no obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable, agregando que la autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando él haya alcanzado una edad y un grado de madurez que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones.

UNDÉCIMO. Que analizada la prueba incorporada, de conformidad a las reglas de la sana crítica, es posible tener por acreditados los siguientes hechos:

1. El niño XXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXX, nacido el 14 de febrero de 2013 en Carate Brianza, Italia, ciudadano italiano, actualmente de 4 años de edad, es hijo de XXXXXXXXXXXXX, de nacionalidad Italiana, y de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXX, chilena.
2. Con fecha 25 de agosto de 2016, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX ingresó a Chile junto a su hijo XXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXX, habiendo viajado desde Milán, Italia el día 24 de agosto del mismo año, permaneciendo en Chile desde la referida fecha de ingreso hasta la actualidad.
3. Con anterioridad al último ingreso a Chile, el niño XXXXXXXXXXXXXXX entró a Chile en 3 oportunidades: el 29 de noviembre de 2013, el 25 de noviembre de 2014



- y el 21 de noviembre de 2015, permaneciendo hasta el 11 de febrero de 2014, 7 de febrero de 2015 y 10 de febrero de 2016, respectivamente.
4. Luego del último viaje a Chile, país al que ingresó el 25 de agosto de 2016, el padre de XXXXXXXXXX, XXXXXXXXXX, otorgó la autorización para que el niño viajara junto a su madre desde Chile a Italia, suscribiendo el documento respectivo ante el Consulado General de Chile en Milán, con fecha 12 de septiembre de 2016.
 5. XXXXXXXXXX XXXXXXXXXX reservó pasajes aéreos para ella y su hijo XXXXXXXXXX el 29 de septiembre de 2016, a través de lastminute.com, para viajar desde Santiago de Chile con destino a Milán el día 10 de octubre de 2016, a las 11:45, debiendo arribar al destino final, Milán, al día siguiente a las 11:35.
 6. XXXXXXXXXX, solicitó con fecha 26 de octubre de 2016, la restitución de su hijo XXXXXXXXXX ante el Departamento de Justicia de Italia, como Autoridad Central, invocando el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, exponiendo que su hijo vive y siempre ha vivido, desde su nacimiento con ambos padres en Lissone, provincia de Monza-Brianza, Italia, y que la madre viajó a Chile con el niño el 24 de agosto de 2016, debiendo regresar ambos a Italia el 10 de octubre del mismo año, según habían planificado y acordado ambos padres, pero que ella, días antes de la fecha establecida para el vuelo de regreso, sin consideración alguna, le comunicó al padre su intención de no regresar a Italia con el niño. Agregó en su solicitud que su hijo siempre ha vivido en Italia, Lissone, en la calle San Francesco D'Assisi N° 80, ciudad donde asiste al jardín de infantes, viven sus abuelos, tíos, primos y amigos, y en donde reside todo su núcleo familiar, representando la sustracción un gran daño para XXXXXXXXXX.
 7. XXXXXXXXXX, reside en Lissone desde su nacimiento, vive en la calle San Francesco D'Assisi 80, y su familia la compone él, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.
 8. XXXXXXXXXXXXXXXX está inscrito en el Jardín de Infantes María Bambina de la ciudad de Lissone, por el ciclo lectivo 2016/2017; además, figura inscrito como paciente en las listas de asistencia pediátrica del médico XXXXXXXXXXXXXXXX, siendo su última visita médica el 13 de julio de 2016, y fue vacunado contra la hepatitis B, meningococo, poliomielitis, influenza, tétano, neumococo, difteria, tos ferina, sarampión, rubiola y paperas, en el Instituto de la Región de Lombardía con sede en la ciudad de Lissone.

DUODÉCIMO. Que de los hechos tenidos por establecidos expuestos en el motivo precedente, y en relación al hecho a probar consistente en determinar cuál es el lugar de residencia habitual del niño XXXXXXXXXXXXXXXX, fluye que su lugar de residencia habitual, hasta antes de su traslado a Chile el 24 de agosto de 2016, fue la ciudad de Lissone, Vía San Francesco D'Assisi 80, Italia, lugar en donde vivió junto a su padre, XXXXXXXXXXXXXXXX y su madre, XXXXXXXXXXXXXXXX. Lo anterior resultó acreditado en la causa mediante la documental a que se hizo referencia en los motivos quinto y sexto de esta sentencia, que dan cuenta que el niño residió permanentemente hasta la fecha de su último viaje a





PODER JUDICIAL
REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SAN MIGUEL

Chile en Lissone, Italia, apareciendo además que los 3 viajes anteriores que realizó a Chile en compañía de su madre, lo fueron siempre por un período acotado de tiempo, desde noviembre de un año hasta febrero del año siguiente, retornando en todas esas ocasiones al domicilio de la familia en Lissone, constituyendo el último viaje realizado a Chile en agosto de 2016, la excepción en cuanto a la extensión de su permanencia, no obstante haber remitido el padre la autorización para que el menor viajara junto a su madre de regreso a su lugar de residencia.

En efecto, la documental consistente en los certificados de ciudadanía, de familia, de inscripción en jardín infantil, de asistencia pediátrica y de vacunas da cuenta de manera irrefutable que el menor desarrollaba su vida junto a ambos padres en Italia, apareciendo como absolutamente verídicos los hechos expuestos por el padre en la solicitud de restitución de su hijo, ya que ellos coinciden plenamente con la documental incorporada en audiencia.

En el mismo sentido, los pasaportes de la madre y de su hijo, demuestran que ambos han viajado a Chile en 4 oportunidades desde el nacimiento del menor, y que los tres primeros viajes lo fueron por un período de tiempo acotado, desde noviembre de un año hasta febrero del año siguiente, salvo en el último viaje, el cuarto, ya que han permanecido en Chile desde agosto de 2016 hasta la fecha.

Además de la documental aportada, la circunstancia de constituir Italia el país de residencia del menor resultó acreditado a través de los dichos de las testigos presentadas a estrados por la madre demandada, quienes expusieron en tal sentido; así, XXXXXXXXXXXXXXXX, vecina de los padres de la demandada, expuso conocer al niño XXXXXXXXXXXXXXXX y a su madre, señalando que ésta venía a Chile a pasear, llegaba en noviembre y volvía en febrero, permaneciendo hasta la actualidad en Chile en esta última oportunidad. Asimismo, la testigo en comento explicó que la madre viajaba primero a Chile y que luego arribaba el padre, quien lo hacía con motivo de las festividades de fin de año, retornando a Italia él antes que ella y que XXXXXXXXX. Por su parte, la testigo XXXXXXXXXXXXXXXX, también vecina de los padres de la demandada, si bien intentó hacer creer al tribunal que la madre y el niño se encuentran radicados en Chile, ignorando que vivieran en otro lugar aparte del domicilio de los padres de la demandada en Chile, expuso que el padre, la madre y el niño han venido a Chile todos los años. Por último, la tercera testigo, XXXXXXXXXXXXXXXX, madre de la demandada, declaró que su hijavivía en Italia junto al padre de XXXXXXXXX y que ha venido a Chile en 3 o 4 oportunidades, desde noviembre a febrero, permaneciendo sólo en la última ocasión 6 o 7 meses en el país. La misma testigo expuso haber permanecido en Italia desde febrero hasta agosto de 2016 junto a su hija y su familia, añadiendo que su hija siempre estuvo viniendo a Chile de vacaciones, a fin de año, pero que en esta oportunidad decidió quedarse.

DECIMOTERCERO. Que, establecido que el niño XXXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXX tenía su residencia en Lissone, Italia, hasta antes de viajar a Chile el 24 de agosto de 2016, corresponde determinar si la retención del menor en Chile ha sido ilícita en los términos del Convenio, y al respecto se debe tener presente que, tal como quedó asentado en el motivo precedente, el grupo familiar conformado por XXXXXXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXX





PODER JUDICIAL
REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SAN MIGUEL

XXXXXXXXX y el hijo de ambos, XXXXXXXXXXX, vivieron juntos en Lissone, Italia, hasta el día 24 de agosto de 2016.

En consideración a lo anterior, y de conformidad a la legislación italiana incorporada por el demandante, aplicable al caso de acuerdo al Convenio, se sigue que ambos padres ejercían la custodia conjunta de su hijo XXXXXXXXXXX. En efecto, los artículos 316 y 317 del Código Civil italiano disponen: el primero, relativo al ejercicio de la autoridad paternal, que: *“El niño está sujeto a la autoridad de los padres hasta la mayoría de edad o la emancipación. Dicha autoridad será ejercida de común acuerdo entre ambos padres. En caso de haber conflicto en cuestiones de particular importancia, cada uno de los padres puede acudir al juez sin formalidades, indicando las medidas que considere más adecuadas. Si existe un peligro inminente de daño grave para el niño, el padre puede tomar las medidas urgentes e inaplazables. El juez, previa audiencia de los padres y del niño, si tiene más de catorce años, sugerirá las determinaciones que considere más útiles para los intereses del niño y la unidad familiar. Si las diferencias persisten, el juez atribuirá el poder de decisión a aquel de los padres que, en el caso particular, considere como el más adecuado para velar por los intereses del niño”*.

Por su parte el artículo 317 del mismo código, relativo al ejercicio de la patria potestad, indica que: *“A aquel de los padres que haya reconocido al hijo natural, corresponderá la autoridad sobre él. Si el reconocimiento lo han hecho ambos padres, cuando cohabiten, la autoridad se ejercerá conjuntamente por ellos. Se aplicará lo dispuesto en el artículo 316. Si los padres no viven juntos, el ejercicio de la autoridad recaerá en aquel de los padres con que viva el niño o, si no vive con ninguno de ellos, en el primero que lo haya reconocido. El juez, en exclusivo interés del niño, puede disponer de modo diverso; también puede excluir a ambos padres del ejercicio de su autoridad, previendo la designación de un tutor. Aquel de los padres que no ejerza la autoridad parental, tiene la facultad de supervisar las condiciones de instrucción, de educación y de vida del hijo menor”*.

Establecido entonces que la custodia era ejercida por ambos padres de consuno, ya que vivían juntos y compartían una vida en común, en Lissone, Italia, sin que tal circunstancia haya sido cuestionada por la demandada, resulta que el aplazamiento del retorno de XXXXXXXXXXX a Italia, transcurridos cinco meses al día de hoy, desde la fecha que originalmente autorizó el padre para permanecer en Chile -10 de octubre de 2016- ha infringido el derecho de custodia que le asistía a XXXXXXXXXXXX respecto de su hijo. En efecto, la madre, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, ha retenido de manera ilícita a su hijo XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX en Chile desde el día 10 de octubre de 2016, ya que debiendo retornar ese día a Italia junto al niño, no lo hizo, permaneciendo en Chile hasta la dictación de esta sentencia, sin contar para ello con el acuerdo del padre, con quien conjuntamente ejercela custodia de su hijo, y quien autorizó con fecha 12 de septiembre de 2016, que el niño





viajara junto a su madre de regreso a Italia. Reafirman tal conclusión, por una parte, la reserva de pasajes aéreos efectuada por la madre a través de lastminute.com, antecedente que da cuenta de haber reservado pasajes para ella y para su hijo con el objeto de viajar desde Santiago a Milán el día 10 de octubre de 2016, debiendo haber arribado a Italia al día siguiente; y por otra, el hecho que los tres viajes anteriores efectuados por la madre junto su hijo, desde Italia a Chile, lo hayan sido por un período acotado de tiempo, de aproximadamente 3 meses, coincidente con el período de verano y vacaciones en Chile, y para pasar las fiestas de fin de año junto a la familia materna del menor, retornando en cada una de esas oportunidades al lugar de residencia habitual del grupo familiar en Italia.

Así las cosas, de la prueba incorporada aparece que el niño XXXXXXXXXXXX ha permanecido en Chile en virtud de una decisión adoptada de manera unilateral por parte de su madre, XXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXX XXXXXXXX, no obstante las tratativas efectuadas por el padre para que en principio, ambos, madre e hijo regresaran al lugar de residencia habitual de la familia en Lissone, Italia, habiendo incluso viajado XXXXXXXXXXXX a Chile con posterioridad a la fecha en que el niño junto a su madre debieron volver a Italia y no lo

hicieron. En efecto, XXXXXXXXXXXX, al igual que los 3 años anteriores, viajó a Chile en diciembre de 2016, precisamente en el período en que el grupo familiar acostumbraba a pasar las festividades de fin de año junto a la familia del menor por línea materna, lo que demuestra el interés del demandante por mantener unida a su familia, además del apego que existe con su hijo XXXXXXXXXXXX y probablemente la intención de persuadir a la madre para que retornara junto al hijo en común a Italia, objetivo que no consiguió, volviendo a su país de origen, en donde está establecido. Lo anterior fluye también de las declaraciones de los testigos XXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXXXXX y XXXXXX XXXXXXXXXXX XXXXXXX.

La decisión unilateral de la madre de mantener a su hijo en Chile hasta la actualidad, configura a juicio de este juez la causal invocada de retención ilícita que hace aplicable la restitución del niño, no siendo Chile el lugar de residencia habitual del menor, debiendo en consecuencia retornar a su lugar de residencia habitual, que es Lissone, Italia, motivo por el cual será acogida la solicitud como se expondrá en lo resolutive de esta sentencia.

DECIMOCUARTO. Que respecto a la concurrencia de las causales que el Convenio autoriza para oponerse a la restitución del niño, se debe tener presente que, en el caso de autos, sólo cabe tal oposición fundada en las letras a) y b) del artículo 13 del Convenio, toda vez que a la fecha de inicio del procedimiento había transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo la retención ilícita. Así las cosas, y de conformidad a la citada norma, correspondía a la demandada demostrar que el demandante no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia, o bien, que existía un grave riesgo de que la restitución de XXXXXXXXXXXX lo expusiera a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera pusiera al menor en una situación de riesgo.

No habiendo alegado la demandada ninguna de las causales previstas en la citada norma, el tribunal desestimaré la totalidad de las alegaciones efectuadas en la presente solicitud, al no encuadrarse ninguna de ellas en las únicas dos excepciones admitidas por la mencionada disposición, y decir relación con cuestiones irrelevantes para el Convenio y

Usuario
2018-08-04 00:20:04

Acá hay un error... la
aciones admitidas por
para el Convenio y



XHXGXTZZXK



en consecuencia para la resolución del caso, y que no guardan relación con el fondo de lo discutido, tales como que XXXXXXXXXXXXX tiene nacionalidad chilena; que tanto él como su padre han venido en reiteradas ocasiones a Chile junto a la madre; que no existe vínculo matrimonial entre las partes y que el niño está registrado y tiene Fonasa. Asimismo, por haberse fundado tales alegaciones en hechos respecto de los cuales no se rindió prueba alguna, tales como la existencia de un acuerdo expreso entre las partes de mantener una convivencia en países distintos y en una situación eventual de violencia intrafamiliar.

Serán desestimados también los argumentos planteados por la demandada al contestar la demanda que carecen de sustento legal y que precisan un Convenio, tales como que la madre tiene derecho a vivir en su propio país y decidir en qué país vive su hijo, y en la inaplicabilidad de normas de derecho internacional privado, asimismo, las defensas basadas en cuestiones que, además de no demostrar un vínculo causal que previene el artículo 13 del Convenio, resultaron desvirtuadas por el menor tiene su familia en Chile; también las alegaciones fundadas en hechos que no se encontraban controvertidas, como que el niño ingresó lícitamente a Chile, siendo que lo debatido decía relación con la retención ilícita.

Finalmente, se desechará el argumento relativo a la atribución que establece el artículo 225 del Código Civil a la madre respecto del cuidado personal del hijo cuando viven separados los padres, contenida en el sustituido artículo 225 del Código Civil, al haber sido reemplazado por el N°3 del artículo 1° de la Ley N° 20.600, publicada en el Diario Oficial el 21 de junio de 2013, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3 letra a) del Convenio.

DECIMOQUINTO. Que, habiéndose acreditado que el lugar de residencia habitual del niño XXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXX, inmediatamente antes de su traslado a Chile, era Lissone, Italia, en donde el menor vivía junto a ambos padres, detentando ambos la custodia conjunta, sin que se haya probado de modo alguno que tal derecho no fuese ejercido efectivamente por el padre, ni tampoco que exista un grave riesgo de que la restitución del niño lo exponga a un grave peligro físico o psíquico, o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable, se hará lugar a la demanda, apareciendo de los antecedentes incorporados, que el demandante hizo todas las gestiones tendientes a que el niño retornara a su residencia habitual en Italia, y que no obstante la decisión unilateral de la madre de retenerlo en Chile por un período de tiempo muy superior al acordado, viajó, como todos los años a Chile con el objeto de compartir junto a su hijo y familia materna del niño las festividades de fin de año, lo que da cuenta del fuerte lazo afectivo con el niño, y de su interés por mantener el vínculo con éste, dando cuenta en cambio, la actitud de la madre, de una total desconsideración respecto del derecho de su hijo a relacionarse con su padre, priorizando sus intereses por sobre los de XXXXXXXXXXXX, circunstancia que se desprende de la declaración de la madre de la demandada, XXXXXX XXXXXXXX XXXXXX, quien aludió a razones personales de la demandada para no querer regresar a Italia, y si bien expuso que ambos padres habrían acordado establecerse en Chile y que el demandante se habría arrepentido con posterioridad, ningún antecedente que diera prueba de ello se aportó por la demandada

Usuario
 2018-08-04 00:23:24
 ¿agregamos este argumento en "derecho de custodia"?

Usuario
 2018-08-04 00:25:48
 ¿esto?



PODER JUDICIAL

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SAN MIGUEL

al respecto, desacreditándose los dichos de la testigo en tal sentido, por una parte, con la solicitud interpuesta por el padre el 26 de octubre de 2016, esto es, apenas transcurridos 15 días desde la fecha en que la madre debió retornar junto a XXXXXXXXX a Italia y no lo hizo, y por otra, con la reserva efectuada por la demandada el 29 de septiembre de 2016, de los pasajes aéreos para viajar desde Chile a Italia. Asimismo, la declaración de la testigo en cuestión, al exponer que su hija nunca ha pensado en dejar al padre de su hijo, y que le ha dicho que ojalá él se traslade a Chile, siendo en definitiva la intención de su hija vivir con su pareja en Chile, da cuenta de la instrumentalización que ha hecho la madre demandada de su hijo XXXXXXXXX.

Por estas consideraciones, y visto además lo dispuesto en el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Auto Acordado sobre Procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los Efectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños y Niñas de la Corte Suprema, contenido en el Acta N° 205-2015, de 3 de diciembre de 2015, artículo 11 de la Convención de los Derechos del Niño y Ley 19.968, se declara:

- I. Que se acoge la solicitud de restitución interpuesta por XXXXXXXXX SEREMI (S) de Justicia de la Región Metropolitana, como autoridad competente del Estado de Chile, en calidad de demandante, a favor de XXXXXXXXX, y en consecuencia se ordena el inmediato retorno del niño XXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXX a su lugar de residencia habitual, Lissone, Italia, una vez que esta sentencia quede ejecutoriada.
- II. Que se dispone que la restitución del niño se realice dentro del plazo máximo de 30 días corridos, desde que la sentencia quede firme y ejecutoriada, autorizándose a cualquiera de los padres para efectuar el traslado desde Chile a Italia.
- III. Que no se condena en costas a la parte demandada, por estimar que tuvo motivo plausible para litigar.

Notifíquese a las partes por correo electrónico.

Anótese, regístrese y archívese, en su oportunidad.

RIT: C-403-2017

RUC: 17-2-0077858-8

Dictada por XXXXXXXXXXXXX, Juez titular del Segundo Juzgado de Familia de San Miguel.

XXXXXXXXXXXXXX

Fecha: 15/03/2017



PODER JUDICIAL
REPUBLICA DE CHILE
SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA DE SAN MIGUEL

08:10:06

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.



XHXGXTZZXK