

Santiago, quince de mayo de dos mil veinticinco.

Vistos:

En estos autos RIT N°C-1110-2024, del Tercer Juzgado de Familia de Santiago, caratulados [REDACTED], sobre restitución, por sentencia de veintitrés de julio de dos mil veinticuatro, se acogió la excepción del artículo 13 letra b) de la Convención de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores y se desestimó la solicitud de restitución de la niña J.C.B.R. a Perú.

Se alzó la parte demandante, padre de la niña, y una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de treinta de enero de dos mil veinticinco, la confirmó.

En contra de dicha decisión la misma parte dedujo recurso de casación en el fondo, en el que solicita su invalidación y se dicte la de reemplazo que indica.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurrente acusó infracción del artículo 13 de la Convención de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, 7 y 28 de la Ley N°21.430, porque la judicatura omitió los altísimos estándares que impone la Convención para tener por acreditado el motivo del artículo 13 b) de su texto y su necesidad de aplicación estricta.

Precisa que este instrumento exige la acreditación de la existencia de un riesgo que no solo debe ser grave, sino que también debe poner al niño en una situación intolerable; desestimando la solicitud sobre la base de antecedentes que, para los estándares referidos, resultan completamente ligeros y sin considerar, además, tres esenciales puntos que se levantaron durante la substanciación del juicio:

1.- Ni en los procesos por violencia intrafamiliar ni en la denuncia por presunta vulneración de derechos, existe una sentencia firme y ejecutoriada, pues debido al intempestivo traslado de la señora [REDACTED] y su hija a Chile, el Poder Judicial peruano no pudo continuar con la tramitación de esas causas, esclarecer las acusaciones, ni mucho menos tenerlos por acreditados o determinar responsabilidades. Es en ese contexto que el padre de la niña no continuó con los tratamientos psicológicos ordenados. Cabe destacar, además, que en ningún momento se acreditó que el señor [REDACTED] sea una persona con problemas de



control de impulsos o afines, pues estas medidas fueron tomadas de forma preventiva, teniendo únicamente a la vista el relato de la denuncia.

2.- Al haber trasladado de manera ilícita a la niña y encontrarse retenida en nuestro país, se configuran por sí solos hechos constitutivos de malos tratos, siendo [REDACTED] gravemente vulnerada en sus derechos, de la mano de su progenitora, día tras día.

3.- La niña, antes de su traslado y retención ilícita, vivió de manera ininterrumpida por una época no menor a aproximadamente ocho años, en Perú; en cambio, en Chile, al momento de la interposición de la demanda en marzo del año 2024, apenas llevaba un par de meses, por lo que su país de residencia habitual es Perú, donde cuenta con todos los medios para hacer frente a situaciones como las manifestadas por la contraria. Afirma que la ley peruana y los procedimientos de los tribunales de ese país son muy similares a los de Chile, al igual que su aplicación en los Tribunales de Familia, por lo que no es dable tolerar la sustracción de la niña, ejercida por su madre como una solución al conflicto relativo a quién ejerce sus cuidados, sino que lo que corresponde es, de existir controversia, que la madre inicie las acciones legales pertinentes para obtener el cuidado personal de la niña en Perú.

Indica la manera en que las infracciones denunciadas influyen en lo resolutivo de la sentencia y solicita, en definitiva, acoger el recurso de casación en el fondo, invalidar la sentencia recurrida y dictar una de reemplazo que acoja la solicitud de retorno de [REDACTED] a su país de origen, dentro de décimo día desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia.

Segundo: Que la sentencia impugnada estableció los siguientes hechos:

1.- [REDACTED] es hija de don [REDACTED] y de doña [REDACTED], nació en [REDACTED] Venezuela, [REDACTED] diciembre de 2015.

2.- La niña vivió en Perú hasta el mes de septiembre del año 2023 y, al momento de dictarse la sentencia de primera instancia, llevaba menos de un año en Chile; el traslado de [REDACTED] a nuestro país fue sin autorización del padre demandante, utilizando para ello un mandato que éste le dio el año 2017 a la demandada para que pudiese salir de Venezuela con su hija.

3.- Existen procesos judiciales iniciados en Perú por denuncias de violencia intrafamiliar entre las partes, en que ambos tienen la calidad de denunciante y denunciado y que dan cuenta sólo de medidas de protección adoptadas con los



elementos contenidos en la respectiva denuncia, no así de la dictación de sentencias como resultado de la substanciación de procesos en los que se haya recopilado y valorado la prueba necesaria para emitir un pronunciamiento definitivo. Tampoco se demostró que el padre haya seguido lo dispuesto en los fallos aludidos, como medidas de protección -tratamiento reeducación o terapéutico, entre otras-, no obstante que en los mismos se indica que no hacerlo constituye el delito de “resistencia o desobediencia a la autoridad”.

4.- De lo expresado por la niña se desprende claramente su intención de permanecer en Chile y su conformidad con las condiciones de vida actuales que le brinda su madre en este país; experimenta angustia y temor ante la posibilidad de reencontrarse con su padre, y ha manifestado sentirse segura y feliz en Chile con su progenitora.

Sobre la base de estos presupuestos fácticos la judicatura rechazó la solicitud de restitución de la niña a Perú porque, no obstante su salida del país fue ilícita, se configuró la excepción del artículo 13 letra b) de la Convención de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en adelante, la Convención, debido a que “el regreso de la niña a Perú implicaría un grave riesgo para su bienestar psicológico y emocional debido al contexto de violencia intrafamiliar entre sus padres. Indica que existen denuncias cruzadas en Perú, con medidas de protección otorgadas a la madre, y no se ha acreditado el cumplimiento de los tratamientos psicológicos ordenados. Asimismo, se cuenta con informes psicológicos que señalan que la menor experimenta angustia y temor ante la posibilidad de reencontrarse con su padre. Además, la niña ha manifestado sentirse segura y feliz en Chile con su madre, expresando su deseo de permanecer en el país.” Agregando que “de conllevar el regreso de la niña la separación de su madre, con quien siempre ha vivido, se crea un serio riesgo de ocasionarle una afectación psicológica relevante e injustificadamente desproporcionada, lo que no puede ser pasado por alto, desde que conforme a los criterios que enuncia el inciso 3° del artículo 13 de la Convención -edad y madurez del niño- debe tenerse en cuenta la opinión de la menor, lo que, por lo demás, es concordante con el deber que impone el artículo 12.1 de la Convención de los Derechos del Niño, de garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.”



Tercero: Que cabe tener presente que la Convención, suscrita en La Haya el 25 de octubre de 1980, según se estatuye en su artículo primero, tiene por finalidad garantizar la restitución inmediata de los niños trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante, y velar por que los derechos de tuición y de visita vigentes en uno de éstos se respeten en los demás, estableciendo en su artículo 3° los casos en que el traslado o la retención de un niño tendría ese carácter.

Cuarto: Que, de acuerdo con la mencionada Convención, la judicatura solo debe determinar si, conforme a los hechos relatados, el traslado de la niña o su retención en nuestro país es ilícita, sin entrar al fondo de la cuestión debatida entre las partes.

De esta manera y conforme a lo establecido por el artículo 3°, el traslado o la retención de un niño se considerará ilícito en los siguientes casos:

- a) cuando tiene lugar en violación a un derecho de tuición asignado a una persona, una institución o cualquier otro organismo, en forma separada o conjunta, en virtud de la ley del Estado en el cual el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y
- b) cuando dicho derecho ha sido efectivamente ejercido en forma separada o conjunta en el momento del traslado o retención, o lo hubiera sido si no hubieren ocurrido tales hechos.

Agregando la norma que el derecho de tuición mencionado en la cláusula a) anterior podrá derivar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una resolución judicial o administrativa, o de un acuerdo en vigencia en virtud de la ley de ese Estado.

Enseguida, los artículos 16 y 19 prescriben que *“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 adonde 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”, y que “una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor **no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia**” (énfasis añadidos), reafirmando la finalidad establecida en su artículo primero.*



Que el impedimento de entrar al conocimiento del fondo la cuestión debatida ha sido reafirmado tanto en el sistema internacional como interamericano de Derechos Humanos del que el Estado de Chile forma parte.

Así, en un caso referido a nuestro país, el Comité de los Derechos del Niño estableció que “las excepciones al deber de restitución previstas en el Convenio de La Haya tienen que interpretarse de forma estricta. En ese sentido, no puede exigirse al juez nacional llamado a aplicar el Convenio de La Haya que realice el mismo tipo de examen del interés superior del niño que los tribunales llamados a decidir sobre la custodia, las visitas u otras cuestiones conexas, máxime cuando no dispone de los mismos elementos probatorios y fácticos que el juez del país de residencia habitual.” (Dictamen aprobado por el Comité en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derecho del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, respecto de la comunicación núm. 121/2020, párr. 8.6). Y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia de 4 de septiembre de 2023, recaída en el caso “Córdova vs. Paraguay”, sostuvo que “en el marco de procesos de restitución, las cuestiones de fondo relacionadas con custodia y visitas se reservan para el país de residencia habitual, lo que indica que una solicitud de restitución es diferente a un proceso de custodia” (Corte IDH, serie C 505, párr. 73).

En suma, los tribunales o las autoridades competentes ante las cuales se tramita el proceso de restitución, deben aplicar las disposiciones de la Convención y evitar intervenir en cuestiones que corresponde sean decididas en el Estado de residencia habitual.

Quinto: Que de acuerdo a los hechos asentados por la judicatura, no existió controversia respecto a que el traslado de la niña fue ilícito, toda vez que la demandada salió de Perú con [REDACTED] con una autorización del padre otorgada el año 2017 para que la madre viajara de Venezuela a Perú, sin que éste haya consentido en que la demandada se trasladara con la niña a nuestro país en septiembre de 2023.

Sexto: Que, determinado lo anterior, corresponde verificar si concurre alguna situación de excepción del artículo 13 de la Convención, en específico la de la letra b) del instrumento, que permite que la niña trasladada ilícitamente permanezca en nuestro país en el evento de que exista un grave riesgo de que su regreso la exponga a un peligro físico o psicológico, o de otro modo la ponga en una situación intolerable.



Séptimo: Que de acuerdo a los hechos acreditados en el motivo segundo de esta sentencia, se puede deducir que desde que las partes no viven juntas han tenido denuncias por actos de violencia intrafamiliar en que ambos tienen la calidad de denunciantes, en los que la judicatura del país vecino dictó medidas cautelares, sin que conste el cumplimiento de ellas por ninguna de las partes.

Sin embargo, no se probó ninguna situación que importe un grave riesgo psíquico o físico para la niña, tampoco que su retorno la exponga a un escenario intolerable.

Octavo: Que la conclusión anterior no se ve enervada por el hecho que la niña haya manifestado su deseo de permanecer en Chile, pues, en concordancia con lo dispuesto en la propia Convención y en otras disposiciones internacionales e internas, la opinión del niño, niña o adolescente debe ser debidamente tomada en cuenta por la autoridad, considerando la edad y madurez de quien la manifiesta.

Así, el inciso segundo del artículo 13 de la Convención indica 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 el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones”*; siendo esta una norma que “consagra la obligación de la autoridad judicial o administrativa de comprobar que el niño se opone a la restitución. Por lo anterior, la prueba de este motivo de denegación recae en la autoridad respectiva, pues la denegación del retorno motivada por esta cláusula exige que sea esta la que demuestre la procedencia de la excepción (...). Lo relevante es que la opinión sea libre, es decir, exenta de coerción y de presiones del secuestrador o del entorno.” (Rizik, L., “Sustracción internacional de menores: jurisprudencia reciente de los tribunales superiores de justicia chileno sustracción internacional de menores: jurisprudencia reciente de los tribunales superiores de justicia chileno”, *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.*, N° 29, julio – diciembre, 2016, p.212).

Que, fijando el alcance y contenido del artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, el Comité de los Derechos del Niño ha establecido que el niño tiene el derecho de expresar su opinión “libremente”, significando esta palabra “que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas”, implicando “una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva ‘propia’ del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las



opiniones de los demás.” (Observación General N° 12 [2009] El derecho del niño a ser escuchado. CRC/C/GC/12, párr. 22).

Que tal opinión o deseo manifestado libremente por el niño, niña o adolescente debe ser atendido en consideración a su edad y madurez, habiendo establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el grupo definido como “niños” involucra a todas las personas menores de 18 años pero que “Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio. En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos.” (Corte IDH, OC-17, párrs. 101 y 102).

Que el ejercicio de los derechos del niño, entre ellos el de ser oído, es progresivo, lo cual implica que la evaluación de los criterios de edad y madurez aludidos en las normas antes mencionadas debe efectuarse observando su autonomía progresiva, a la cual se refiere el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme al cual *“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad (...) de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”*; es decir, la ponderación de la opinión o deseo manifiesto del niño, niña o adolescente implica atender a la evolución de sus facultades, con un determinado fin, cual es el ejercicio de sus demás derechos, para la mejor satisfacción de su interés superior.

Así lo ha interpretado el Comité de los Derechos del Niño al señalar que: “El escuchar a los niños no debe considerarse como un fin en sí mismo, sino más bien como un medio de que los Estados hagan que sus interacciones con los niños y las medidas que adopten en favor de los niños estén cada vez más orientadas a la puesta en práctica de los derechos de los niños” (Observación



General N°5 [2003] Medidas Generales de Aplicación de la Convención Sobre los Derechos del Niño. CRC/GC/2003/5, párr. 12).

Que la normativa internacional analizada ha sido desarrollada por la legislación nacional, en particular, en el artículo 28 de la Ley N° 21.430, que reconoce que *“Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a que sus opiniones sean oídas y debidamente consideradas, de acuerdo con su edad, madurez y grado de desarrollo, en los procedimientos o actuaciones administrativas o judiciales en que se decida sobre alguna cuestión particular cuya determinación pueda afectar sus derechos o intereses, especialmente en el ámbito familiar, escolar, sanitario, comunitario, administrativo y/o judicial”*; así como en el artículo 7 inciso cuarto de la misma Ley, que al mencionar las circunstancias específicas que deben considerarse para determinar el interés superior, indica: *“b) La opinión que el niño, niña o adolescente exprese, cuando ello sea posible conforme a su edad, grado de desarrollo, madurez y/o su estado afectivo si no pudiere o no quisiere manifestarla.”*

Que en orden a la mejor comprensión del respeto a la opinión del niño, niña o adolescente, la doctrina especializada señala que su ejercicio no le confiere un derecho absoluto a la autonomía, ni a controlar todas las decisiones que a su respecto se adopten, sin considerar las implicancias de ellas sobre él y los demás, ni de pasar por encima de los derechos de sus progenitores; más bien existe la obligación para los adultos de crear oportunidades para su ejercicio y de darle el debido peso a lo que manifieste, acorde con su nivel de comprensión de los temas involucrados (Cfr. Lansdown, G. “Promoting Children’s Participation in Democratic Decision-Making”, Unicef, Innocenti Insight, 2001, p. 8). Asimismo, al desarrollar el concepto de ‘competencia’ se ha explicado que “Las decisiones de los niños pueden ser incompetentes porque cualquiera sea la meta a la que aspiran pueden simplemente ser irrealistas, al menos en el momento presente (...), un deseo o aspiración de un niño no será completamente expresado si no puede ser realísticamente implementado o si su realización es extremadamente improbable en el marco de tiempo considerado por el niño (...). Le toca a los adultos hacer estas valoraciones.” (Ekeelaar, J., “The interests of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determinism”, International Journal of Law, Policy and the Family, volume 8, issue 1, april 1994, p.55).

Que la oposición del niño, niña o adolescente ilícitamente sustraído a que alude el inciso segundo del artículo 13 de la Convención ha sido objeto de análisis



en la jurisprudencia comparada, destacándose el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, de 21 de mayo de 2013, recaído en el caso de una niña sustraída por su padre desde México a Argentina, que razonó lo siguiente: “En razón de su finalidad específica, el Convenio de 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario, la posibilidad del art. 13 (penúltimo párrafo) sólo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas, sino al reintegro al país de residencia habitual; y, dentro de esta área específica, no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irreductible a regresar. (...) Estimo que las constancias de autos no permiten extraer una actitud interna auténticamente intransigente dirigida a resistir el regreso.” (F.C. del C. c G., G., Rs/reintegro del hijo).

Que, todo lo anteriormente expuesto debe ser aplicado al caso en concreto de [REDACTED], y en virtud del artículo 7 de la Ley N° 21.430, que prescribe que: *“Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a que en la toma de decisiones sobre cuestiones que le afecten se considere primordialmente su interés superior, entendido como la máxima satisfacción posible de los principios, derechos y garantías (...), cuando se evalúen y sopesen los distintos intereses involucrados en el asunto (...)”* (inciso segundo), debiendo observarse que *“conforme a este principio, ante distintas interpretaciones, siempre se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño, niña o adolescente.”* (inciso tercero).

Enseguida, para la determinación del interés de J.C.B.R., de entonces 8 años, en conformidad a la letra d) del inciso cuarto del mencionado artículo, debe también considerarse *“la opinión que el niño, niña o adolescente exprese, cuando ello sea posible conforme a su edad, grado de desarrollo, madurez y/o su estado afectivo si no pudiere o no quisiere manifestarla”*. Opinión que fue vertida en audiencia confidencial en sala Gesell en presencia del curador *ad litem* y del consejero técnico, con anterioridad a la audiencia única, y que si bien es expresiva de su interés manifiesto, no revistió el carácter de férrea oposición a regresar a su país de residencia habitual; parecer que fue también comunicado al tribunal por su curador *ad litem*, quien fue de la opinión de que correspondía retornar a su representada a Perú.

Noveno: Que, en consecuencia, incurrió la magistratura en una errónea aplicación e interpretación del artículo 13 letra b) de la Convención al acoger la



excepción referida y rechazar la restitución de la niña, toda vez que no se probó que el retorno a Perú de [REDACTED] la exponga a un peligro físico o psicológico o que de algún modo su regreso la involucre en una situación intolerable, debiendo las partes discutir las materias relativas a su cuidado personal, relación directa y regular, alimentos, entre otros, en el país de residencia habitual de la niña.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767, 768, 783 y 785 del Código de Procedimiento Civil, y artículos 4° y 14 de la Convención Sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, **se acoge** el recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante contra la sentencia de treinta de enero del año en curso, la que **se invalida** y reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente y sin nueva vista.

Redacción a cargo de la abogada integrante señora Fabiola Lathrop Gómez.

Regístrese.

N°6.300-2025.-

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por las ministras señoras María Soledad Melo L., Jessica González T., Mireya López M., y las abogadas integrantes señoras Leonor Etcheberry C. y Fabiola Lathrop G. No firma la Abogada Integrante señora Etcheberry, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar ausente. Santiago, quince de mayo de dos mil veinticinco.



En Santiago, a quince de mayo de dos mil veinticinco, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

