

Santiago, veintisiete de septiembre de dos mil veintitrés.

Vistos:

En causa RIT C-2625-19, caratulados “Astorga con Ramírez”, seguidos ante el Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, por sentencia de veintiocho de enero de dos mil veintiuno, se acogió la demanda de cuidado personal interpuesta por don René Orlando Astorga Acuña y doña Mónica Alicia Romero Jeldres en contra de doña Paula Elisa Ramírez Muñoz y don David Alejandro Astorga Romero y en consecuencia se les confirió el cuidado personal definitivo de su nieta de iniciales E.C.A.R. y se fijó una relación directa y regular de la niña con sus padres, la que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, por decisión de veintiuno de febrero de dos mil veintitrés.

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

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que en el recurso se sostiene que se acogió la demanda infringiendo lo dispuesto en el artículo 226 del Código Civil en relación con el artículo 42 de la Ley N°16.618 y artículo 224 del citado código, que regulan el cuidado personal de un niño a cargo de un tercero. Sostiene que la primera norma permite atribuir el cuidado de un niño a una persona distinta de los padres sólo si estos están inhabilitados, lo que no ocurre en la especie al no señalar cuál es la inhabilidad de la madre y si es temporal o definitiva. Además, para entregar el cuidado a una persona distinta a los padres, debe establecer que ambos son inhábiles y la idoneidad de los cuidadores, hechos que tampoco fueron acreditados en la causa.

Luego denuncia la infracción del artículo 32 de la Ley N° 19.968, porque la sentencia recurrida carece de fundamentos para establecer que la madre no se encuentra capacitada para cuidar a la niña, especialmente si se atiende a la época de los intentos suicidas que se desencadenaron por una situación puntual y a que la madre ha adherido a sus tratamientos.

A continuación reclama la infracción del artículo 16 de la Ley N° 19.968, porque no se escuchó la opinión de la niña en juicio, pese a que tenía 6 años de edad al momento de la demanda.

Finalmente, señala cómo las conculcaciones que denuncia influyeron sustancialmente en la parte dispositiva de la sentencia impugnada, y solicita que



se acoja el recurso y se la anule, acto seguido, sin nueva vista y separadamente, se dicte la de reemplazo que rechace la demanda de cuidado personal

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

1.- La niña de iniciales E.C.A.R nació el 2 de febrero de 2013, es nieta paterna de los demandantes e hija de los demandados.

2.- Con fecha 24 de septiembre de 2018, el padre denunció ante la 48° Comisaría de Carabineros que la niña falta mucho al colegio y que la madre intentó suicidarse ingiriendo pastillas y se cortó el cuello.

3.- Se inició causa proteccional RIT P-1998-18, que terminó el 28 de febrero de 2019, por solución colaborativa de mantener el cuidado personal de la niña en su abuela paterna y se fijó una relación regular y directa con la madre desde el viernes a las 14:00 horas al lunes retornándola al colegio e ingreso de la madre a COSAM por un año.

4.- En causa de cumplimiento RIT X-219-2019, del Juzgado de Familia de Puente Alto, se denunció un presunto delito de abuso sexual de la niña, sindicando al hijo de la pareja de la madre como autor, hechos que fueron investigados por el Ministerio Público y se comunicó su archivo provisional

5.- De acuerdo a informe DAM evacuado en causa proteccional con fecha 17 de enero de 2019, existe negligencia parental de la madre y abandono de la educación de la niña, el padre está distanciado y los abuelos paternos son figuras significativas de la niña

6.- La madre ingresó por emergencias adulto el 24 de abril de 2018 permaneciendo hasta el 30 de abril de 2018 en la unidad de corta estadía por intento de suicidio. Al egreso presenta diagnóstico de episodio depresivo mayor grave sin síntomas sicóticos, sin ideación suicida, distimia y trastorno de inestabilidad emocional de la personalidad. El 3 de julio de 2018 ingresó a tratamiento de continuidad en psiquiatría del COSAM-CEIF de Puente Alto, por intento suicida y diagnóstico de desorden de personalidad emocionalmente inestable. Ha mantenido la adherencia a los procesos en COSAM CEIF durante el año 2019. En el último periodo no presenta conductas de riesgo o auto lesivas, implementado otras estrategias frente a situaciones de intensidad e inestabilidad emocional. En relación al rol marental, busca mantener un rol activo con su hija.

7.- El padre demandado no vive con los demandantes y se allanó a su petición de obtener el cuidado personal de la niña.

8.- Ambos demandantes trabajan y perciben ingresos mensuales por \$2.398.573. La niña cuenta con un dormitorio para ella.



9.- La niña se siente protegida y segura con los abuelos, en ambiente saludable y protector. Su figura de apego seguro es la abuela paterna

La sentencia tras establecer el vínculo de parentesco de los demandantes con la niña y los intentos suicidas de la madre, concluyó que *“ha vivido un grave riesgo bajo los cuidados de su madre y que el padre se ha mantenido al margen o siendo un mero espectador del desarrollo y crianza de su hija, no siendo protegida por los primeros obligados a hacerlo, quedando expuesta en la vida a la voluntad de familiares que pudieran hacerse cargo responsablemente de ella, desplegándose así, como obligación del Estado de Chile, reflejada en sus instituciones dedicadas a la infancia y en los Tribunales de Familia, todos los esfuerzos para otorgarle el más pleno ejercicio de sus derechos de niña. Así las cosas, [la niña] gracias a tal intervención, logró ser acogida por la familia de sus abuelos en un momento de extremo peligro bajo los cuidados de su madre, como fueron sus reiterados intentos de suicidio, quienes de acuerdo a toda la prueba incorporada en el juicio, han sido quienes le han proporcionado abrigo, vivienda, alimentación, educación, salud, entretenimiento y finalmente le han permitido el pleno ejercicio de sus derechos como niña, desde el año 2018 a la fecha.”*, por lo que acogió la demanda y fijó un régimen de relación regular y directa con sus padres.

Tercero: Que, en lo concerniente a la denuncia que se conculcó lo que dispone el inciso 2° del artículo 16 de la Ley N° 19.698, se debe tener presente que el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño señala que los Estados Partes deben garantizar al niño, niña o adolescente que está en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecte, teniéndose debidamente en cuenta su sentir, en función de su edad y madurez; y que, con tal fin, se le debe dar oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo incumba, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. La Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, por su parte, establece medidas que deben aplicarse para garantizar el acatamiento del derecho del niño a ser escuchado, de acuerdo al contexto de que se trate; y condiciones básicas para ello. Asimismo, señala que el artículo 12 de la Convención, que estatuye el derecho del niño a ser escuchado, está vinculado a los siguientes artículos: 2 (derecho a la no discriminación), 6 (derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo), 13 (derecho a la libertad de expresión), 17 (derecho a la información), y 5 (evolución de las facultades del niño y dirección y orientación apropiadas de los padres); siendo, además, interdependiente con el artículo 3 (consideración primordial del interés superior del niño). También se refiere al



derecho de que se trata la Observación General N° 14 del mismo comité, en el sentido que la evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto de su derecho a expresar libremente su opinión y a que se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan.

Entonces, el artículo 12 establece que el niño, niña y adolescente tiene derecho a manifestar sus deseos, sentires, de manera libre y que sean tenidos en cuenta en la oportunidad en que se resuelva el asunto que les incumbe, enlazándose directamente con el principio de la autonomía progresiva. Lo señalado importa, por lo tanto, que deben ser considerados como sujetos de derechos humanos y civiles, y al estar en las condiciones que indica dicha norma, debe necesariamente escuchárseles de manera tal de establecer una comunicación, un diálogo con ellos;

Cuarto: Que la doctrina nacional señala, en lo que se refiere a los procedimientos jurisdiccionales ante tribunales de familia, que puede verse como una consagración de la garantía del derecho a la defensa, en su aspecto o dimensión de “defensa material” que se traduce en las facultades del niño, niña o adolescente a intervenir en todos los asuntos que le afecten, formular alegaciones y presentar prueba y, en general, estar protegidos en contra de cualquier indefensión, por lo que no se satisface consultando la opinión en una oportunidad durante la tramitación del proceso, sobre dos o tres alternativas cerradas definidas de manera previa, sino que se le debe ofrecer la posibilidad de participar en la construcción del caso, desde un principio, siendo un protagonista de la decisión en un sentido más amplio. No se trata simplemente del derecho a opinar, sino del derecho a participar en la decisión del caso (en la decisión de su propia vida). (“El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído”, Jaime Couso, en Revista de Derechos del Niño N° 3 y 4, p, 153-154, Universidad Diego Portales y UNICEF, Santiago, 2006).

También se sostiene que es una manifestación del derecho a la libertad de expresión como representación del libre pensamiento, pues impone a los Estados la obligación de garantizar la libertad de pensamiento y expresión de los niños, niñas y adolescentes, fijando pautas interpretativas que sirvan de guía al juez y al legislador y regula expresamente el derecho a ser oídos en todas las decisiones que puedan afectar su vida futura; entendiéndose como un derecho de participación que debe ser dilucidado en consonancia con el principio del interés superior y el de la autonomía progresiva. (“La voz de los niños en la justicia de familia de Chile”, Macarena Vargas Pavez y Paula Correa Camus, en Revista *Ius et Praxis* , año 17, N° 1, 2011, p.177-204).



Así, por lo demás, lo ha señalado esta Corte en sentencias dictadas con fecha 18 de abril de 2017, en los autos Rol N° 1.732-2017, 8 de agosto de 2019, en causa Rol N° 8.663-2018 y con fecha 9 de junio de 2021, en causa Rol N° 41.145-19.

Quinto: Que, en ese contexto, la niña tenía 8 años a la fecha de la audiencia de juicio, por lo que correspondía darle la oportunidad de expresarse, en una forma acorde a su edad y madurez, de manera que la decisión también considerara sus sentimientos, deseos o temores respecto a la forma de resolver la cuestión sometida a decisión del tribunal; y sin que se adviertan inconvenientes para haber cumplido con la obligación en cuestión en esa etapa.

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

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo que disponen los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se acoge** el recurso de casación en el fondo deducido por la madre demandada en contra de la sentencia de veintiuno de febrero de dos mil veintitrés, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, la que se invalida y se la reemplaza, sin nueva vista y separadamente, por la que se dicte a continuación.

Regístrese.

Rol N° 47.589-23

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señora María Cristina Gajardo H., señor Diego Simpertigue L., ministros suplentes señor Juan Manuel Muñoz P., señora Eliana Quezada M., y el abogado integrante señor Diego Munita L. No firma la ministra suplente señora Quezada, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por haber terminado su periodo de suplencia. Santiago, veintisiete de septiembre de dos mil veintitrés.





XWPXXXXPCD

En Santiago, a veintisiete de septiembre de dos mil veintitrés, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

