

Santiago, siete de junio de dos mil veinticuatro.

Vistos:

En estos autos RIT: A-2-2022, RUC: 2220273805-K, seguidos ante el Juzgado de Familia de Talca, en juicio sobre susceptibilidad de adopción, caratulados “NNA ARIEL”, por sentencia de treinta de mayo de dos mil veintitrés, se rechazó la demanda de susceptibilidad de adopción.

En contra de dicha decisión el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia recurrió de apelación, y una sala de la Corte de Apelaciones de Talca acogió el arbitrio, revocó la de primera instancia y, en su lugar, decidió acogerla por sentencia de veintiocho de diciembre de dos mil veintitrés.

En contra de este último pronunciamiento, doña Rosario, madre de la niña, recurrió de casación en el fondo, solicitando se invalide la sentencia y se dicte una de reemplazo que rechace la solicitud presentada por el mencionado servicio.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, pueden los tribunales, “conociendo por vía de apelación, consulta o casación o en alguna incidencia, invalidar de oficio las sentencias cuando los antecedentes del recurso manifiesten que ellas adolecen de vicios que dan lugar a la casación en la forma, debiendo oír sobre este punto a los abogados que concurran a alegar en la vista de la causa e indicar a los mismos los posibles vicios sobre los cuales deberán alegar”.

Segundo: Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 768 N°9 del Código de Procedimiento Civil, constituye una causal de casación en la forma, el “haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad”; norma que ha de relacionarse con los artículos 795 y 800 del mismo cuerpo legal, que señalan cuáles son los trámites que se consideran esenciales en única, primera y segunda instancia. Con todo, como se ha sostenido desde hace décadas, la enunciación contenida en tales disposiciones no es taxativa, puesto que comienza diciendo: “En general, son trámites o diligencias esenciales...”, lo que ha llevado a concluir que más allá de verificar si la ley indica expresamente el carácter esencial de un determinado trámite o diligencia, interesa determinar “los fines que persiguió el legislador al establecerlo”, a efectos de decidir si es posible prescindir del mismo. (RDJ. Tomo 28, sec.1°, pág. 541)

Tercero: Que, durante la vista de la causa, se constataron dos circunstancias para ser analizadas en este orden de ideas. Por una parte, que la

sentencia impugnada fue expedida sin audiencia del Ministerio Público Judicial, como lo exige el número 4° del artículo 357 del Código Orgánico de Tribunales, al prescribir que debe ser oído "En los juicios sobre estado civil de alguna persona". Y, por otro lado, que la niña no fue escuchada durante la tramitación de este procedimiento de susceptibilidad de adopción.

Dado lo expuesto, corresponde determinar si lo señalado precedentemente tiene el carácter de trámite o diligencia esencial, o sea, si son de aquellos cuya omisión puede constituir vicios de casación en la forma que se vienen anunciando.

Al respecto, la recurrente efectivamente hace fundar su arbitrio, entre otras cosas, en la falta de audiencia del Ministerio Público Judicial, estimando que es una diligencia esencial. Por otra parte, la curadora *ad litem* de la niña como el abogado del Servicio, estiman que ello no es así, entrando derechamente al desarrollo de los presupuestos materiales y de fondo necesarios para resolver el recurso interpuesto.

Cuarto: Que, la audiencia del Ministerio Público Judicial y la reservada con la niña, no están establecidas en ninguna de las enumeraciones que se consignan en los artículos 795 y 800 del código antes citado, que señalan cuáles son de aquella índole que autorizaría anular una sentencia, analizadas gramaticalmente debe destacarse que se inician con la expresión "en general", que es una alocución adverbial que equivale a "de un modo general"; contexto que lleva a sostener que las enunciaciones que contienen tienen un carácter tal que permite aceptar que otras disposiciones puedan también referirse a trámites o diligencias cuya omisión justifique la causal en estudio, por lo mismo, no son taxativas.

Quinto: Que, la audiencia del Ministerio Público Judicial, atendido los términos que utiliza el artículo 357 del Código Orgánico de Tribunales, está en los juicios que versan sobre el estado civil de las personas, debiendo considerarse, en atención a lo expuesto, el de susceptibilidad de adopción, procedimiento previo a la adopción, que confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes, tal como lo prevé el artículo 1 inciso segundo de la Ley N° 19.620, por lo tanto, tiene el carácter de trámite o diligencia esencial dispuesto por la ley.

Sexto: Que la idea anterior se corrobora si se tiene presente que el artículo 358 del cuerpo normativo antes señalado indica los casos en que no se oirá al Ministerio Público Judicial en segunda instancia, y, entre ellos, no incluye los juicios de esta naturaleza.

Séptimo: Que, por otra parte, en cuanto a la obligación de oír a los niños, niñas y adolescentes durante el desarrollo de los procedimientos que afecten su vida e intereses, 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 afecten, teniéndose debidamente en cuenta su opinión, 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. Luego, la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, establece medidas que deben aplicarse para garantizar la observancia del derecho del niño a ser escuchado, de acuerdo al contexto de que se trate, y las condiciones básicas para su cumplimiento. En tal sentido, explica que el artículo 12 de la Convención, que establece 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, sus sentires, de manera libre y que sean tenidos en cuenta al momento en que se resuelva el asunto que les incumbe, vinculándose directamente con el principio de la autonomía progresiva. Lo referido importa, por lo tanto, que deben ser considerados como sujetos de derechos humanos y civiles, y al estar en las condiciones que señala dicha disposición, debe necesariamente escuchárseles de manera tal de establecer una comunicación, un diálogo con ellos.

Este reconocimiento del derecho del niño a ser oído como elemento esencial a considerar en todos los procesos judiciales en que deba participar, que procede del sistema normativo internacional, también ha sido recogido expresamente en la legislación interna, específicamente en el artículo 16 de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia, en cuanto principio rector de los procedimientos en materia de familia, al disponer que, en lo que interesa: *“Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se*

encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia siempre debe tener como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.”

A su turno, la doctrina nacional señala que en lo que respecta a los procedimientos jurisdiccionales ante tribunales de familia, 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 a intervenir en todos los asuntos que le afecten, formular alegaciones y presentar prueba y, en general, estar protegido en contra de cualquier indefensión, por lo tanto, no se satisface consultando la opinión del niño 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, toda vez que se establece la obligación de los Estados de garantizar la libertad de pensamiento y expresión de los niños, fijando pautas interpretativas que sirvan de guía al juez y al legislador y regula expresamente el derecho de los niños a ser oídos en todas las decisiones que puedan afectar su vida futura; entendiéndose como un derecho de participación que debe ser interpretado 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.179-180).

Así lo consagra además el artículo 242 inciso segundo del Código Civil, al señalar que “En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

Así, por lo demás, lo ha señalado esta Corte en sentencias dictadas en los autos Rol N° 1.732-2017, Rol N° 8.663-2018, Rol N° 41.145-19 y, recientemente, Rol 135.483-22.

Octavo: Que, en consecuencia, el fallo que se estudia fue dictado incurriendo en la causal de casación en la forma que contempla el número 9 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil y corresponde invalidarlo, porque los trámites omitidos tienen el carácter de esencial, lo que hará esta Corte en uso de la facultad que le concede el artículo 775 del mismo código.

Por estos fundamentos y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 764, 765 y 775 del Código de Procedimiento Civil, se declara que se **invalida de oficio** la sentencia de veintiocho de diciembre de dos mil veintitrés y se retrotrae la causa al estado de que un tribunal no inhabilitado, proceda a nueva vista, previo cumplimiento a los trámites omitidos.

Atendido lo resuelto no se emite pronunciamiento sobre el recurso de casación en el fondo deducido por la madre.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 984-2024

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Gloria Ana Chevesich R., María Soledad Melo L., ministra suplente señora Eliana Quezada M., y los abogados integrantes señoras Leonor Etcheberry C., y Fabiola Lathrop G. No firma la Abogada Integrante señora Lathrop, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar ausente. Santiago, siete de junio de dos mil veinticuatro.