

Santiago, once de agosto de dos mil veinticinco.

**Vistos:**

En estos autos Rol C-4900-2023 del Primer Juzgado de Familia de Santiago, caratulados “[TAPIA] con [SEPÚLVEDA]” sobre autorización de salida del país por sentencia de once de marzo último se desestimó la petición.

Apeló el demandante, y una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago el veintiocho de abril de este año la confirmó.

En contra de dicha decisión la parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo y solicitó que se anulara dicho fallo y se dictase la correspondiente sentencia de reemplazo que dé lugar a la salida del país del hijo del solicitante.

El recurso fue declarado admisible y se ordenó traer los autos en relación.

**Considerando:**

**Primero:** El demandante plantea que la sentencia impugnada vulnera el derecho del niño a ser oído. Sostiene que en la causa jamás fue escuchada la opinión de [ANDRÉS] como sujeto de derecho.

Enseguida acusa una vulneración a la valoración de la prueba, infringiéndose el artículo 32 en relación con las exigencias del artículo 66 N° 4 y 5 de la ley N° 19.968 por cuanto no existe un análisis de toda la prueba rendida, ni cómo se dieron por probados ciertos hechos ni el razonamiento que llevó a la conclusión “de ser beneficioso y sin riesgo la salida indeterminada del país de la NNA” (SIC) a lo que se agrega la omisión de las razones legales y doctrinarias respectivas para tal decisión, apartándose, además, de las normas de la sana crítica, las que no eximen al juez de fallar conforme a derecho, debiendo necesariamente considerar la totalidad de los medios probatorios ofrecidos y presentados, ponderarlos uno a uno, sin perjuicio del valor que les otorgue, una vez hecho el análisis pertinente, cuestión que en el caso de autos no existió, en especial, respecto de los aspectos no considerados y detallados precedentemente.

En tercer lugar, afirma que, conforme a los términos de la autorización otorgada (SIC) el artículo 49 bis de la ley 16.618 impone al juez de instancia dar por acreditada una exigencia de la que no se hace cargo el fallo, esto es, tener por demostrado que el otro progenitor, injustificadamente, ha dejado de cumplir el deber regulado judicial o convencionalmente, de mantener una relación directa y regular con su hijo en el extranjero. Añade que [ANDRÉS] ha manifestado interés

por realizar el viaje en el período de vacaciones y que retornará y volverá a ver a su madre.

Agrega que el principal daño se genera porque no existen fundamentos para impedir la salida por un tiempo breve, solo los supuestos temores de la madre que no fueron acogidos en la regulación del régimen de contacto.

Luego el recurso alude a la jurisprudencia, y a la necesidad de velar por el interés superior del niño para lo cual refiere diversa doctrina, analiza la ventaja que reportaría el viaje tanto desde un punto de vista patrimonial como afectivo, pues él mantendría las mismas condiciones materiales que tiene en Chile sumado a beneficios sociales y culturales.

El recurso hace referencia a la relación directa y regular del padre con el niño y cómo el juez debería regular esta relación, para enseguida citar normas sobre la Convención de los Derechos del Niño, hablar de alimentos y de las normas sobre las que basa “esta apelación” (SIC).

Finalmente, el recurrente explica cómo ha influido en la decisión la infracción a las normas que cita el recurso, indicándose que de haber dado correcta aplicación a ellas “la sentencia recurrida, no habría de salida del país” (SIC) por lo que solicita anular la sentencia impugnada y dictar la correspondiente sentencia de reemplazo que dé lugar a la salida del país solicitada con costas.

**Segundo:** De la lectura del recurso se advierte una serie de desprolijidades por cuanto en algunos pasajes se razona como si la autorización de salida del país habría sido concedida, en circunstancias que fue denegada; se habla de varios niños y es uno; se mezclan materias de salida al extranjero, alimentos y relación directa y regular; se habla de apelación siendo un recurso de casación; y se acusa como vicio de fondo el transgredir el derecho del niño a ser oído, pero se pide junto con la anulación del fallo que se dicte una sentencia de reemplazo que acoja la solicitud, sin que se explique cómo podría hacerse sin escuchar al niño, incurriéndose así en la misma vulneración que se denuncia.

**Tercero:** De las alegaciones de nulidad efectuadas, pese a las deficiencias del recurso, merece la atención aquella que acusa que el niño no fue oído en el juicio.

Sobre el particular, no existe constancia que la judicatura haya escuchado la opinión del niño en forma directa o indirecta. En efecto, la declaración que en audiencia hizo la curadora *ad litem* da cuenta que todos se han enfocado en las

circunstancias personales de los padres, pero no del niño, sin referir en forma clara cuál habría sido su opinión respecto del viaje.

En similares términos habla el consejero técnico quien sostiene que la voz del niño no se ve reflejada salvo de forma parcial en las evaluaciones hechas a los adultos, y agregó que se desconoce su apreciación sobre el viaje y respecto de estar en el extranjero sin su madre.

Tal falencia releva una transgresión al derecho del niño a ser oído y considerado en las decisiones que le afectan, sin que se advierta algún inconveniente que aconseje o justifique esta omisión, pues a la fecha de la solicitud tenía ocho años y dada la excesiva demora en la tramitación de la petición hoy cuenta con más de 10 años, por lo que su opinión no puede ser desoída.

**Cuarto:** Dentro de esta óptica cobra importancia lo que prescribe el número 9 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto es causal de nulidad formal la circunstancia que se falte 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.

A su vez, el artículo 795 del Código de Procedimiento Civil, que señala cuáles son los trámites o diligencias esenciales en la primera o en la única instancia en los juicios de mayor o de menor cuantía y en los juicios especiales, si bien no contempla expresamente la obligación de oír a los niños durante el desarrollo de los procedimientos que afecten su vida e intereses, se debe tener presente que la citada norma emplea la expresión “en general”, y al utilizarla el legislador ha dejado claro su propósito de no hacer una enunciación taxativa, con la finalidad de no excluir los diferentes casos particulares en que la ley establece trámites con carácter de esenciales, sin declararlo en forma expresa, por lo tanto, *“...para dar ese carácter a un trámite procesal no solamente hay que atender a si la ley lo declara así, determinada y expresamente, sino a los fines que persiguió el legislador al establecerlo y a si, dado su objeto, puede o no prescindirse de él...”* (sentencia de 16 de abril de 1931 Corte Suprema, Rev., Tomo XXX, 2ª p., sec. I, p.541).

Así cabe considerar 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. 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 derecho del niño a ser escuchado, de acuerdo con el contexto de que se trate; y condiciones básicas para su acatamiento. Asimismo, señala 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 y nacional referido, también ha sido recogido expresamente en el Código Civil, al disponer, el inciso segundo, del artículo 242 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.” Y, para la substanciación de los procedimientos, el artículo 16 de la Ley N°19.968, ordena

que, en lo que interesa: “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.”

Lo anteriormente señalado ha sido refrendado por el legislador nacional en la Ley 21.430, de 15 de marzo de 2022, Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, en concreto, en su artículo 28, que en sus incisos primero a cuarto establece: “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. En el ejercicio del derecho se resguardarán las condiciones de discreción, intimidad, seguridad, recepción de apoyo, libertad y adecuación de la situación.

Los órganos del Estado, en el ámbito de sus competencias, velarán para que en los procedimientos en que participe directamente un niño, niña o adolescente existan medios adecuados a su edad, madurez y grado de desarrollo, con el objeto que éste pueda formarse un juicio propio y pueda expresarlo. Especialmente, velarán por el empleo de un lenguaje y entrega de información necesaria de un modo adecuado a su capacidad de entendimiento y procurarán que se tengan en cuenta las necesidades lingüísticas de los niños, niñas y adolescentes pertenecientes a grupos que lo requieran.

Los niños, niñas y adolescentes podrán manifestar su opinión por sí mismos o a través de la persona que designen. En los casos en que esto no fuere posible, los órganos de la Administración o la autoridad judicial dispondrán de las medidas necesarias, presenciales o remotas, para el cumplimiento del derecho.

Los órganos del Estado deberán, en el ámbito de sus competencias, establecer mecanismos efectivos para garantizar este derecho en los procedimientos administrativos y judiciales.”

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).

**Quinto:** En el caso de autos la importancia de oír al niño no decae por el hecho de haber transcurrido el primer período para el cual el padre pidió la autorización de salida, a saber las vacaciones de invierno del año 2023, pues en audiencias posteriores perseveró en su solicitud cambiando la fecha de viaje, y la insistencia y necesidad de obtenerla queda de manifiesto al ejercer los medios recursivos contra la decisión de rechazo, cuestión que demuestra que pese a la excesiva demora en la tramitación del juicio el padre del niño persevera en la autorización de viaje y en la necesidad que la judicatura se pronuncie sobre esa posibilidad, dando cuenta que la fecha del viaje -de autorizarse la solicitud- puede ajustarse en armonía a la fecha de la resolución.

**Sexto:** En consecuencia, se debe concluir que se incurrió en la causal de nulidad formal establecida en el número 9 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, por lo que debe ser invalidado todo lo obrado y reponerse la causa al estado que se lleve a cabo a la brevedad la audiencia de juicio y el

trámite esencial omitido ante tribunal no inhabilitado, debiendo, en su oportunidad, dictar la sentencia que corresponda.

Por estas consideraciones, **se invalida de oficio todo lo obrado** en la causa RIT C-4900-2023 del Primer Juzgado de Familia de Santiago y se la retrotrae al estado que se verifique a la brevedad una nueva audiencia de juicio, que contemple el trámite omitido, ante tribunal no inhabilitado y, cumplido lo anterior, se dicte la respectiva sentencia.

Atendida la vía procesal escogida y lo precedentemente resuelto, se omite pronunciamiento en relación con el recurso de casación en el fondo deducido por el demandante.

Redactó la ministra Mireya López M.

Regístrese y devuélvase.

Rol N°20.211-2025

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por las ministras señoras Andrea Muñoz S., Jessica González T., Mireya López M., y las abogadas integrantes señoras Leonor Etcheberry C., y Fabiola Lathrop G. Santiago, once de agosto de dos mil veinticinco.