Santiago, veinticinco de junio de dos mil veinticinco.

Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 786 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de los motivos décimo y décimo primero, los cuales se eliminan.

Y teniendo en su lugar y, además, presente:

Primero: Que, como señala el artículo 1° de la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, tiene por objeto asegurar el inmediato regreso de los niños trasladados o retenidos ilícitamente en cualquier Estado Contratante y hacer respetar efectivamente los derechos de tuición y de visita existentes en un Estado Contratante.

En conformidad a lo dispuesto en el artículo 3° de la citada Convención, el traslado o 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, institución u organismo, en forma separada o conjunta, en virtud de la ley del Estado en que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención;
b) Cuando dicho derecho ha sido efectivamente ejercido en forma separada o conjunta en el momento del traslado o retención, o lo hubiere sido si no hubieren ocurrido tales hechos.

Agrega, que el derecho de tuición a que se alude en la letra a), podrá derivar 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.

A su turno, el artículo 5° dispone que, según el sentido de dicho instrumento internacional, el derecho de tuición – al que hace referencia el citado artículo 3° - comprenderá el derecho relativo a los cuidados de la persona del niño y, en particular, el derecho a “determinar el lugar de su residencia”.

Segundo: Que, atendidas las definiciones precedentes y el hecho asentado de que la niña [redacted] tenía su residencia en la localidad de [redacted] antes de su traslado a Chile, corresponde determinar si a la demandante le asiste, según el ordenamiento jurídico de ese país, el derecho de custodia o la tuición de su hija, en forma conjunta o separada con el demandado, ya que sobre esa base se habrá de establecer a quién le correspondía determinar el lugar de su residencia.

Es menester advertir que, para efectos de decidir si ha existido retención o traslado ilícitos, en conformidad a lo previsto en el artículo 3° antes mencionado, la autoridad del Estado requerido podrá tomar en consideración directamente la ley y las resoluciones judiciales o administrativas reconocidas formalmente o no en el Estado de residencia habitual del niño, sin recurrir a los procedimientos específicos para la prueba de esa ley, o para el reconocimiento de resoluciones extranjeras que de otro modo serían aplicables.

Tercero: Que, en conformidad a lo señalado por la Autoridad Central para la aplicación de la Convención, el derecho aplicable en la materia se encuentra contenido en el Código Civil y Comercial argentino (en su texto vigente a la fecha del traslado de la niña), específicamente en el artículo 638, que define la responsabilidad parental como el "conjunto de deberes derechos que corresponden a los padres sobre la persona y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado." En cuanto al ejercicio de responsabilidad parental, que de acuerdo con el artículo 640 comprende el cuidado personal del niño, el artículo 641 señala, en la letra e), que corresponde "en caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, al otro progenitor. En interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades".

En consecuencia y a la luz de los hechos asentados en el proceso, la demandante tiene derecho a ejercer el cuidado de la niña en conjunto con el padre, lo que en los términos de la Convención comprende el derecho a determinar el lugar de su residencia.

Cuarto: Que, según se desprende de los escritos de discusión, de la declaración del padre y del instrumento denominado "Autorización para salir del país", de [redacted] agosto del año 2020, autorizó la salida del país de la niña junto a su madre, de nacionalidad argentina, modificando su residencia a la ciudad de [redacted]

Desde dicha época, la niña, junto a su madre, tiene su residencia en dicha localidad, asistiendo al jardín infantil y, luego, al colegio, relacionándose con su familia materna y manteniendo una fluida comunicación con su padre, quien viajó, en al menos dos ocasiones, a Argentina, y la demandante, junto a la niña, a Chile.

En diciembre de 2023, el padre se trasladó a la localidad de [redacted] para que la niña viajara en su compañía a Chile, atendida las festividades de fin de año y vacaciones de verano, debiendo regresar a su lugar de residencia -Argentina- en el mes de febrero, como lo reconoció en estrados; para ello, la madre suscribió el instrumento denominado “Autorización de viaje”, [redacted] ante Notaria Pública Titular [redacted] que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 645 del Código Civil y Comercial de la Nación, autorizó a su hija, sobre quien ejerce la responsabilidad parental compartida, a viajar en compañía de su padre, la que si bien se encuentra otorgada en términos amplios, da cuenta de que ha sido utilizado, precisamente, para viabilizar el viaje que la niña realizó al país, unido a la circunstancia que aquel afirmó en estrados que se “trataban de autorizaciones mutuas indefinidas, y que el plan era devolver a la niña en febrero”.

Quinto: Que, en consecuencia, la permanencia indefinida de la niña [redacted] en territorio nacional, por la sola voluntad del padre, constituye una retención ilícita en los términos de la Convención, en el sentido que se ejecuta violando el derecho de tuición que tiene la madre en conjunto con el padre.

Sexto: Que el demandado ha invocado la situación de excepción contemplada en la letra b) del artículo 13 de la Convención, en virtud de la cual la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar el regreso del niño, si quien se opone a la restitución acredita que: “Existe un grave riesgo de que el regreso del niño lo exponga a un peligro físico o sicológico, o de otro modo lo ponga en una situación intolerable”.

Para dilucidar el punto, rindió la declaración de doña [redacted] quien afirmó mantener una relación sentimental con el hermano del demandado, y refirió que la niña les pidió quedarse en Chile y no tener que volver a Argentina porque la madre la maltrataba, que la niña se lleva muy bien con el padre, y que cuando él trabaja, junto a la abuela paterna cuida a la niña; y la de don [redacted] hermano del demandado, quien sostuvo que en el hogar viven la abuela paterna, los tres hermanos del demandado, [redacted] quien es su pareja, y la niña, quien les dijo que la madre le pegaba, que nunca estaba presente en la casa, que la relación que tenía con su pareja era violenta, que habría amenazado con un cuchillo a la abuela materna, y que la madre negó los hechos, pero después comenzó a pedir disculpas.

Se incorporaron dos registros de audios de conversaciones que mantiene la demandante con la niña, en el primero, la madre indica: “lo único que la mamá le va a decir que eso va a cambiar, nos vamos a tratar bien y que hay un bebé que está esperándote, y que hay que tratarlo con mucho amor; que me tenés que ayudar con la mamadera, cambiarle los pañales, se va a llamar [redacted] acá te estamos esperando todos para darte mucho amor y mucho cariño, porque te amamos”. En el segundo audio, la niña indica: “mami, yo no quiero un hermano, yo me quiero quedar aquí”.

Además, respuesta de oficio con informe de doña [redacted] psicóloga, [redacted] que da cuenta del tratamiento recibido por la niña, [redacted] en el que se señala que la niña no quiere estar en Argentina, porque la mamá le pega “chilo” con los zapatos, refiriendo: ***“***Mi mamá me pega y así no se deben decir las cosas, cuando se va de fiesta no contesta el celular, hasta la noche no llega mi mamá, hasta mañana, mañana, mañana, muchas mañanas. Para siempre voy a estar por acá. Ella está pegada al celular y me grita”. En cuanto a la sintomatología observada, concluye que: “*En cuanto a indicadores de negligencia o vulneración en sus derechos, se presenta presuntamente desde la madre falta de cuidado en las necesidades básicas, o mala gestión de estas, como rutinas relacionadas con la higiene del sueño, las cuales se dieron de manera reiterada en el tiempo. Se evidencia claramente una afectación emocional, debido a un abandono físico, emocional, expresándose en labilidad emocional, irritabilidad en particular con la imagen de la madre y sentimientos de desprotección. En relación con el vínculo paterno filial, se identifica la necesidad* [redacted] *de vincularse la mayor parte del tiempo con el padre, sin embargo, se trabaja en torno a este vínculo en sesiones con la diada. La niña presenta avances notorios y disminución de su sintomatología, sin embargo, nos encontramos frente a la quinta sesión, siendo necesario dar continuidad al proceso de psicoterapia”.*

Se verificaron dos audiencias confidenciales con la niña, [redacted] en las que, en síntesis, manifiesta su opinión de quedarse con su padre y abuela paterna, porque su mamá la maltrataba.

Por último, declararon los demandados, [redacted]. El primero, afirmó que trabaja como mecánico en un sistema de turnos de siete días de trabajo y siete días de descanso; que cuando trabaja la niña es cuidada por su madre y su cuñada, quien trabaja como cajera en la mañana; y que la niña asiste

al colegio y el plan era devolver a la niña en febrero, pero que ella no se quiso ir por los maltratos de su madre. La segunda, sostuvo que la niña está desde diciembre con ellos, porque su hijo la fue a buscar; que la niña iba a regresar a Argentina en el mes de febrero para comenzar el colegio, pero no quería irse; y que junto a [redacted] cuidan a la niña cuando el padre está trabajando, que son cajeras, y cuando él descansa cuida a la niña.

Séptimo: Que, conforme las excepciones enunciadas por el Convenio, se reconoce que el traslado o retención ilícitos de un niño o niña pueden estar justificados por razones objetivas relacionadas con su persona o con el entorno que le es más próximo o al que se solicita su restitución, por tanto, la presunción general que la restitución inmediata atiende al interés del niño puede ser rebatida.

En efecto, las excepciones deben ser aplicadas como tales, esto es, de forma restrictiva, porque en cuanto más amplia e indefinida sea su interpretación, más amplio será el margen que tendrá el 'sustractor' para evitar la restitución del niño o niña, reduciendo la eficacia del Convenio, las que deben ser acreditadas por quien las alega.

Pues bien, la declaración de los testigos, personas que forman parte del núcleo familiar del padre, con el que viven, afirman que la niña era maltratada por su madre, expresiones que resultan genéricas, corroboradas únicamente por el relato de la niña, destacando la ausencia de un relato circunstanciado de los hechos imputados a la madre, por lo que se trata de afirmaciones genéricas que no se sitúan en un contexto o tiempo determinado.

Luego, el informe emanado por la psicóloga tratante no resulta concluyente en cuanto a los indicadores de negligencia o vulneración de derechos en que habría incurrido la madre, al sostener que "se presenta presuntamente desde la madre", los que, en todo caso, se concentran en rutinas relacionadas con la higiene del sueño y, si bien evidencia en la niña una afectación emocional, debido a un abandono físico, emocional, expresándose en labilidad emocional, irritabilidad en particular con la imagen de la madre y sentimientos de desprotección, resulta necesario considerar el contexto en que se encuentra la niña, quien no mantuvo contacto con su madre ni su familia materna, problemática ventilada en audiencia preparatoria [redacted] fijando un régimen comunicacional provisorio de forma telemática, evidenciando que el informe no aborda ni tiene presente que a la niña, debido a la decisión del padre, adoptada de forma unilateral, se le modificó su lugar y país de residencia, lo que conllevó una total

separación de su madre y de su entorno conocido de forma permanente desde el año 2020, época en que ambas trasladaron su residencia a Argentina.

Al respecto, si bien el Convenio no establece un concepto de residencia habitual, la doctrina ha señalado que se trata del centro social de vida del niño, y que se constituye como el factor más importante tratándose del grado de integración de un niño menor de 16 años de edad, y comprende su entorno social, cultural y familiar (García-Cano, Sandra. Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades, Editorial Colex, Madrid, 2003, p.67).

Dicha circunstancia se encuentra acreditada, porque la niña vivía junto a su madre, asistía al colegio, y, en términos generales, llevaba una vida estable para su edad, pues no hay información o antecedentes respecto de denuncias o procesos judiciales en que se ventilaran vulneraciones de derechos en su lugar de residencia habitual, más aún, cuando el padre reconoce haberse relacionado fluidamente tanto con la demandante como con la niña desde el cambio de residencia en el año 2020. Lo anterior, permite concluir que la situación acreditada no puede enmarcarse en la contemplada en la letra b) del artículo 13 de la Convención, que autoriza a no ordenar el retorno del niño a su país de residencia habitual.

Octavo: Que, la opinión de la niña, quien manifestó su deseo de no regresar junto a su madre, debe considerarse por la autoridad judicial conforme a los criterios de edad y madurez, según dispone el artículo 13 del Convenio, esto es, en términos similares a los establecidos en el artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y, además, debe garantizarse que su opinión esté libre de coerciones o presiones de quienes están directamente interesados en el resultado del procedimiento.

En el presente caso, se trata de una niña de 6 años, que, a la época en que se desarrollaron las audiencias confidenciales, estaba separada de su madre y desarraigada de su entorno conocido y que mantuvo hasta diciembre de 2023, lo que implicó un cambio en su núcleo familiar, a lo cual se debe agregar el nacimiento de un hermano y su actitud de rechazo a dicho acontecimiento, dado que expresó de manera categórica que no quiere tener hermanos.

Noveno: Que, por último, cabe reiterar que el objeto de la Convención no es determinar con cuál de los padres el niño estará mejor ni a quien se le debe adjudicar la tuición o el cuidado personal, pues son cuestiones que deben discutirse y decidirse en el país de residencia habitual del niño, por la judicatura

competente y conforme la legislación aplicable. Pero, la información que se ha proporcionado por los litigantes y que se ha evaluado para resolver la materia de que se trata, resulta insuficiente para tener por configurada una situación de grave riesgo que exponga a la niña a un peligro físico o sicológico, o que de otro modo la ponga en una situación intolerable, que autorice retenerla en Chile.

Décimo: Que lo reflexionado conduce a acoger la solicitud de retorno inmediato de la niña [redacted] a su lugar de residencia habitual en Argentina, en el marco de la Convención ya citada.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en el artículo 67 de la Ley N°19.968, **se revoca** la sentencia de veintinueve de julio de dos mil veinticuatro, en cuanto rechazó la solicitud efectuada por la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, en representación de doña [redacted] y, en su lugar, se declara que **se acoge** la demanda de Restitución Internacional en virtud de la Convención Sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, ordenando en consecuencia:

1.- La restitución de la niña [redacted] a su país de residencia habitual, esto es, Argentina; que se deberá realizar a más tardar al décimo día de ejecutoriada que quede la presente sentencia; y sirviendo una copia autorizada de la misma, desde ya, como autorización suficiente para salir del país de la niña, supliendo la voluntad de ambos padres.

El demandado don [redacted] deberá solventar todos los gastos que irrogue el retorno de la niña a Argentina, incluidos los de la persona con quien viaje de retorno, si correspondiese.

2.- Se decreta que la orden de arraigo en el territorio de la República de Chile quedará sin efecto, de pleno derecho, una vez que la niña sea retornada a su país de origen.

Para efectos del retorno al país de origen, no regirá el arraigo decretado, por cuanto se hace en cumplimiento de esta sentencia.

Redacción a cargo de la ministra señora Gloria Ana Chevesich Ruiz.

Regístrese y devuélvase.

N°4.381-2025

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por las ministras señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., Jessica González T., y las abogadas integrantes señoras Fabiola Lathrop G., e Irene Rojas M. No firma la ministra señora González y la abogada integrante señora Rojas, obstante haber

concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con permiso la primera y por estar ausente la segunda. Santiago, veinticinco de junio de dos mil veinticinco.