

Santiago, veintiséis de septiembre de dos mil veinticuatro.

**Vistos:**

En estos autos RIT C-78-2022, seguidos ante el Primer Juzgado de Letras y Garantía de Chaitén, sobre autorización de salida del país, caratulados “Cecilia con Elías”, por sentencia de veintiuno de abril de dos mil veintitrés, se acogió la demanda interpuesta por doña Cecilia en contra de don Elías y, en consecuencia, se autorizó la salida del país, por dos años, de los niños Julián y Florencia y se estableció que su plazo de permanencia en el extranjero no podrá ser superior a quince días en cada ocasión.

Apeló el demandado y una sala de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, con fecha catorce de noviembre de dos mil veintitrés, la confirmó.

En contra de dicha decisión la misma parte dedujo recurso de casación en el fondo denunciando que fue dictada con infracción de derecho que influyó en lo dispositivo del fallo y solicita se lo acoja, se la invalide y acto seguido, sin nueva vista, se dicte la correspondiente de reemplazo que revoque la de primera instancia y rechace la demanda.

Se trajeron los autos en relación.

**Considerando:**

**Primero:** Que el recurrente, luego de referir el contexto previo entre las partes y transcribir algunos considerandos de la sentencia de primera y segunda instancia, así como parte de la prueba rendida, denuncia infringido el artículo 7° de la Ley N°21.430, porque la judicatura del fondo se apartó de los criterios que entrega la ley para establecer el interés superior del niño, obviando hacer referencia a los parámetros que entrega dicha norma, ya que no se consideraron, especialmente, las circunstancias de las letras a) y c), esto es, “a) Los derechos actuales o futuros del niño, niña o adolescente que deban ser respetados, promovidos o protegidos por la decisión de la autoridad” y “c) La opinión de los padres y/o madres, representantes legales o de quien lo tuviere legalmente a su cuidado, salvo que sea improcedente”, lo que se traduce en dejar a los niños sin poder relacionarse resignificando y revinculándose, con su padre, progenitor no custodio, y a que éste pueda ejercer su derecho preferente de co-parentalidad.

Por lo anterior, solicita acogerlo, invalidarla y dictar sentencia de reemplazo que corresponda.

**Segundo:** Que la sentencia impugnada estableció los siguientes hechos:

1.- Las partes son progenitores de dos hijos. El mayor Julián, nació el NUM000 de 2010; la menor, Florencia, nació el NUM001 de 2013. Ambos se encuentran al cuidado de la madre y residen en DIRECCION000.

2.-Existen limitaciones en la provincia de Palena por la falta de médicos, y un Convenio de Cooperación en Materia de Salud, Decreto N° 1552 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 6 de diciembre de 1999, cuyo artículo 1 N° 5, en relación al ámbito de aplicación, alude a la “cooperación técnica en materia de salud de las poblaciones fronterizas”, esto es, de los habitantes de la Provincia de Palena, ante una urgencia médica o dental, para que concurren a la ciudad de Esquel, Argentina, a fin de poder recibir la atención necesaria.

3.- Los niños tienen arraigo en DIRECCION000 y asisten al colegio, y la madre tiene un bien inmueble.

4.- Existe una relación conflictiva entre las partes, incoándose los siguientes procesos:

a) Medida de Protección RIT P-3910-2017, en la que, con posterioridad, se ordenó iniciar causa penal a la que se le asignó el RUC 1700569272-5 seguida por la Fiscalía de Ñuñoa, con RIT 2104-2018 Octavo Juzgado de Garantía de Santiago y RIT 61-2021 del Tercer Juzgado Oral en lo Penal de Santiago, en la que se acusó al padre de abusos sexuales en contra de su hija, en la que se dictó sentencia absolutoria con fecha 8 de septiembre de 2022.

b) Causa X-6020-2018, en la que por resolución de 25 de julio de 2019 se le negó al padre la posibilidad de comenzar el proceso de revinculación con sus hijos.

c) Causa RIT C-6648-2019 tramitada ante el Primer Juzgado de Familia de Santiago, en la que el padre demandó el cuidado personal de los niños y la madre demandó reconvencionalmente la suspensión de la relación directa y regular.

En la misma causa, con fecha 23 de agosto de 2023, la Corte de Apelaciones de Santiago ordenó el inicio del proceso de revinculación con el padre, antes que se retome el régimen de relación directa y regular que se había fijado.

d) Causas RIT F 2481-2023 y F 7309-2023, en que ambos padres se demandan recíprocamente de violencia intrafamiliar, con fecha 30 de enero de 2024, se rechazan ambas demandas. Sobre la base de tales antecedentes fácticos, se acogió la demanda de autorización de salida del país por no generar efectos perniciosos en los niños.

**Tercero:** Que el artículo 9 de la Convención de los Niños, señala,

*“1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial,*

*las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño...*

*3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.”*

De acuerdo a lo expuesto en el considerando precedente, la gran conflictividad entre los progenitores ha impedido cualquier forma de relación del padre con sus hijos desde que cesó la convivencia, por lo cual es necesario tomar en cuenta el cumplimiento de este derecho al momento de dictarse una resolución sobre la materia.

**Cuarto:** Que el recurrente declara infringido el artículo 7 de la Ley N° 21.430, que se refiere al principio del interés superior del niño, niña o adolescente, de la siguiente forma, “Artículo 7.- Interés superior del niño, niña o adolescente...

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 reconocidos en virtud del artículo 1, cuando se evalúen y sopesen los distintos intereses involucrados en el asunto, sea que la decisión deban tomarla autoridades legislativas, judiciales o administrativas, organizaciones de la sociedad civil, instituciones privadas, padres y/o madres, representantes legales o personas que los tengan legalmente a su cuidado.

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.

Para su determinación, se deberán considerar las circunstancias específicas de cada niño, niña o adolescente o grupo de niños, niñas o adolescentes como:

a) Los derechos actuales o futuros del niño, niña o adolescente que deban ser respetados, promovidos o protegidos por la decisión de la autoridad.

b) La opinión de los padres y/o madres, representantes legales o de quien lo tuviere legalmente a su cuidado, salvo que sea improcedente.

c) Otras circunstancias que resulten pertinentes en el caso concreto que se conoce, tales como los efectos probables que la decisión pueda causar en su desarrollo futuro.”

**Quinto:** Que la madre solicitó autorización para poder viajar al extranjero con sus niños, por un plazo de dos años cada vez que le sea necesario, por un

máximo de quince días, por urgencias médicas o dentales o esparcimiento. Pues bien, es necesario, entonces, determinar cómo se respeta mejor el interés superior de los niños, a la luz de la legislación y de los tratados internacionales suscritos por Chile.

Tal como lo sostiene la Observancia General número 14, el interés superior del niño es un concepto dinámico que abarca diversos temas en constante evolución y se debe velar porque todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que su interés superior ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión.

**Sexto:** Que la sentencia impugnada ha concluido que dar lugar a la forma de salida del país propuesta por la madre no atenta contra ninguno de los derechos que la Convención les otorga a los niños, y más aún sostiene que no les impediría la revinculación que se ha establecido en su favor con su padre para volver al cumplimiento del régimen de relación directa y regular ya establecido, y lo funda por el corto período de tiempo, 15 días, que los niños pueden permanecer en el extranjero.

**Séptimo:** Que, como se dijo, para determinar el establecimiento del interés superior de los niños se debe ponderar los derechos que pueden encontrarse en contraposición y determinar la importancia de cada uno de ellos en el desarrollo futuro de aquellos.

La madre solicita la salida del país basada en el derecho a la salud de los niños, debido a los convenios existentes con la provincia de Esquel en la República Argentina y el hecho de contar en ese lugar con especialistas que no se encuentran en DIRECCION000; lo que es de suyo importante para el desarrollo de ellos, sin embargo, no se tuvo por acreditada ninguna patología que requiera ir más de una vez al año al médico o la necesidad de supuestos tratamientos dentales

Por otro lado, debido a la conflictividad de los progenitores los niños están viviendo sin la posibilidad de estar con su padre ni de tener una relación con él, tal como lo señala el artículo 9 N°3 ya transcrito, y, al respecto, corresponde recordar las causas iniciadas al respecto, como se consignó en el motivo segundo, siendo la de mayor importancia aquella en que la madre denunció al padre por abusos sexuales cometidos en contra de su hija, y después de cinco años de investigación, durante los cuales el padre no ha podido ver a sus hijos, fue absuelto de todos los cargos. El padre ha demandado en forma continua el cuidado personal de sus hijos y el cumplimiento de la relación directa y regular ya

establecida, por lo cual no podemos señalar que se está frente a uno que no se preocupa ni quiere tener una relación con sus hijos, simplemente no ha sido posible debido a la relación conflictiva entre los progenitores.

**Octavo:** Que, entonces, si se pondera el derecho a la salud de dos niños perfectamente sanos, versus el derecho que tienen a tener una relación directa y regular con el padre con el cual no conviven, parece ser más relevante este último derecho, que sí se encuentra vulnerado, versus la hipótesis de tener que salir de Chile para tener controles médicos o dentales.

La Observancia General 14, “considera que las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso”

Al ponderar los diferentes elementos, hay que tener en cuenta que el propósito de la evaluación y la determinación del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención.

Es necesario señalar que el hecho de ser padres con una relación muy conflictiva, puede llevar a no cooperar con la revinculación del padre con sus hijos, y si bien parece ser que la medida adoptada no afecta otros derechos, no es tan claro, ya que si bien solo pueden permanecer quince días en el extranjero, no hay una limitación a la cantidad de salidas, ni es necesario una justificación para ello, por lo tanto, se puede impedir cada vez que el padre, quien vive a una gran distancia de sus hijos, quiera visitarlos o tener una sesión de revinculación, por estimarla madre que es necesario tener un control médico o dental en la República Argentina.

**Noveno:** Que, por lo tanto, la sentencia impugnada al decidir respecto de la salida del país de los niños que dure dos años, pudiendo, como máximo, permanecer quince días fuera del país, no construyó adecuadamente el interés superior de aquellos, siguiendo los parámetros del artículo 7° de la Ley N°21.430 y lo señalado en la Convención de los Derechos del Niño, específicamente en su artículo 9 N°3.

**Décimo:** Que dicho error de derecho influyó en lo dispositivo del fallo, ya que condujo a acoger la demanda intentada por la madre. En tal circunstancia,

procede hacer lugar al recurso de casación en el fondo, en los términos que se indicarán.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 764, 765, 767 y 785 del Código de Procedimiento Civil, **se acoge** el recurso de casación en el fondo deducido por el padre de los niños contra la sentencia de fecha catorce de noviembre de dos mil veintitrés, dictada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, la que, en consecuencia, se invalida y se procede a dictar, sin nueva vista y en forma separada, la de reemplazo que corresponde.

Regístrese.

Redacción de la abogada integrante señora Etcheberry Court

N°250.694-23

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., señor Diego Simpertigue L., y los abogados integrantes señor Eduardo Morales R., y señora Leonor Etcheberry C. No firma el abogado integrante señor Morales, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por haber cesado en sus funciones. Santiago, veintiséis de septiembre de dos mil veinticuatro.