

Santiago, veintiocho de febrero de dos mil trece.

**Vistos:**

En estos autos, RIT N° C-2173-2012, RUC N°12-2-0157067-9 del Tercer Juzgado de Familia de Santiago, el Estado de Chile, representado por don José Ramón Gutiérrez Silva, en su calidad de autoridad competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° de la Convención Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños; y don N. R., de nacionalidad francesa, como padre de la niña M.P. R. A., nacida el 06 de octubre de 2008, solicitan la aplicación del Convenio antes señalado respecto de la menor y se declare que es retenida ilícitamente en Chile por su madre doña J. M. A. V.; y se disponga su restitución inmediata, a Francia.

Al contestar la solicitud doña J. M. A. V. se opone a la restitución de la menor, alegando excepciones a la aplicación del Convenio antes referido, contenidas en las letras a) y b) de su artículo 13.

Por sentencia de veinte de junio de dos mil doce, escrita a fojas 15 y siguientes de estos antecedentes, se negó lugar a la solicitud de restitución.

Se alzó la parte demandante y una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de veintidós de octubre de dos mil doce, escrita a fojas 50 y siguientes, con algunas modificaciones y nuevos argumentos, confirmó el fallo de primer grado.

En contra de esta última decisión la parte solicitante dedujo el recurso de casación en el fondo que pasa a analizarse.

Se trajeron los autos en relación.

**Considerando:**

**Primero:** Que en el recurso se sostiene que los jueces del fondo, al no dar lugar a la solicitud de regreso inmediato de la menor M. P. R. A., infringieron los

artículos 32 de la Ley N°19.968; y 4° y 13 letra b) de la Convención Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños.

En un primer capítulo del recurso, la parte demandante afirma que los sentenciadores erraron en el proceso de valoración de la prueba, vulnerando el artículo 32 de la Ley de Familia que dispone que ésta debe ser apreciada de conformidad a las normas de la sana crítica. Explica que los jueces resolvieron el asunto prescindiendo de los principios de la lógica, de las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicamente afianzados. Afirma que el fallo recurrido carece de fundamentación lógica en lo valorado y en lo argumentado para fundar su decisión de no retorno de la niña M. P.

Siempre en relación con la prueba, se afirma que los jueces del grado vulneraron el artículo 4° de la Convención antes referida al establecer, sobre la base del tiempo de permanencia en Chile, que éste es el país de residencia habitual de la niña y no Francia. Sostiene que lo anterior es contrario a la lógica y la experiencia, porque lo manifestado por los sentenciadores implica afirmar que una persona que ha vivido en un país por un largo período de tiempo, no podría cambiar su residencia habitual, sin esperar varios años. Manifiesta que la residencia de la menor al momento de la sustracción era Francia, porque era allí donde sus padres querían permanecer, y que esto se prueba con los siguientes hechos: la niña se encontraba matriculada en el país europeo; la madre demandó el divorcio en ese lugar; y ante el Juez francés la requerida afirmó que su voluntad era permanecer en Francia.

En lo que se refiere al artículo 13 letra b) de la Convención Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, previene que no obstante las disposiciones de la Convención, la autoridad requerida no

estará obligada a ordenar el regreso del niño en el caso que se acredite que existe un grave riesgo de que su regreso lo exponga a un peligro físico o psicológico, o de otro modo lo ponga en una situación intolerable, lo que no podía aplicarse porque no se acreditaron en el proceso los supuestos de hecho de la mencionada norma. Alega que, por el contrario, logró establecerse lo beneficioso que resulta el retorno de la niña a Francia.

Termina señalando la manera en que los errores denunciados influyeron en lo dispositivo del fallo.

**Segundo:** Que se han establecido como hechos en la sentencia impugnada los siguientes:

**a.-** M.P.R.A., nació en Francia, el día 6 de octubre de 2008, tiene actualmente 4 años 4 meses de edad, y es hija de don N.R. y de doña J.M.A.V., quienes contrajeron matrimonio con fecha 16 de septiembre de 2006.

**b.-** La menor ha residido más de la mitad de su vida en Chile, muchas veces con motivo de la desavenencia de sus padres, el resto en Francia junto a éstos, registrando sucesivos viajes desde y hacia ese país.

**c.-** Durante su permanencia en Chile la menor fue visitada en contadas ocasiones por el padre.

**d.-** En enero de 2011, las partes deciden reanudar su relación de pareja volviendo la demandada y la hija común a Francia, para retornar a Chile en Agosto de 2011.

**e.-** En este contexto el 8 de octubre de 2011, el demandante N.R. envió un correo electrónico a la demandada por el cual le expresa, que le entrega la custodia de la hija, donde quiera que ésta última se encuentre, a cambio de que ella le de acceso a la niña, que le hablé en francés y que le permita viajar a Francia, sostiene que esta propuesta es honesta y justa para la menor.

**f.-** La demandada y la niña M.P., en definitiva, viajaron a Francia en noviembre de 2011, luego de una nueva

intervención de la Defensora de los Derechos del Niño, a fin de que el padre aportara los pasajes de la niña.

**g.-** En Francia las dificultades comunicacionales continuaron pese a que ambos estaban separados de hecho, al punto que el 20 de diciembre de 2011 la demandada J. A. realizó una denuncia por violencia intrafamiliar psicológica y física, a la que adjuntó un certificado médico de 21 de diciembre de 2011, en el cual el facultativo que la examinó constató hematomas en brazos, antebrazos y piernas, sin otro tipo de especificación.

**h.-** En el juicio de divorcio iniciado por la demandada en Francia, las partes concurrieron a una audiencia celebrada ante el Juez de Familia francés, con fecha 3 de enero de 2012, en la que J. A. expresa que no desea radicarse en Chile. El magistrado que dirige la audiencia, debido a que ambos padres ejercen patria potestad de su hija y por ser conveniente para el interés de la niña, ordena que ésta no salga del país sin autorización de ambos progenitores. Agrega que no parece necesario asentar dicha prohibición en el fichero de buscados.

**i.-** Que de acuerdo al Código Civil francés el padre y la madre ejercen en común la patria potestad de sus hijos (art. 372 inciso 1°); la separación de los padres no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la patria potestad (art. 372-2 inciso 1°)); y que todo cambio de residencia de uno de los padres, en la medida en que modifique las modalidades de ejercicio de patria potestad, deberá comunicarse con la debida antelación al otro progenitor (art. 372-2 inciso 3).

**j.-** La madre, contrariando la legislación francesa y la orden judicial antes referida, abandonó Francia con su hija e ingresó a Chile el día 7 de enero de 2012.

**k.-** Que existe en contra de la demandada una denuncia en Francia, por el delito de secuestro de menores.

**Tercero:** Que los jueces de la instancia decidieron rechazar la demanda y no ordenar el retorno de la menor a Francia. Al efecto estimaron que si bien los hechos referidos en el considerando que antecede hacían procedente la aplicación al caso de la Convención Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños -la requerida J.M.A.V. trajo a Chile a la menor violentado el derecho de tuición de don N. R.- no procedía ordenar el retorno de M. P. R. A., en atención a que se acreditó la concurrencia de la excepción establecida en la letra b) del artículo 13 de la señalada Convención, esto es, que la vuelta de la niña a Francia resultaría intolerable para ésta y constituiría un peligro para su seguridad física y psicológica.

**Cuarto:** Que, en cuanto al recurso de casación en el fondo, cabe tener presente que éste desarrolla tres infracciones distintas, la primera referida a las normas reguladoras de la prueba; la segunda, relativa a la aplicación del artículo 4° de la Convención y la tercera, en cuanto a la concurrencia de la excepción contenida en la letra b) del artículo 13 del instrumento internacional antes señalado.

**Quinto:** Que en lo que respecta a la infracción de las normas reguladoras de la prueba, el recurso deberá ser desestimado porque si bien se denunció la vulneración del artículo 32 de la Ley de Tribunales de Familia, de la lectura del libelo se desprende que lo que realmente se acusó es la errada aplicación de los artículos 4 y 13 de la Convención citada y no algún yerro en el proceso de acreditación de los hechos. En efecto, el solicitante señala que son los razonamientos utilizados por los sentenciadores para rechazar la demanda los que vulneran los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, sin hacer referencia alguna a los medios de prueba agregados al proceso.

**Sexto:** Que el artículo 4° de la Convención Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional determina su marco de competencia al señalar que ésta se aplicará a cualquier niño que haya sido residente habitual de un Estado Contratante inmediatamente antes de la contravención de los derechos de tuición o de visita. Al efecto debe tenerse presente que, sin perjuicio de que los jueces razonaron acerca del lugar de residencia de la menor, en definitiva estimaron que el tratado antes señalado era aplicable al caso, sólo que rechazaron el retorno solicitado, por estimar que concurría en la especie la excepción de la letra b) de su artículo 13, por lo que la recurrente considera inaplicada la Convención referida.

**Séptimo:** Que teniendo presente que son hechos de la causa que la menor M.P.R.A. se encontraba residiendo en Francia junto a su madre en régimen de tuición compartida con don N.R., fue trasladada a Chile por la madre, infringiendo una prohibición judicial de salida que fue notificada de manera personal a ella, corresponde que esta Corte resuelva si el mencionado desplazamiento contraría los términos del artículo 3 letra a) de la Convención Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, por haberse desarrollado para burlar el ejercicio conjunto por ambos padres de la patria potestad, a cuyo respecto, luego de haber dicho la madre que no tenía intenciones de radicarse en Chile, se mantuvo tal régimen legal y se dispuso la medida de prohibición de salir de Francia, la que, no obstante, no se comunicó a la autoridad de inmigración. La madre salió de Francia 4 días después de la audiencia judicial.

**Octavo:** Que, en consecuencia, la controversia, entonces, radica en determinar si los presupuestos fácticos establecidos en el fallo impugnado, referidos específicamente a la situación de la niña en cuestión,

permitían a la jurisdicción nacional, en este caso a los jueces del fondo, en base a lo preceptuado por la letra b) del artículo 13 antes referido, eximir al Estado de Chile de las obligaciones que asumió al ratificar la Convención Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, mediante Decreto N°386 del Ministerio de Relaciones Exteriores publicado en el Diario Oficial de 17 de junio de 1996.

**Noveno:** Que al efecto cabe tener presente que el artículo primero señala que el objeto de la Convención en estudio no es otro que "asegurar el inmediato regreso de los niños trasladados a, o retenidos ilícitamente en cualquier Estado Contratante" y "hacer respetar efectivamente en los demás Estados Contratantes los derechos de tuición y de visita existente en un Estado Contratante". Lo anterior se limita a concretar la finalidad de la Convención implícita en su Prefacio que indica: "Los Estados signatarios de la presente Convención, profundamente convencidos de que los intereses de los niños son de importancia primordial en cualquier materia relativa a la tuición; Deseando proteger al niño, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales de un traslado o retención ilícitos, y de establecer procedimientos para garantizar el regreso inmediato del niño al Estado de su residencia habitual, así como de asegurar protección al derecho de visita; han resuelto concertar una Convención para este efecto".

**Décimo:** Que de lo referido se desprende claramente que el objetivo inspirador de la Convención es la restitución del niño ante retenciones y traslados que puedan afectar el derecho de tuición o de visitas de alguno de sus padres.

En segundo término resulta manifiesto que el procedimiento ante el Estado requerido no tiene como objeto revisar lo que ya ha sido resuelto en sede jurisdiccional,

sino únicamente, verificar si han tenido lugar hechos que constituyen los excepcionales motivos previstos en la Convención para no disponer el regreso del niño.

**Undécimo:** Que teniendo presente lo anterior, para resolver este recurso de casación, corresponde razonar la calificación que ha de darse a los hechos declarados en el fallo referidos en el considerando segundo de esta sentencia, para verificar si configuran la excepción a del artículo 13 b) de la Convención de que se trata.

**Décimo Segundo:** Que la excepción en estudio sólo permite no ordenar la restitución del menor si se comprueba que ello le provocará grave riesgo físico o psíquico o una situación intolerable, lo que deberá ser demostrado en el proceso en que se ha efectuado la solicitud de entrega o traslado. De lo anterior, surge la necesidad de definir en este ámbito los conceptos a los que alude la disposición en cuestión y que permiten alterar la regla general de restitución. En este sentido, el alcance de la norma debe derivarse de las expresiones "grave riesgo" y "peligro físico o psicológico", las que de acuerdo con las acepciones gramaticales de tales vocablos, según el Diccionario de Lengua Española de la Real Academia Española, pueden entenderse como alusivas a situaciones de gran entidad que implican la contingencia, inminencia o proximidad de que se produzca un daño material, moral, espiritual o psicológico. También puede ser consecuencia del carácter "intolerable" de la permanencia en el país requerido.

**Décimo Tercero:** Que los hechos del fallo impugnado, ya citados, no constituyen el excepcional motivo que aplica la sentencia. Si bien es cierto que la causal también se corresponde con el concepto "interés superior del niño", éste no autoriza a que en el país al que se lleve al niño se litigue nuevamente acerca de lo que ha sido objeto de

proceso y de decisión, puesto que la Convención analizada es un instrumento destinado a ejecutar la resolución por habérsela desacatado. Lo que debe ser objeto de este segundo proceso es la concurrencia de las causales ya señaladas. Lo anterior debe entenderse así, precisamente, en interés superior del niño, porque su situación se encuentra resuelta, y porque no merece otro juicio. De esta manera, cuando a propósito de constatar las causales se reproduce el proceso vulnerado por el secuestro, se afecta este principio rector.

**Décimo Cuarto:** Que las razones dadas en la sentencia para justificar la mantención de la niña en Chile no obstante haberse resuelto su situación en la jurisdicción francesa, motivos 5° y 6°, pueden ser razonables para decidir el pleito, pero no lo son para pronunciarse respecto de la aplicación de la Convención, porque importan una cuestión jurídica de naturaleza distinta.

En primer lugar porque se aparta del compromiso de hacer ejecutar lo ya resuelto, cual es el motivo fundante del instrumento. Ninguno de los ratiocinios justifican que si se cumple lo resuelto por la jurisdicción francesa se colocará a la niña en "grave riesgo", "peligro físico o psicológico" o "situación intolerable". Como se ha dicho, son argumentos impertinentes a esta cuestión y pertenecen al juicio de tuición.

En segundo término, el cuidado compartido de la niña no la desvincula de la madre, y la presencia del padre inequívocamente es necesaria. Vivir en Francia no importa para ella "grave riesgo" ni "peligro físico", o al menos no hay hechos probados en este sentido. Lo mismo debe decirse del carácter de intolerable. En la especie, cabe preguntarse qué podría constituirlo.

**Décimo Quinto:** Que así las cosas, el recurso debe acogerse porque no quedaron establecidos hechos que puedan

subsumirse en la causal que autoriza a no decretar el retorno de la niña; y porque en tal situación, al aplicarse falsamente la norma de excepción del artículo 13, letra b, de la Convención Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, se dejó de cumplir la norma del artículo 3 de la misma Convención, a resultas de una errónea interpretación de estos preceptos.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767, 783 y 785 del Código de Procedimiento Civil; y artículos 1, 3, 4, y 13 de la Convención Sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños **se acoge, sin costas, el recurso de casación en el fondo** deducido por la solicitante a fojas 56, contra la sentencia de veintidós de octubre de dos mil doce, que se lee a fojas 50 y siguientes de estos antecedentes, la que **se invalida** y reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente y sin nueva vista.

Acordada **contra el voto** del ministro señor Dolmestch quien estuvo por rechazar el recurso de nulidad impetrado sobre la base de las siguientes consideraciones:

**a)** Que, en opinión del disidente, los jueces recurridos no incurrieron en error de derecho al resolver como lo hicieron, acogiendo la excepción a que se refiere el artículo 13 letra b) de la Convención Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, pues se cumplen en la especie los requisitos para aplicarla.

**b)** Que, en efecto, no es posible asegurar que el traslado de la niña a Francia signifique necesariamente que su madre la acompañe, ya que es un hecho de la causa que ésta fue denunciada a la justicia penal a consecuencia de los hechos que motivaron este proceso. Además, si doña J. M. A. V. decidiera trasladarse a Europa, se vería obligada a vivir a expensas del requirente con el cual ha tenido significativos conflictos, sin que pueda asegurarse que

encontrará trabajo y que el estado francés la subsidiará como afirma el recurrente. Lo anterior implica imponer a la madre un sacrificio que va más allá de lo razonable.

**c)** Que en este sentido surge la necesidad de brindarle a la menor la debida protección y amparo, siendo fundamental el reconocimiento de la relación filial que se ha desarrollado naturalmente entre la demandada y su hija, conforme a la etapa de crecimiento que la misma atraviesa y la importancia que tiene para su presente y futuro el mantener tal vinculación, en términos de no privar a la niña de una vida al lado de su madre y bajo los cuidados cotidianos de la misma, con quien siempre ha estado. En efecto, dicha pérdida o la posibilidad cierta de ello, representa un grave riesgo para la niña, porque dicha situación la expone innegablemente a un peligro, sobretodo psicológico, en el ámbito de su desarrollo personal, por la privación de la figura de apego y contención de la figura materna.

**d)** Que en este orden de ideas, no puede sino concluirse que la posibilidad de que la menor sea trasladada a su país de origen, representa un evento cierto de que sea separada de su madre y que, además, se altere la situación de estabilidad que ha desarrollado en este país junto a ella y su familia, lo que desde la perspectiva en estudio, esto es, siempre desde el punto de vista del interés superior del niño, constituye un riesgo efectivo e inminente de que el desarrollo de la menor se vea afectado o expuesto a una situación intolerable, en los términos previstos por el artículo 13 letra b) de la Convención Sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños.

Redacción a cargo del Ministro señor Haroldo Brito Cruz y de la disidencia su autor.

Regístrese.

Nº 8.727-12.

Pronunciado por la Sala de Verano integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Pedro Pierry A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Sra. Rosa María Maggi D.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintiocho de febrero de dos mil trece, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.