

Santiago, diecinueve de agosto de dos mil veinticinco.

Vistos:

En estos autos RIT C-1396-2024, caratulados [REDACTED]

[REDACTED], seguidos ante el Juzgado de Familia de Concepción, por sentencia de once de diciembre de dos mil veinticuatro, se rechazó la solicitud de restitución internacional en virtud del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de Octubre de 1980, ratificado por Chile en 1994, interpuesta por doña Javiera Verdugo Toro, abogada de la Oficina Internacional de la Corporación de Asistencia Judicial, Región Metropolitana, en representación del Estado de Venezuela y de don [REDACTED], en contra de doña [REDACTED]

[REDACTED] respecto del niño de iniciales S.R.G.C.

Apeló la parte demandante y una sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, por sentencia de dieciocho de febrero de dos mil veinticinco, la confirmó.

En contra de ésta última decisión la misma parte dedujo recurso de casación en el fondo y en la forma, solicitando se la invalide y acto seguido, sin nueva vista y separadamente, se dicte sentencia de reemplazo en los términos que indica en cada caso.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que en el recurso de casación en el fondo se denuncia la infracción del artículo 13 letra b) del Convenio de la Haya de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños y el artículo 7 de la Ley N° 21.430, porque la demandada no acreditó que la restitución del niño al país de residencia habitual signifique una exposición al riesgo, afectación psicológica o una situación intolerable, toda vez que únicamente presentó una denuncia que efectuó en Venezuela, sin dar cuenta de su tramitación o resultado. A su vez, relató violencia y negligencia parental ejecutados por el padre contra su hijo, lo que no fue demostrado, además, los testigos sólo divagaron sobre la buena situación de la madre y del niño en Chile, pero no indicaron hechos de violencia que haya sufrido el niño en Venezuela.

Agrega que llama la atención que mientras el niño vivió en Venezuela, la demandada, alejada de él, no haya efectuado denuncias que den cuenta de algún tipo de abuso o negligencia parental, además, de las entrevistas practicadas



aparece una influencia indebida de la madre, resolviéndose, en definitiva, como si la materia fuera el cuidado personal y no un secuestro internacional, estableciendo la buena situación económica de la madre en el país y las buenas condiciones en las que se encuentra el niño.

Indica que no se está frente a un caso de grave riesgo de que la restitución lo exponga al menor a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera se le ponga en una situación intolerable, teniendo presente que las cuestiones de fondo deben ser debatidas en el país de residencia habitual, en particular, si la demandada pretende un cambio en el régimen preestablecido, no siendo procedente la ponderación del interés superior sobre la base de criterios de integración a un nuevo ambiente, sino que respecto a su situación particular y a la vulneración de derechos que sufrió al ser trasladado de manera ilícita al país que no es el de su residencia y alejándolo de su padre, no verificándose la situación grave e intolerable que exige la convención para rechazar la restitución, máxime si en Venezuela existen diversos mecanismos para hacer efectivos los derechos del niño, debiendo considerarse en una amplia dimensión su interés superior.

Por lo anterior, solicita acogerlo, invalidar la sentencia recurrida y dictar la de reemplazo que acoja la demanda.

Segundo: Que la judicatura del fondo estableció los siguientes hechos:

1.- El niño [REDACTED] nació el 7 de julio de 2016, en el Estado de Monagas, Venezuela. Tenía 8 años de edad a la época de dictarse la sentencia de primera instancia. Es hijo de la demandada, doña [REDACTED], y del demandante, don [REDACTED], todos de nacionalidad venezolana.

2. El padre demandante llegó a Chile desde Venezuela en el año 2018, teniendo como proyecto de familia que se viniera su cónyuge a tal fecha, madre del niño y demandada junto a él. Seguidamente llegó al país el hermano de la demandada, el que residió con el demandante hasta que encontró trabajo en el sur del país. Con posterioridad el demandante regresó a Venezuela en diciembre de 2019 y retornó a Chile en enero de 2020 y volvió a Venezuela en octubre de 2020.

3.- La demandada es médica y llegó a Chile desde Venezuela en el año 2019, regresando a su país a ver a su hijo cada vez que podía. Desde su llegada se ha desempeñado laboralmente en la [REDACTED]

[REDACTED]



4.- En el año 2019 cuando la demandada llegó a Chile, el niño quedó a cargo de su abuela materna hasta el año 2020 cuando el padre retornó a Venezuela, asumiendo su cuidado, asistiendo al Colegio [REDACTED] hasta el año 2023 en que cursó el segundo grado pedagógico.

5.- Por sentencia de 14 de julio de 2022 las partes se divorciaron en su país de origen, en la que también se determina que la patria potestad y responsabilidad de crianza es de ambos progenitores. Asimismo, se otorgó la custodia al padre, fijándose un régimen comunicacional abierto con la madre y manifestando el padre que si la madre reside en Venezuela, le entregará su custodia, decisión que fue apelada por ésta, a la que no se dio lugar, quedando ejecutoriada el 23 de febrero de 2023.

6.- En el ejercicio del cuidado personal, utilizaría un modelo de crianza de tipo autoritario, lo que fue informado por la psicóloga [REDACTED], señalando que el niño le manifestó “que su papá le pegaba con la correa en las piernas cada vez que hacía algo inadecuado”.

7.- La demandada viajó a Venezuela en diciembre de 2023 a fin de mantener relación directa y regular con su hijo, con quien en enero de 2024 se trasladó hasta el país por pasos habilitados, para lo cual utilizó un pasaporte que le fue expedido por la República de Venezuela el 3 de octubre de 2022, con fecha de vigencia hasta el 2 de octubre de 2027, además de un poder amplio que le otorgó el demandante el 11 de junio de 2018, para la realización de cualquier trámite respecto del niño.

8.- La residencia habitual del niño se encuentra en Venezuela, desde su llegada a Chile ha recibido tratamiento psicológico, ha tenido contacto permanente por medios tecnológicos con su padre y familia extensa que reside en su país de origen. En el año 2024 cursó el segundo básico en el Colegio [REDACTED] [REDACTED] donde reside junto a su madre en departamento que arrienda en el sector céntrico de la ciudad, con óptimas condiciones habitacionales. Se ha integrado plenamente a su nuevo ambiente.

9.- El niño manifestó su deseo de vivir con su progenitora y continuar residiendo en Chile, ya que en ciertas ocasiones su padre lo golpeaba.

10.- Mediante Oficio número 001144 de 21 febrero de 2025, del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, Gobierno Bolivariano de Venezuela, se efectuó la solicitud de restitución internacional.



Sobre la base de tales antecedentes la judicatura del fondo tuvo presente que la madre llegó al país junto al niño por pasos habilitados en enero de 2024, quien mantiene pasaporte vigente y autorización del padre expedida el 11 de junio de 2018 para viajar al exterior, sin perjuicio que su residencia habitual es en Venezuela, donde vivía junto a su padre y asistiendo al colegio, debiendo tenerse presente que aquel condiciona la custodia del niño a la residencia de la madre en Venezuela, lo que afecta el derecho a la libertad de movimiento y residencia, agregando que la situación actual del niño en Chile implica que su figura principal de apego ha recuperado su cuidado personal, procurando la satisfacción de todas sus necesidades y una eventual restitución lo expondría a la separación con su madre con grave riesgo a su integridad psíquica y su desarrollo, lo que es concordante con lo dicho por la curadora ad-litem, quien agregó que el mismo niño reconoció maltrato físico por su progenitor, además de ser un hecho público y notorio que el clima social, económico y político en Venezuela no propicia ni garantiza la satisfacción de sus necesidades de manera completa, asimismo, se encuentra plenamente integrado en Chile, contando con tratamiento psicológico por las vulneraciones sufridas en Venezuela, manteniendo contacto por medios tecnológicos con su padre y familia extensa, encontrándose incorporado al sistema educacional chileno, tiene buenas condiciones habitacionales, y además expresó que quiere seguir viviendo con su madre, quien le brinda cariño y contención y cubre sus necesidades materiales, por lo que la restitución lo expondría a un contexto familiar que se desconoce al igual que sus redes de apoyo, y teniendo en consideración su interés superior que implica asegurar el ejercicio de sus derechos fundamentales en la perspectiva del libre desarrollo de su personalidad, tomando en consideración su opinión expresada de manera clara, en el sentido de oponerse a su retorno a Venezuela junto a su padre, cumpliéndose así todos los requisitos previstos en el artículo 13 de la Convención de la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Niños, rechazó la demanda.

Tercero: Que el Convenio sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980, según estatuye su artículo 1°, tiene por finalidad garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y velar porque los derechos de tuición y de visita vigentes en uno de éstos se respeten en los demás, estableciendo en su artículo 3° los casos en que el



traslado o la retención de un niño tendría este carácter, salvo que se configure alguna de las situaciones que facultan a la autoridad judicial del Estado requerido para desestimar la petición del requirente o de un particular, consistente en ordenar el regreso del niño, según se aprecia del artículo 13. En lo referido a las excepciones limitadas a la restitución, los artículos 12 y 13 disponen que las autoridades no estarán obligadas a ordenar la restitución cuando se demuestre (i) que quien la solicita no ejercía el derecho al momento del traslado o retención o hubiera consentido dicho traslado o retención con posterioridad; (ii) hay un riesgo grave de que la restitución exponga al niño o niña a peligro físico o psíquico, y (iii) si el niño o niña se opone a regresar y, a juicio de la autoridad encargada, tiene la edad y la madurez necesaria para que su opinión sea tenida en cuenta.

Los artículos 16 y 19 prescriben que “*Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el Artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Contratante adonde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio*”, y que “*una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia*”, reafirmando la finalidad establecida en su artículo primero. En el mismo sentido, dicho propósito ha sido reconocido recientemente en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 4 de septiembre de 2023, en caso “Córdova Vs Paraguay”, al sostener que “*(...) en el marco de procesos de restitución, las cuestiones de fondo relacionadas con custodia y visitas se reservan para el país de residencia habitual, lo que indica que una solicitud de restitución es diferente a un proceso de custodia*” (Corte IDH, Caso Córdova Vs Paraguay, serie C 505, párrafo 73).

En estos procedimientos, el interés superior del niño o de la niña consiste en que se respete y garantice de manera prioritaria el pleno ejercicio de sus derechos, que en una situación de sustracción internacional es el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente, a tener contacto fluido con el progenitor no conviviente y a un debido acceso a la justicia, comenzando por la determinación de la judicatura competente para determinar cuál es su interés superior en el marco de un conflicto interparental de carácter transfronterizo. (Guía de Buenas



Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, párrafo 74).

De conformidad con lo anterior, el principio del interés superior del niño implica que “*las excepciones al deber de restitución previstas en el Convenio de La Haya tienen que interpretarse de forma estricta*”. (Comité de los Derechos del Niño, J.M c. Chile (Comunicación No. 121/2020), UN Doc. CRC/C/90/D/121/2020, dictamen aprobado el 1 de junio de 2022, párr. 8.6) y no deben resolver cuestiones de custodia ni realizar un “examen integral del interés superior” del niño en el proceso de restitución. En este sentido, los tribunales o las autoridades competentes ante los que se tramita el proceso de restitución deben aplicar las disposiciones del Convenio y evitar intervenir en cuestiones que corresponde sean decididas en el Estado de residencia habitual.

Cuarto: Que, en primer término, es necesario considerar que, como se asentó, la residencia habitual del niño hasta antes del traslado ilícito era Venezuela, es más, desde su nacimiento en 2016 hasta la fecha del traslado en enero de 2024 el niño no había salido del territorio venezolano, no conocía Chile, no estaba arraigado en este país y si bien la madre esgrimió que salió de Venezuela con un poder otorgado por el padre en el año 2018 para la realización de trámites respecto del niño, teniendo por decisión judicial el padre su cuidado personal, la situación descrita se tradujo en un traslado ilícito y no hay duda alguna tal como se establece en los hechos de esta causa, que la residencia habitual era Venezuela.

Quinto: Que, entonces, solo queda determinar si se configura alguna de las excepciones establecidas en el artículo 13 del citado convenio, que permitirían a la autoridad judicial no ordenar la restitución del niño, a saber, si: *a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.*

Sexto: Que la excepción del artículo 13 letra a) no se configura en este caso ya que el padre tenía, por sentencia de 14 de julio de 2022, la cual quedó ejecutoriada el 23 de febrero de 2023, el cuidado personal del niño y la madre, quien por ese entonces residía en Chile, tenía un amplio derecho de visitas.



Además el padre ejercía efectivamente este cuidado personal viviendo con su hijo. Es necesario recordar en este punto que cuando el padre viajó a Chile en 2018 el niño quedó al cuidado de su madre, y que cuando ésta en el año 2019 se vino igualmente a Chile, el niño quedó al cuidado de la abuela materna. Sin embargo, el año 2020 el padre decidió retornar a Venezuela y de inmediato fue a buscar a su hijo para vivir con él, lo que se reconoce por la madre en su declaración y está consignado como un hecho de la causa, por lo cual no hay duda alguna que el padre no solo tenía el cuidado personal sino que lo ejercía de modo efectivo como lo exige el artículo 13 letra a) de la Convención de La Haya.

Séptimo: Que la excepción del artículo 13 letra b), esto es, que “*existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.*”, quedaría configurado para la judicatura de la instancia por el hecho de ser el niño castigado con una correa cuando hacía algo indebido.

Esta letra b) del artículo 13 ha sido largamente analizada por la doctrina nacional e internacional ya que plantea importantes dificultades interpretativas, pues los conceptos “grave riesgo”, “peligro físico o psíquico” o “situación intolerable” resultan indeterminados y, por ello, se hace necesario establecer criterios que permitan interpretar restrictivamente la disposición, conforme a los fines del convenio.

De este modo, se ha entendido que el “grave riesgo” debe ser extremo y muy probable; el “peligro físico o psíquico” y la “situación intolerable” deben ser elevados, serios y actuales. Asimismo, los tres conceptos deben verificarse y la excepción debe alegarse y probarse por quien la alega. (“Sustracción internacional de menores: una visión general” Alfonso Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, España. <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/31/41/10calvocarrascosa.pdf>, Rizik-Mulet, Lucía, “Sustracción internacional de menores: jurisprudencia reciente de los tribunales superiores de justicia chilenos, 29 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 193-234 (2016)”, Pérez-Vera, Elisa, “Informe explicativo sobre las conclusiones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, párrafo 17, pág. 4, disponible en http://www.menores.gob.ar/userfiles/perez_vera_elisa_informe_explanatorio_del_convenio_de_la_haya_de1980.pdf).



También sostiene la doctrina que una de las cuestiones más complejas que suscita este supuesto es la delimitación entre el procedimiento de restitución establecido en el Convenio, y el fondo de la custodia, especialmente en los casos en que el secuestrador es al mismo tiempo, el titular del cuidado del niño. En cualquier caso, debe evitarse que el sustractor se beneficie del ilícito. Debe tenerse presente que el enfoque principal del análisis del “grave riesgo” está orientado a analizar el efecto que tendría en el niño si es restituido a Venezuela y si dicho efecto alcanza el alto umbral de la excepción de grave riesgo, teniendo en cuenta la disponibilidad de medidas de protección para abordarlo. [Guía de Buenas Prácticas sobre el Artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, párrafo. 64]. De este modo, el reproche centrado en el estilo de crianza no constituye una materia que pueda ser resuelta en este procedimiento, que, tal como se indicó anteriormente, no busca determinar con cuál de los padres estará mejor ni a quién se debe adjudicar la tuición o cuidado personal, materias que deben discutirse en el país de residencia habitual del niño, Venezuela.

Entonces, el hecho de ser castigado físicamente por el padre en ciertas ocasiones, por haber hecho algo que no debía, ¿alcanzaría la magnitud del daño que se exige por el Convenio?, o ¿más bien sería un hecho a discutir al momento de determinar la custodia del niño en el lugar de residencia habitual? Llama la atención, en este caso, que si el daño fuera de la magnitud que ya señalamos, la madre, creyendo que su hijo corría un peligro grave junto a su padre, haya permanecido en Chile desde el año 2019 hasta el año 2024 sin hacer valer estos hechos en los tribunales de su país en las ocasiones en que visitó a su hijo antes de traerlo a Chile.

Es claro que estamos de acuerdo en que los niños no deben ser castigados físicamente como método de crianza, sin embargo, en este juicio no se decide sobre donde estará mejor el niño, acerca de quien es mejor padre o madre y quien en definitiva debe tener su cuidado personal, este tribunal solo debe decidir si el niño deberá ser devuelto a su país donde tenía la residencia habitual y someter a sus tribunales la determinación del cuidado personal y del derecho de visitas. De acuerdo a los que se tuvieron por acreditados, que deben permanecer inalterable, no se configura a nuestro juicio la magnitud del daño que se exigiría para aplicar la excepción del artículo 13 letra b) del convenio.



Octavo: El inciso segundo de la letra b) del artículo 13 señala “*La autoridad judicial o administrativa podrá también negarse a ordenar el regreso del niño, si comprueba que él se opone a su regreso, y ha llegado a una edad y a un grado de madurez en las que su opinión merece tenerse en cuenta*”, y el niño fue oído en el juicio a la edad de 8 años, manifestando que quería permanecer en Chile ya que “aquí no me pegan”, si bien es importante lo que señala, es necesario insistir que no se está decidiendo sobre su cuidado personal, solo sobre si debe ser restituido a su país de residencia habitual, y se ha señalado por la doctrina que se puede denegar la restitución si el niño se opone a su restitución, siempre que este haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones (art. 13.b.II) y siempre que pueda expresar libremente sus opiniones, sin coerción ni presiones ejercidas por el secuestrador o el entorno, aquí solo es necesario recordar que el niño ha vivido el último año en compañía de su madre y de sus amigos cercanos, lo que, por cierto, no hace a este tribunal poner en duda lo señalado, pero tampoco se refiere a la grave magnitud de estos hechos.

La Corte Suprema de Kansas en el año 2000 aplicando este convenio señala que el daño físico debe ser siempre elevado y serio, esto no alcanzaría a ser configurado si se alega que en ciertas ocasiones el progenitor solicitante del retorno ha recurrido al castigo corporal sobre el niño. (citado por Alfonso Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, “Sustracción Internacional de menores: una visión general”, Institución Fernando el Católico, <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/31/41/10calvocarrascosa.pdf>).

Noveno: Que, en la especie, por medio de la decisión impugnada, y como producto de una errada interpretación de los hechos y de las normas pertinentes, se impidió al recurrente acceder al amparo que le otorga el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, al denegar la restitución de su hijo a Venezuela y validar el actuar ilícito de la madre, quien utilizando una autorización para traerlo a Chile dada por el padre para otra situación específica, lo mantuvo con ánimo de permanencia, infringiendo el derecho de custodia de aquél, no obstante no concurrir ninguna de las situaciones descritas en los artículos 12 y 13 del Tratado en cuestión, por lo que corresponde acoger el recurso.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se acoge** el



recurso de casación en el fondo deducido por el demandante en contra de la sentencia dictada por una sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, el dieciocho de febrero de dos mil veinticinco, y anulándose la se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista.

Atendido lo resuelto, se tiene como no interpuesto el recurso de casación en la forma.

Redactado por la abogada integrante Leonor Etcheberry C.

Regístrate.

Rol N° 7.157-25

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por las ministras señoritas Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., Jessica González T., y las abogadas integrantes señoritas Leonor Etcheberry C., e Irene Rojas M. Santiago, diecinueve de agosto de dos mil veinticinco.



En Santiago, a diecinueve de agosto de dos mil veinticinco, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.



SHETBXUKESY