

Santiago, cinco de abril de dos mil veinticuatro.

Vistos:

En estos autos RIT C-4091-2022, caratulados [REDACTED] seguidos ante el Juzgado de Familia de Concepción, por sentencia de veintidós de febrero de dos mil veintitrés, 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 jefe de la Oficina Internacional de la Corporación de Asistencia Judicial, Región Metropolitana, en representación del Estado de Colombia, [REDACTED], en contra de [REDACTED]

[REDACTED] respecto de la niña [REDACTED]

Apeló la demandante y una sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, por sentencia de veintidós de noviembre de dos mil veintitrés, la confirmó.

En contra de la última decisión la misma parte dedujo recurso de casación en el fondo acusando la infracción de las normas que indica, y solicita que se lo acoja y se la anule, acto seguido, sin nueva vista y separadamente, se dicte la de reemplazo que acoja la demanda.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que en el recurso se denuncia la infracción del artículo 32 de la Ley N° 19.968 y artículos 12, 13 del Convenio de la Haya de 1980.

En cuanto a la primera infracción, sostiene que la sentencia tuvo por acreditado que el cuidado personal de la niña le corresponde a ambos padres, la que viajó desde Colombia con autorización de ambos progenitores y que el padre, a los quince días de haber llegado a Chile, le avisó a la madre que no la retornaría a Colombia, y, pese a aquello, la sentencia estima que su retención no es ilícita porque él ha asumido plenamente sus cuidados personales de contención y afecto, lo que atenta contra el objeto del artículo 3º del Convenio de la Haya de 1980 que busca determinar cuál es la residencia habitual del niño sustraído antes del traslado, país que puede solicitar su retorno y es la legislación de ese Estado la que se toma en consideración para determinar las reglas de custodia, salida del país, entre otras. Agrega que es imposible concluir correctamente que la retención de la niña es lícita, en base a una revisión de la situación chilena. El padre es quien cuida de la niña en Chile, porque es quien la retuvo en este país de manera irregular.

La segunda infracción la funda en que el tribunal razona que la progenitora demandante no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia de la niña al momento del traslado a Chile, por haber delegado dicha obligación y

responsabilidad en la tía demandada, doña [REDACTED] y por estimar que separarla de sus figuras significativas producirán efectos psicológicos negativos que atentan a su interés superior. Sin embargo, para analizar los cuidados del padre, sostiene que el apoyo prestado por una tía es indicador de un buen cuidado.

La tercera infracción la sostiene en que el artículo 12 del Convenio de la Haya permite rechazar la restitución si ha pasado más de un año y el niño se ha integrado al nuevo país, lo que no ocurre en la especie al haber transcurrido solo diez meses.

Por lo anterior, solicita acogerlo, invalidarla y dictar la de reemplazo que acoja la demanda.

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

1.- La niña Jazmín nació el NUM000 de 2015, en Colombia. Tiene ocho años de edad a la época de dictarse la sentencia de primera instancia. Es hija del demandado, don [REDACTED], y de la demandante, doña [REDACTED] y, sobrina de la demandada, doña [REDACTED], todos de nacionalidad colombiana.

2. El padre se encuentra radicado en Chile desde que la niña tenía dos años. Con fecha 2 de mayo de 2022, autorizó ante notario el viaje de la niña desde Colombia a Chile, hasta agosto del mismo año, por vacaciones. Se indicó que la salida de la niña se realizaría en compañía de doña [REDACTED], y el documento está dirigido a la Unidad Administrativa Especial Migraciones de Colombia, Ministerio de Relaciones Exteriores. El 3 de mayo del 2022, la demandante autorizó el viaje ante la notaría Quinta del Círculo de Manizales, Colombia.

3.- Ambos padres tienen de consumo el cuidado personal de la niña. La autorización del viaje cumple los requisitos de la legislación colombiana.

4.- La niña y su acompañante viajaron desde Medellín, Colombia, por vía aérea, el día 27 de mayo de 2022 y arribaron a Santiago, Chile, el mismo día a las 19:44 horas. Además, tenían pasaje de regreso a Colombia desde Santiago, Chile, para el día 26 de agosto del 2022.

5.- Antes del viaje la residencia habitual de la niña era Colombia, donde vivía junto a la madre y su familia extensa. Durante el año 2022 asistió al colegio en Colombia; la tía demandada fue quien la matriculó en el colegio durante los años 2020 a 2022 y contribuía al cuidado de la niña en ese país.

6.- El demandado, desde que emigró a Chile, mantuvo contacto con la niña en Colombia por medios tecnológicos y envió remesas de dinero para su manutención

7.- Los demandados no dieron cumplimiento a la obligación de retornar a la niña a su país de origen en el plazo acordado, decisión que el progenitor adoptó a

los quince días del arribo de su hija a Chile, ya que no se encontraba en buenas condiciones, descuidada por la madre y no le gustó lo que su hija le expuso.

8.- La niña desde el 27 de mayo de 2022 reside junto al padre, la pareja de éste, la hija de ésta, sus tíos maternos y paternos, en casa arrendada hace tres años, distante a 400 metros de su colegio. Aprobó el año lectivo 2022, fue promovida a tercer año de enseñanza básica.

9.- El cuidado personal y patria potestad les corresponde a ambos progenitores.

10.- El progenitor demandado ha asumido plenamente los cuidados personales, de contención y afecto de su hija, incorporando inmediatamente a la niña al sistema escolar chileno y tramitando su afiliación al sistema de salud pública.

11.- La niña desde su llegada a Chile ha mantenido contacto con su familia extensa tanto paterna como materna.

Sobre la base de tales antecedentes la judicatura del fondo tuvo presente que una supuesta restitución a Colombia expone a la niña a un contexto familiar del que se desconoce la existencia de redes de apoyo efectivo y adulto significativo, lo que podría provocarle un efecto negativo y traumatizante; además, la niña se encuentra viviendo en Chile desde hace aproximadamente diez meses, por lo que su residencia habitual ahora es Chile. Consideró acreditadas las excepciones del artículo 13 del Convenio, porque la progenitora demandante no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia de la niña al momento del traslado a Chile por haberlo delegado en la tía materna demandada, doña [REDACTED], razonó que separarla de sus figuras significativas producirán efectos psicológicos negativos que atentan a su interés superior, y, luego de tener presente la oposición manifestada por la niña en audiencia reservada, se rechazó la demanda.

Tercero: Que el Convenio Sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, suscrita 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 estos 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 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 de la niña hasta antes de la retención ilícita era Colombia, y que como estaba autorizada para viajar desde Colombia desde el 27 de mayo hasta el 26 de agosto de 2022, fecha en que debía volver a su residencia habitual, la situación descrita se tradujo en una retención ilícita.

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 de la niña, 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 judicatura de la instancia sostiene que concurre la excepción del artículo 13 letra a), porque la madre solicitó ayuda a la demandada en el cuidado de hecho de la niña, por ende, no estaría ejerciendo de modo efectivo su cuidado personal. Resulta sorpresiva tal conclusión , pues la niña vivía en la misma vivienda con la madre, la demandada y el resto de la familia materna, y la madre desde que terminó sus estudios tuvo que incorporarse a la vida laboral para mantenerse económicamente y, asimismo, a su hija, por lo que tuvo que pedir ayuda para su cuidado de hecho; no es lo concluido lo que se ha entendido por ejercer el cuidado personal efectivo de un niño, ya que, si fuera así, cualquier madre que requiriera ayuda para el cuidado diario de un niño por acudir a su trabajo, estaría renunciando al cuidado, lo que no es efectivo. Además, esta misma situación la plantea el padre, pues señaló que sale a trabajar todos los días y que la niña queda al cuidado de su actual pareja y de la demandada, y, en este caso, la judicatura lo considera indicador de un buen cuidado; no queda claro, entonces, porqué la misma situación aplicada a la madre es reprobable y aplicada al padre es correcta. Por lo anterior, se entiende que existe una errada interpretación del artículo 13 letra a) del convenio.

Séptimo: Que, asimismo, la judicatura de la instancia estima, respecto a la excepción del artículo 13 b) del Convenio, que también concurre. Debe tenerse presente que el enfoque principal del análisis del “grave riesgo” está orientado a

analizar el efecto que tendría en la niña la posible separación o la falta de cuidado parental si es restituida a Colombia 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 y apoyo de redes para su cuidado no constituye una materia que pueda ser resuelto 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 tutición o cuidado personal, materias que deben discutirse en el país de residencia habitual de la niña, Colombia.

En el mismo sentido, la separación física con el padre y con la tía materna, si bien es una situación que puede causarle sufrimiento, no fueron invocados en la contestación de la demanda en relación a la excepción en análisis y al sostener la sentencia de primera instancia, en su considerando vigésimo segundo, reproducida por la impugnada, que “separar a Jazmín de sus figuras significativas producirán efectos psicológicos negativos que atentan a su interés superior”, se apartó del análisis que implica dicha excepción, porque no se determinó que aquello excedería significativamente el estrés emocional que la niña experimentaría normalmente debido a una restitución y no existe evidencia de que aquello fuera a ocurrir. Por lo demás, una orden de restitución no deriva necesariamente en la falta de contacto de la niña con su padre ni una separación permanente con él, porque -como ya se indicó- los tribunales de su país de origen son los llamados a resolver su cuidado personal y la relación directa y regular que mantendrá con su progenitor no custodio, como parte de una evaluación completa del interés superior en cualquier proceso de custodia tras la restitución.

Octavo: 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 a la 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 hija a Colombia y validar el actuar ilícito del padre, quien pese a contar con una autorización para traerla a Chile por un período determinado, la mantuvo con ánimo de permanencia, infringiendo el derecho de custodia de la madre, 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 la demandante en contra de la sentencia dictada por una sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, el veintidós de noviembre de dos mil veintitrés, y anulándose la se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista.

Regístrate.

Rol N° 251.026-23

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señora Gloria Ana Chevesich R., señores Leopoldo Llanos S., Diego Simpertigue L., y los abogados integrantes señor Gonzalo Ruz L., y señora Leonor Etcheberry C. No firma el abogado integrante señor Ruz, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por haber cesado de sus funciones. Santiago, cinco de abril de dos mil veinticuatro.