

Valdivia, diecisiete de octubre de dos mil dieciséis.

VISTOS:

En estos autos seguidos ante el Juzgado de Familia de Valdivia se dictó sentencia definitiva de fecha veintinueve de julio dos mil dieciséis, que rechazó la demanda principal y demanda reconvenional de cuidado personal; ordenó la apertura de una causa de medida de protección, y reguló el régimen de relación directa y regular entre el padre y el niño. Contra dicha sentencia, el demandante principal interpuso recurso de apelación.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, la Convención sobre los Derechos del Niño posiciona la idea de que los niños tienen los mismos derechos que los adultos, lo que importa considerarlos como sujetos de derechos, con algunas prevenciones especiales referidas al ejercicio de sus derechos, en función de su edad y madurez y de la salvaguarda de los derechos de sus padres y cuidadores. En este sentido, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el derecho del niño que está en condiciones de formarse un juicio propio, a expresar su opinión libremente en todos los problemas que lo afecten, debiendo tenerse en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Lo anterior, exige dar al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial que le afecte, sin que la edad sea un baremo absoluto para limitar el ejercicio de este derecho, pues la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. Asimismo, esta escucha no necesariamente debe ser directa, sino que puede ser a través de su representante, a condición que transmitan correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones. (Observación General N° 12, Comité de los Derechos del Niño, 2009).

SEGUNDO: Que, el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, consagrado en el artículo 12 de la Convención, constituye, por una parte, una manifestación del derecho a la libertad de expresión como representación del libre pensamiento, al regular expresamente el derecho de los niños a ser oídos en todas las decisiones



que puedan afectar su vida futura, y, por otra, un derecho de participación de los niños que no se agota en una o dos actuaciones concretas, sino que debe entenderse como un proceso con permanencia en el tiempo. (Observación General N° 12, Comité de los Derechos del Niño, 2009; VARGAS, Macarena y CORREA, Paula, *La voz de los niños en la justicia de familia de Chile*, en *Revista Ius et Praxis*, Año 17, N° 1, 2011, pp. 177-204).

TERCERO: Que, el artículo 16 de la Ley N° 19.968 erige como principios rectores del contencioso de familia el interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, al disponer que *“esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios basales que los juzgadores que actúen en materia de familia deben siempre considerar de materia privilegiada y principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”*.

CUARTO: Que, el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta se vincula y configura a partir del principio de interés superior del niño, niña o adolescente, entendido como la satisfacción integral de sus derechos, pues no es posible la plena satisfacción de sus derechos sin darle al niño la oportunidad de ser oído. Asimismo, se vincula con el principio de autonomía progresiva, que se refiere al ejercicio progresivo de los derechos del niño en virtud de la evolución de sus facultades, frente al deber de los padres o demás responsables en su caso, de impartir orientación y dirección apropiadas para que el niño ejerza sus derechos. (CILLERO, Miguel, *“El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los Derechos del Niño*, en *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, N° 1, 1999, pp. 45-62; CILLERO, Miguel, *infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios*; Observación General N° 14, Comité de los Derechos del Niño, 2013; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, 24 de febrero de 2012).

QUINTO: Que, además de lo expuesto, cabe tener presente que el artículo 225-2 del Código Civil contempla la opinión del niño como uno de los elementos a considerar para establecer el cuidado personal de un niño, niña o adolescente, mientras que el artículo 229 del mismo cuerpo normativo, lo



relaciona con la determinación del régimen de relación directa y regular con el padre o madre que no ejerce el cuidado personal.

SEXTO: Que, consta en autos que la sentencia definitiva se dictó sin haberse oído al niño P.I.M.G., nacido el 25 de febrero de 2014, en una materia de vital importancia para su vida presente y desarrollo futuro, como es el cuidado personal, infringiendo con ello la normativa citada en los considerandos pretéritos e incumpliendo el deber de otorgar al niño la posibilidad de ser oído en la sustanciación del proceso, lo que constituye un trámite esencial del procedimiento cuya omisión debe repararse por esta Corte, máxime si se considera que el derecho a ser oído integra el derecho de toda persona a un debido proceso, en el que se comprende precisamente el de expresar su parecer. (Excma. Corte Suprema, Rol 124-2015, 18 de agosto de 2015).

SÉPTIMO: Que, asimismo, la aplicación del derecho del niño a ser oído y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, se relaciona con el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, siendo uno de sus elementos esenciales el derecho a la defensa, el que implica la posibilidad y oportunidad de participar en el proceso por medio de alegaciones y pruebas. La regla general en nuestro ordenamiento, es que el citado derecho se ejercite a través de la denominada defensa técnica o letrada, a cargo de un profesional experto y de confianza elegido por las partes, conforme lo dispuesto en la Ley N° 18.120.

OCTAVO: Que, el derecho a la defensa de un niño no puede satisfacerse únicamente con el hecho de oírlo, sino que se requiere que el niño pueda participar activamente en la construcción del caso, y para ello es esencial que ejercite efectivamente su derecho a defensa técnica. En este sentido, la regulación legal del derecho a defensa técnica de los niños ante los Tribunales de Familia, contenida en el artículo 19 de la Ley N° 19.968, parte de la necesidad de defensa autónoma de los niños, pero asociada a la existencia de un “interés independiente o contradictorio” de aquél a quien corresponda legalmente su representación. Luego, la regla general es que la representación radica en el representante legal del niño y excepcionalmente en un curador ad litem. En la especie, consta en causa tenida a la vista RIT T-33-2015, que los padres acordaron ejercer el cuidado personal compartido



mediante transacción aprobada judicialmente con fecha doce de agosto de dos mil quince.

NOVENO: Que, en la presente causa ambos padres han instado por el cuidado personal exclusivo del niño sosteniendo, básicamente, la incapacidad del otro para hacerse cargo del cuidado de Patricio, por lo que existe en la especie un interés independiente de los representantes legales con el del niño. Luego, atendida la posición adoptada por ambos padres y el objeto de la controversia de autos, el referido derecho a ser oído se extiende, necesariamente, a la debida defensa, para lo cual debió designarse un curador ad litem antes de la audiencia preparatoria, lo que no ocurrió, por lo que el presente procedimiento sobre cuidado personal se ha tramitado sin que los intereses del niño se encuentren debida y efectivamente representados, en circunstancias que al juez de la causa le asiste el deber de velar por su efectivo cumplimiento, conforme lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley N° 19.968.

DÉCIMO: Que, conforme se ha venido razonando, se han omitido trámites esenciales del procedimiento, configurándose la causal de nulidad formal prevista por el artículo 768 N° 9 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 795 del mismo cuerpo de normas, texto que, al designar los trámites o diligencias esenciales en primera instancia, utiliza la expresión: "En general" lo que permite entender que la enumeración que en dicho texto se contiene, no es taxativa. (Excma. Corte Suprema, Rol 124-2015, 18 de agosto de 2015).

DÉCIMO PRIMERO: Que, habiéndose incurrido en un vicio de nulidad en la tramitación de la causa, al no haberse otorgado al niño la posibilidad de ser oído en la sustanciación del proceso ni habersele designado un curador ad litem, y conforme lo habilita el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, se invalidará de oficio la sentencia en cuestión, toda vez que ella adolece de vicios que dan lugar a la casación en la forma.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, además de lo latamente expuesto, se observan en la sentencia del grado consideraciones contradictorias, pues en el considerando vigésimo se afirma, como fundamento del rechazo de la demanda principal de cuidado personal, que *"...no existe ningún antecedente que permita a esta sentenciadora establecer que la madre padezca de algún tipo de patología de base que la inhabilite para ejercer el cuidado de su*



*hijo...*”, para luego en el considerando vigésimo tercero señalar, como fundamento de la apertura de una causa proteccional en favor de los hijos de la madre y demandada principal, que “...considerando esta sentenciadora que no existen antecedentes periciales que permitan descartar que padezca de alguna patología que puedan descartar que su comportamiento pueda poner en riesgo la estabilidad física y emocional del niño...”. Consecuencialmente, al contener argumentaciones contradictorias, los citados considerandos se anulan entre sí, por lo cual de suyo, en rigor, la sentencia que se invalida adolece de falta de consideraciones de hecho sobre la demanda principal de cuidado personal. (Excma. Corte Suprema, Rol 32-2004, 26 de octubre de 2004).

Por lo expuesto, normas citadas, y visto además, lo dispuesto en los artículos 3 y 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 5 de la Constitución Política de la República; artículo 786 del Código de Procedimiento Civil; y artículos 16, 27, 67 y 69 de la Ley N° 19.968, se declara:

I.- Que, se INVALIDA, de oficio, la sentencia de primera instancia de fecha veintinueve de julio dos mil dieciséis, y se retrotrae la causa al estado previo a la celebración de la audiencia preparatoria respectiva, debiendo el juez no inhabilitado, en alguna de las etapas del proceso, escuchar directa y debidamente al niño P.I.M.G., así como adoptar las medidas conducentes para asegurar la debida representación de sus intereses, mediante la designación de un curador ad litem, y proseguir el procedimiento hasta la dictación de la sentencia definitiva.

II.- Que, conforme lo resuelto no se emitirá pronunciamiento respecto del recurso de apelación deducido por la parte demandante respecto del fallo invalidado.

Regístrese y comuníquese.

N°Familia-207-2016.



Pronunciada por la SEGUNDA SALA, Ministra Sra. EMMA DÍAZ YÉVENES, Ministra Srta. RUBY ANTONIA ALVEAR MIRANDA y Ministra Srta. LORETO CODDOU BRAGA. Autoriza la Secretaria Titular, Sra. Ana María León Espejo.

En Valdivia, diecisiete de octubre de dos mil dieciséis, notifiqué por el estado diario la resolución precedente. Sra. Ana María León Espejo, Secretaria Titular.

Gabriela Loreto Coddou Braga  
MINISTRO  
Fecha: 17/10/2016 11:43:16

Ruby Antonia Alvear Miranda  
MINISTRO  
Fecha: 17/10/2016 11:43:17

Emma Diaz Yevenes  
MINISTRO  
Fecha: 17/10/2016 11:43:18

Ana Maria Rosa Emilia del Leon Espejo  
Ministro de Fe  
Fecha: 17/10/2016 12:20:55



01372014803334

Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Valdivia integrada por los Ministros (as) Gabriela Loreto Coddou B., Ruby Antonia Alvear M., Emma Diaz Y. Valdivia, diecisiete de octubre de dos mil dieciséis.

En Valdivia, a diecisiete de octubre de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



01372014803334