

Rol: 35252-2016

Ministro: Egnem Saldías, Rosa

Ministro: Pfeiffer Richter, Alfredo

Redactor: Pfeiffer Richter, Alfredo

Abogado integrante: Etcheberry C., Leonor

Abogado integrante: Gómez Balmaceda, Rafael

Tribunal: Corte Suprema Cuarta Sala (Especial)(CSU4)

Partes: M.A.D. y otros con Sin identificar

Tipo Recurso: Recurso de Casación en el Fondo

Tipo Resultado: Anula de Oficio

Fecha: 04/10/2016

Cita Online: CL/JUR/7664/2016

#### Hechos:

Solicitantes interponen recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones, que confirmó el fallo de primer grado, que rechazó la transacción respecto a cuidado personal de menor. La Corte Suprema, actuando de oficio, invalida el fallo impugnado y retrotrae la causa, a fin que se disponga la celebración de una audiencia para que los peticionarios ratifiquen ante el juez no inhabilitado, el contenido de la transacción propuesta

#### Sumarios:

1. En la especie, se ha omitido escuchar la opinión de la niña -de once años- acerca de su parecer respecto del acuerdo al cual arribó su madre y abuelos maternos. En efecto, la sentencia impugnada se dictó sin haberse oído a la menor en una materia de vital importancia para sus intereses, en los que está envuelto, entre otros, su derecho sustantivo a ser cuidada debidamente, al de la identidad, y al vínculo con su madre, cuestión que obedece a una prerrogativa reconocida expresamente por nuestra legislación, desde que el derecho a ser oído, en relación con el reconocimiento a su autonomía progresiva y a la obligación de ser considerada su opinión, integran el derecho a un debido proceso, y, además, constituyen criterios que permiten configurar, en lo concreto, su interés superior. Al respecto, 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. Se añade, que a tal fin, se dará al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte. Dicha disposición, no sólo está debidamente incorporada a nuestro derecho interno, sino, además, por tratarse de disposiciones que consagran derechos que la Constitución reconoce como esenciales, imponen a los órganos del Estado, entre ellos, los pertenecientes al Poder Judicial, el deber de respetarlos y promoverlos. Tal mandato, por tanto, obliga a la adopción de las instancias procesales que los garanticen. En el caso del derecho de familia, este reconocimiento, plasmado de modo imperativo en la Convención indicada, se recoge, además, en la legislación interna, específicamente en el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia -Nº 19.968-, en cuanto principio rector del contencioso de familia (considerandos 3º a 5º de la sentencia de la Corte Suprema). Por otro lado, atendiendo a la edad de la niña -once años-, ésta ya goza de un germen de autonomía, que conforme deviene en su proceso de crecimiento físico, psíquico y social, va progresivamente consolidándose, circunstancia que incumbe ser apreciada y considerada por los sentenciadores. Se reafirma, de este modo, que el deber de otorgar a ésta la posibilidad de ser oída en la sustanciación de los procesos que le atañen directamente, constituye un trámite esencial del procedimiento cuya omisión debió corregir el tribunal de alzada, de modo que, al no hacerlo se ha configurado la causal de casación en la forma del artículo 768 Nº 9 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 800 del mismo Código, texto que, al designar los trámites o diligencias esenciales en segunda instancia, al igual que lo hace el artículo 795 en relación a la primera instancia, utiliza la expresión "En general", lo que permite entender que la enumeración que en tales textos se contiene, no es taxativa. En suma, los jueces del mérito infringieron la debida tramitación del proceso, al dictarse sentencia definitiva omitiendo tal esencial diligencia y trámite formativo del proceso, lo que justifica invalidar de oficio el fallo recurrido y retrotraer la causa a fin que se disponga la celebración de una audiencia para que los peticionarios ratifiquen ante el juez no inhabilitado, el contenido de la transacción propuesta, debiéndose, en alguna de las etapas del proceso, conforme se decida en su oportunidad, escuchar directa y debidamente a la niña (considerandos 6º y 7º de la sentencia de la Corte Suprema)

#### Texto Completo:

Normativa relevante citada Arts. 768 Nº 9 y 800 del CPC; 16 de la Ley Nº 19.968; 12 del D.S. Nº 830, de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores (Convención sobre los Derechos del Niño).

Santiago, cuatro de octubre de dos mil dieciséis.

Vistos:

En los autos RIT T 10 2016, RUC 1620121059 7, del Juzgado de Familia de Melipilla, doña M.P.A.D., conjuntamente con sus padres don A.E.A.F. y doña M.G.D.R., presentaron ante dicho tribunal para su aprobación, la transacción arribada por las partes, mediante la cual, aquella otorga a éstos, la tuición de su hija, la niña M.J.C.A., quien carece de filiación paterna.

El tribunal de primera instancia, por sentencia de veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis, la rechazó.

Se alzaron los solicitantes, requiriendo la revocación del fallo y que en su lugar se disponga la aprobación de la petición.

La Corte de Apelaciones de San Miguel, mediante resolución de trece de mayo de dos mil dieciséis, confirmó la sentencia apelada.

En contra de esta última decisión se dedujo recurso de casación en el fondo, decretándose traer los autos en relación y escuchándose los alegatos efectuados en estrados.

CONSIDERANDO:

Primero: Que, como cuestión previa a toda otra consideración, y conforme con lo dispuesto en el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil y en uso de la facultad allí conferida, esta Corte debe revisar la regularidad formal del procedimiento, puesto que si se advierte alguna anomalía en lo tocante a dicho aspecto, que autorice la casación en la forma de oficio, carece de sentido entrar al análisis de la materia de fondo que se pretende ventilar en el recurso de casación sustancial interpuesto por los demandados, conforme fue expuesto en estrados, al manifestarse la omisión de diligencias esenciales cuyo incumplimiento apareja una conculcación a las exigencias del debido proceso, situación que se hace más delicada atendida la naturaleza de estos antecedentes, que no sólo se enmarcan en un proceso de familia, situación que debe ser especialmente vigilada, sino que además, se desenvuelve a propósito de la determinación de la tuición o cuidado personal de una niña, implicando eventuales afectaciones a sus derechos fundamentales, como el de la identidad, el de ser oído y el de su interés superior.

Segundo: Que, conforme a lo establecido por el artículo 768 N° 9 del Código de Procedimiento Civil, es causal de nulidad formal el haberse faltado a un trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad.

Tercero: Que, en concordancia con lo expuesto cabe señalar que consta del mérito de estos autos que se ha omitido escuchar la opinión de la niña M.J. nacida el 6 de enero de 2005 acerca de su parecer respecto del acuerdo al cual arribó su madre y abuelos maternos, situación que fue advertida por uno de los integrantes del tribunal de segundo grado, disidente de la opinión de la mayoría, quien fue del parecer de corregir tal defecto, proponiendo citar a los solicitantes para que ratifiquen ante el juez el acuerdo, y se escuche a la niña.

Cuarto: Que, como se aprecia, la sentencia impugnada se dictó sin haberse oído a la niña M.J. en una materia de vital importancia para sus intereses, en los que está envuelto, entre otros, su derecho sustantivo a ser cuidada debidamente, al de la identidad, y al vínculo con su madre, cuestión que obedece a una prerrogativa reconocida expresamente por nuestra legislación, desde que el derecho a ser oído, en relación con el reconocimiento a su autonomía progresiva y a la obligación de ser considerada su opinión, integran el derecho a un debido proceso, y, además, constituyen criterios que permiten configurar, en lo concreto, su interés superior.

En lo particular, la Convención Sobre los Derechos del Niño, en su artículo 12 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. Se añade, que a tal fin, se dará al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte.

Quinto: Que dicha disposición, no sólo está debidamente incorporada a nuestro derecho interno, sino que, además, por tratarse de disposiciones que consagran derechos que la Constitución Política de la República reconoce como esenciales, imponen a los órganos del Estado, entre ellos, los pertenecientes al poder judicial, el deber de respetarlos y promoverlos. Tal mandato, por tanto, obliga a la adopción de las instancias procesales que los garanticen.

En el caso del derecho de familia, este reconocimiento, plasmado de modo imperativo en la Convención indicada, se recoge, además, en la legislación interna, específicamente en el artículo 16 de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia, en cuanto principio rector del contencioso de familia, al disponer que, en lo que interesa: "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..."Aquello impulsa al órgano jurisdiccional a impetrar las medidas pertinentes concretas que promuevan el respeto de tales principios.

Sexto: Que, por otro lado, debe considerarse que conforme a la edad de la niña 11 años a la fecha, ésta ya goza de un germen de autonomía, que conforme deviene en su proceso de crecimiento físico, síquico y social, va progresivamente consolidándose, circunstancia que incumbe ser apreciada y considerada por los sentenciadores. Se reafirma, de este modo, que el deber de otorgar a ésta la posibilidad de ser oída en la sustanciación de los procesos que le atañen directamente, constituye un trámite esencial del procedimiento cuya omisión debió corregir la Corte de Apelaciones de San Miguel, de modo que, al no hacerlo se ha configurado la causal de nulidad formal prevista por el artículo 768 N° 9 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 800 del mismo cuerpo de normas, texto que, al designar los trámites o diligencias esenciales en segunda instancia, al igual que lo hace el artículo 795 en relación a la primera instancia, utiliza la expresión: "En general" lo que permite entender que la enumeración que en tales textos se contiene, no es taxativa.

Séptimo: Que, de todo lo dicho, fluye con claridad que los jueces del mérito infringieron la debida tramitación del proceso, al dictarse sentencia definitiva, omitiendo tal esencial diligencia y trámite formativo del proceso, lo que justifica la actuación de oficio de esta Corte, expresamente consagrada por la ley.

Por estos fundamentos, y de conformidad además con lo dispuesto por los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se invalida de oficio la sentencia de trece de mayo de dos mil dieciséis, y se retrotrae la causa al estado previo a proveer la presentación de 22 de marzo de 2016, a fin que se disponga la celebración de una audiencia para que los peticionarios ratifiquen ante el juez no inhabilitado, el contenido de la transacción propuesta, debiéndose, en alguna de las etapas del proceso, conforme se decida en su oportunidad, escuchar directa y debidamente a la niña M.J.

Atendida la vía procesal escogida y lo precedentemente resuelto, se omite pronunciamiento en relación al recurso de casación en el fondo deducido por los demandados.

Acordado con el voto en contra del Fiscal Judicial señor Escobar, quien fue de opinión de no actuar de oficio, sino que, conociendo derechamente del recurso propuesto, acogerlo, invalidando la sentencia impugnada, y dictando una de reemplazo que apruebe la transacción presentada, en razón de los siguientes argumentos:

1. Que, en estos antecedentes, comparecen a madre y abuelos maternos de la niña M.J., de 11 años de edad, quien carece de filiación paterna. Por medio de la presentación que da inicio a estos autos, las partes presentan a la aprobación del tribunal, una transacción por la cual la madre le otorga la tuición de la niña. De este modo, por un lado, no se vislumbra amenaza al derecho de identidad de M.J, quien continuará viviendo como lo ha hecho hasta ahora, con su grupo familiar compuesto por su madre y abuelos maternos, lo que descarta la concurrencia de un vicio u omisión de trascendencia tal, que justifica la actuación de oficio del tribunal.

2. Que, por otro lado, el argumento que motiva la denegación de la pretensión de los recurrentes, reside en una interpretación errada de las normas legales aplicables al cuidado personal de los hijos. En efecto, debe recordarse, que el estatuto legal que trata tal cuestión, modificado por medio de la Ley N° 20.680, establece un sistema de radicación legal del cuidado personal de los niños, que responde a un sistema supletorio, que comienza consagrando tal atribución ambos padres, que viven juntos. En el caso que vivan separados, el artículo 225 del Código Civil consagra como criterio rector, la autonomía de los padres, pues el legislador expresa como primera preferencia, que sean los progenitores quienes acuerden el ejercicio del cuidado personal, sea asignándolo a uno de ellos, o asumiéndolo de manera compartida. A falta de dicho acuerdo, la norma consagra un régimen que respeta el status quo existente, al señalar que los hijos continuarán bajo el cuidado del padre o madre con quien estén conviviendo, privilegiando la manera en que, en los hechos, se ha distribuido esta labor. De este modo, el juez sólo puede, de manera supletoria y ante la falta de concierto, modificar dicha situación fáctica, mediante la atribución del cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicándolo en uno de ellos, en el caso de cuestionarse el cuidado compartido acordado; y, en el caso que sea un tercero que dispute o pretenda ejercer el cuidado de los hijos, se aplica el artículo 226 del cuerpo legal citado, que exige acreditar, en primer lugar, que ambos padres son inhábiles física o moralmente para encargarse del cuidado de sus hijos, pues la inhabilidad de sólo uno, implicaría la atribución de este derecho deber, en el otro, y no en un tercero, de manera que es esencial para que la acción prospere la acreditación de la concurrencia de incapacidad de ambos padres. En segundo lugar, debe establecerse la competencia del tercero que pretende el cuidado principal.

3. Que, sin embargo, el caso materia de autos no se encuadra en el supuesto normativo antes señalado, pues, no existe disputa entre la madre y los abuelos, sino que se acuerda libremente atribuirle a estos últimos el

cuidado personal de M.J., consolidando una situación de hecho existente, lo que hace improcedente la intervención del juez.

4. Que, en efecto, debe recordarse, que no obstante las normas que tratan materia de familia son de orden público y, por lo tanto, indisponibles por naturaleza, el propio legislador abre excepciones, permitiendo y privilegiando en ciertos aspectos la autonomía de la voluntad, que es lo que sucede en la materia en análisis. Pues bien, una de las novedades legislativas que aparejó la reforma procesal al sistema de familia, fue la incorporación obligatoria del trámite de la mediación previa, modalidad autocompositiva de resolución de conflictos, que privilegia las soluciones participativas sobre la base de acuerdos mutuos. Justamente, el legislador establece la obligación de realizar tal trámite en materias relativas al cuidado personal, lo que significa que, en dicha parcela, se le reconoce a los intervinientes la autonomía de la voluntad para disponer extrajudicialmente su atribución. Ciertamente, el artículo 106 de la Ley N° 19.968, no establece diferencias para ello entre los supuestos del artículo 225 y 226 del Código Civil, y como es sabido, donde el legislador no distingue, no le cabe al interprete hacerlo.

5. Que, de esta manera, el fallo impugnado infringe la normativa de fondo referida, haciendo procedente el arbitrio de nulidad sustancial impetrado.

Redacción a cargo del Ministro suplente señor Alfredo Pfeiffer Richter.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros señora Andrea Muñoz S., Ministro Suplente señor Alfredo Pfeiffer R., Fiscal Judicial señor Juan Escobar Z., y los Abogados Integrantes señor Rafael Gómez B., y señora Leonor Etcheberry C.