

© Copyright 2020, vLex. All Rights Reserved.  
Copy for personal use only. Distribution or reproduction is not allowed.

# Causa nº 160/2015 (Familia). Resolución nº 20570 of Corte de Apelaciones de San Miguel, of April 15, 2015

**Resolution Date:** April 15, 2015

**Issuing Organization:** Corte de Apelaciones de San Miguel - Cuarta

**Id. vLex** VLEX-565795026

**Link:** <https://2019.vlex.com/#vid/alan-walter-sebastian-coria-565795026>

**Text**

## Content

- [PRIMERO](#)
- [SEGUNDO](#)
- [TERCERO](#)
- [CUARTO](#)
- [QUINTO](#)
- [SEXTO](#)
- [SEPTIMO](#)
- [OCTAVO](#)
- [NOVENO](#)
- [DECIMO](#)
- [DECIMO PRIMERO](#)
- [DECIMO SEGUNDO](#)
- [DECIMO TERCERO](#)

S.M., quince de abril de dos mil quince.

VISTOS: Se reproduce la sentencia en alzada, Y SE TIENE ADEMAS PRESENTE:

## PRIMERO

Que por el referido fallo se acogió la demanda de restitución internacional conforme a la Convención sobre los Aspectos Civiles del S. Internacional de Niños, deducida por el ESTADO DE CHILE a través de la Seremi De Justicia De La Región Metropolitana y don A.W.S.C.L., en contra de doña P.M.B.S., y consecuentemente a ello, ordenó el regreso a la República Federal

de Argentina del niño F.B.C.B., disponiendo al efecto que el viaje debe realizarse dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que la sentencia quede ejecutoriada, en compañía del padre, don A.W.S.C.L. y de la madre, doña P.M.B.S., o sólo del padre si esta última no lo hiciere, cuyo costo como el de estadía del niño y de su madre son de cargo del padre.

## SEGUNDO

Que en contra de dicha sentencia se alzó la demandada, doña P.M.B.S., solicitando a esta Corte se le revoque y en su lugar se ordene que el niño F.B.C.B. permanezca en Chile junto a su madre.

## TERCERO

Que la recurrente sustenta su pretensión revocatoria, en primer término, en haberse seguido la causa conforme al procedimiento establecido en el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre S. Internacional de Menores y no de acuerdo al procedimiento general regulado en la [ley 19.968](#), con lo cual se afectó su derecho al debido proceso.

También aduce, que no obstante haberse acreditado que en la situación sub lite se configura la circunstancia de excepción al retorno de los menores sujetos a la Convención de que se trata, descrita en el artículo 13 de aquella, especialmente bajo su letra b), el sentenciador consideró que ello no se encontraba acreditado, omitiendo valorar y hacer referencia alguna al Informe Psicológico elaborado por la profesional del ramo que menciona, en el que claramente y por las razones que reseña, se establece que la separación del niño de su madre, importa un grave riesgo de que el regreso del niño a su país de origen lo expone a un peligro físico o psicológico, o de otro modo, en una situación intolerable, vulnerándose el principio rector que orienta cualquier decisión en torno a todo asunto que de algún modo afecte los derechos de los niños, como es su interés superior, pues terminará con el vínculo materno que une a la señora B. con el niño F.B., todo lo cual causará un grave perjuicio al niño, al verse separado de su madre y el entorno social y cultural actual.

Por último, asevera que el fallo en alzada se extiende a puntos no sometidos a la decisión del Tribunal, incurriendo el sentenciador en ultra petita. Ello por cuanto del petitorio de la demanda, la contestación de la misma, el objeto del juicio y los hechos a probar fijados en la audiencia pertinente, es evidente que nada se pide ni dice respecto a que el viaje de regreso del niño a la República Federal de Argentina se realice en compañía de su padre y de su madre, esto es, de ambos litigantes. No obstante lo cual, el sentenciador así lo resuelve, extendiéndose a una materia ajena al debate y juzgamiento, imponiendo a la señora B. la obligación de regresar a Argentina, pese a los informes desfavorables al efecto y limitando gravemente el ejercicio del derecho constitucional de libertad de desplazamiento de la antes nombrada.

## CUARTO

Que por su parte, el representante del Estado de Chile y del señor Coria, solicitó en estrado se

confirme en todas sus partes el fallo atacado, por cuanto no obstante haber pedido en su oportunidad que la causa se sustanciara conforme al procedimiento general establecido en la [Ley 19.968](#), la tramitación de la misma de acuerdo al Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema no ha causado ningún perjuicio a las partes, las que han podido ejercer todos los derechos que el debido proceso les confiere, por lo que se desiste de tal alegación.

A su turno en relación a la concurrencia en la especie de los supuestos contenidos en el artículo 13 letra b) de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, afirma que ellos no fueron acreditados, por lo que tal como lo decidió el señor Juez de la Instancia, el Estado de Chile no se encuentra en la situación de excepción que le exime de la obligación de ordenar la restitución del niño F.C.B..

Por último, en lo que a la ultra petita respecta, sostiene que ello no se produce en la sentencia, pues esta también dispone que el niño pueda viajar únicamente con su padre, si la madre no quiere hacerlo.

## QUINTO

Que de lo expuesto fluye, que el asunto sometido a la decisión de esta Corte radica en determinar si la sentencia adolece de los vicios formales que se denuncian, vale decir si ha sido pronunciada en un procedimiento distinto al señalado en la ley y se ha extendido a asuntos no sometidos a la decisión del Tribunal, y en cuanto al fondo, si en el caso sub lite concurren los supuestos descritos en el artículo 13 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

## SEXTO

Que en cuanto a los defectos formales de la sentencia ya anunciados, pese a no haber sido alegados a través del arbitrio pertinente, esto es del correspondiente recurso de casación, tratándose a lo menos el primero de un vicio que puede acarrear la nulidad de lo obrado, esta Corte se hará cargo de los mismos.

Así, en cuanto a la prosecución del juicio en un procedimiento distinto del señalado en la ley, cabe consignar que conforme lo ha sostenido reiteradamente la Excma. Corte Suprema, con la entrada en vigencia de la [Ley 19.968](#) el 1° de Octubre de 2005, vale decir, con posterioridad a la dictación del Auto Acordado sobre el Procedimiento Aplicable al Convenio de la Haya relativo a los Efectos Civiles del S. Internacional de Menores, el 9 de Octubre de 1998, modificado el 3 de mayo de 2002, se produjo la derogación tácita de las disposiciones de este último en cuanto sean incompatibles con el nuevo estatuto regulatorio. De modo que contemplando la citada [ley 19.968](#) un procedimiento ordinario general, aplicable a todos los asuntos contenciosos cuyo conocimiento corresponda a los Juzgados de Familia y que no tengan señalado otro distinto, este es aplicable a materias como la que aquí se trata, esto es, la sustracción de niños en el ámbito de la referida Convención, entregada primitivamente a los Juzgados de Menores por el aludido Auto Acordado. De lo que se sigue que la tramitación del asunto sub lite debió realizarse bajo las normas del procedimiento ordinario establecido en el Párrafo IV del Título I

---

de la señalada Ley.

## SEPTIMO

Que no obstante lo anterior, del examen del proceso se verifica que este se tramitó de acuerdo a lo estatuido en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema más arriba señalado, lo que podría conducir a la nulidad de todo lo obrado. Tanto así, que ambos contendientes alegaron oportunamente dicho defecto, el que fue desestimado por el juzgador, por las razones dadas al resolver los pertinentes recursos de reposición y en la sentencia que se revisa.

Sin embargo, es preciso considerar que es requisito sine qua non para la declaración de nulidad procesal, la existencia de un perjuicio para una o más de las partes litigantes, situación que no es posible visualizar en este caso, desde que ambos contendientes tuvieron igual oportunidad de dar a conocer sus intereses, derechos, alegaciones y defensas en un procedimiento adversarial, con pleno respeto a la bilateralidad de la audiencia, determinándose como consecuencia de ello el objeto del juicio y los hechos a probar. Asimismo rindieron oportunamente las pruebas que estimaron conducentes y pertinentes a los aludidos intereses, derechos, alegaciones y defensas, las que como se aprecia de la sentencia en alzada, fue valorada en la forma prescrita en la [Ley 19.968](#), esto es, de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

## OCTAVO

Que en consecuencia, teniendo además presente que la Convención Sobre los Aspectos Civiles del S. Internacional de Menores, 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, queda de manifiesto que la deficiencia denunciada, en este caso, carece de relevancia, pues no tiene aptitud invalidatoria, desde que no se ha seguido perjuicio para ninguno de los contendientes. Por el contrario, en este caso, la nulidad del proceso, que ciertamente debiera ser retrotraído al estado de proveerse la demanda, importa un retroceso incompatible con la celeridad que la “restitución inmediata” de un niño amparado por la referida Convención requiere. Motivo por el que se desestimaré el recurso de apelación en esta parte.

## NOVENO

Que en lo que a la ultra petita es atingente, basta con señalar que el acápite II de lo resolutivo de la sentencia que se revisa, junto con señalar que el viaje de regreso del niño se hará en compañía de sus padres, adiciona o sólo del padre en el evento que la madre no lo haga. Lo que imposibilita estimar que el sentenciador se hubiere extendido a asuntos no sometidos a su decisión, sino que dicha decisión guarda relación con la edad del niño, dos años a esta fecha. Razón por la que también se desestimaré este arbitrio por este capítulo.

## DECIMO

Que en lo relativo al fondo del asunto en discusión, se hace necesario anotar que como se ha dicho, de acuerdo al artículo 1° de la Convención más arriba indicada, su finalidad es 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. A su vez, su artículo 3° establece los casos en que el traslado o la retención de un niño tendría este carácter. De otro lado, dicho texto contempla situaciones que eximen a la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido, para “ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que:... b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.”

## DECIMO PRIMERO

Que de lo dicho resulta que dicha causal constituye una excepción al principio de restitución, inspirador del Convenio, mas para que ella pueda prosperar, es necesario el cumplimiento de sus presupuestos, lo que ciertamente conforme a la norma recién transcrita debe acreditarse por quien la invoca.

## DECIMO SEGUNDO

Que en la situación en análisis, es inconcuso que no existe discusión ni controversia en cuanto a que efectivamente concurren las circunstancias descritas en el artículo 3° de la Convención, por lo que como se establece en el fallo en análisis, la permanencia del niño F.C.B., ha de considerarse una retención ilegal. De modo que corresponde determinar si como lo asevera la demandada, se dan los supuestos del artículo 13 de la Convención, que autorizan al Estado de Chile, para no dar lugar a la restitución del niño recién nombrado, o si por el contrario, como afirman los demandantes, ello no ocurre en la especie.

## DECIMO TERCERO

Que al efecto, en opinión de mayoría, los antecedentes allegados con tal propósito, pormenorizados en la sentencia que se revisa, resultan del todo insuficientes, pues se encuentra establecida la retención ilícita del niño por su madre, así como que de acuerdo a la legislación argentina, su cuidado es compartido por ambos padres, por lo que ninguno de ellos puede alterar la situación del hijo común en desmedro de los derechos del otro progenitor. Tampoco logran demostrar que la señora B. y menos aún su hijo, efectivamente hubiere sido víctima de violencia intrafamiliar, ni es posible concluir de los mismos que el regreso del niño en la República de Argentina lo exponga a un peligro físico o psicológico o de otro modo lo ponga en una situación intolerable. Desde que no existen en el proceso antecedentes objetivos ni prueba idónea que permita concluir la existencia de situaciones como las que la ley exige, esto es, de

entidad y que implican la contingencia, inminencia o proximidad de que se produzca un daño material, moral, espiritual o psicológico. Máxime si como quedó asentado en la causa y no fue objeto de controversia alguna, el niño vivió junto a sus padres (ambos) en la ciudad de Mendoza, hasta su última salida con destino a Chile, manteniendo en aquel lugar lazos familiares y sociales, además de estar resguardado en su salud y haber optado sus progenitores porque también tuviera la nacionalidad argentina. Motivo por el que concluyen que tampoco cabe acoger el presente recurso por este capítulo.

En mérito de lo expuesto, y vistos, además lo dispuesto en los [artículos 67](#) y siguientes de la [Ley 19.968](#) y 186 y siguientes del [Código de Procedimiento Civil](#), SE CONFIRMA la sentencia apelada de veinticuatro de febrero de dos mil quince, sin costas del recurso, por estimar esta Corte que la demandada tuvo motivos plausibles para litigar.

Acordada con el voto en contra de la Ministro señora M.S.E.O., quien comparte lo reflexionado y concluido en torno a los defectos formales del fallo que se revisa, mas no así en lo referente a la concurrencia en este caso de los supuestos descritos en el artículo 13 de la Convención más arriba mencionada, respecto de lo cual es de parecer de revocar la referida sentencia y en su lugar rechazar la petición de restitución del niño F.B.C.B. a su país de origen, por las siguientes consideraciones: 1.- Si bien los hechos establecidos en el fallo en estudio, podrían configurar alguna de las situaciones fácticas descritas en el artículo 3° de la Convención sobre Aspectos Civiles del S. Internacional de Niños, específicamente como un traslado o una retención ilícita de un menor, y por ende, eventualmente cumplirse las condiciones para ordenar el regreso del niño a su país de origen, sin embargo, para determinar aquello, es preciso analizar otros aspectos que el mismo tratado contempla, como también, a juicio de esta disidente, lo preceptuado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

2. - Que en cuanto al primero, es necesario señalar que el propio tratado, en su artículo 13, describe las situaciones que facultan al Estado requerido, en este caso, Chile, para eximirse de la obligación de ordenar el regreso del niño F.B.C.B. a su país de origen, entre ellas, la existencia de un grave riesgo de que el regreso del niño lo exponga a un peligro grave físico o psicológico, o de otro modo lo ponga en una situación intolerable; a su turno, en el preámbulo de la segunda se consigna: “Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. Añadiendo en su artículo 3° “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”; también, en el artículo 6° estatuye: “Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”; y, entre otros, en el artículo 27 dispone: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.” De lo que se sigue, que en la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados partes, entre ellos Chile, se obligan a resguardar y asegurar el desarrollo del niño en todos sus aspectos: físico, mental, espiritual, moral y social.
3. - Que en consecuencia, para determinar si un niño se encuentra en la situación de excepción que la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores señala, es preciso tener presente, que es un sujeto de derecho especial, que

goza de garantías adicionales atendida su vulnerabilidad y fragilidad. Destacando entre ellas el principio rector, inspirador y regulador de toda acción o decisión que afecte o pueda afectarle, esto es, el interés superior de aquel, entendido como el real y efectivo resguardo del ejercicio de todos sus derechos fundamentales, posibilitando la mayor suma de ventajas, en todos los aspectos de su vida, tendientes a alcanzar su autonomía y a asegurar el libre desarrollo de su personalidad.

4. - Que de lo dicho surgen como circunstancias que necesariamente deben ser consideradas, el hecho que F.B.C.B., de actuales dos años y medio de edad, desde su nacimiento y hasta la fecha, ha vivido con su madre, permaneciendo al cuidado de esta, primero en este país, luego, desde el mes de vida, en la República Federal de Argentina hasta el 17 de julio de 2014 y desde esa fecha hasta hoy, nuevamente en Chile, desarrollando en ambas naciones redes sociales y afectivas, estas últimas con sus respectivas familias paterna y materna.
5. - Que en la situación en análisis, en opinión de esta disidente, y como lo ha sostenido reiteradamente la Excma. Corte Suprema, reviste especial importancia la edad del niño y su consecuente etapa de desarrollo, en la que evidentemente si bien las figuras paterna y materna son de gran importancia y determinantes para su formación y desarrollo, no puede desconocerse, que salvo situaciones de inhabilidad de la madre, cuyo no es el caso, por razones biológicas y naturales, se produce una especial vinculación entre el hijo y esta última, dada por la existencia de la vida prenatal, que en los inicios del desarrollo humano se presenta como simbiótica, transformándose paulatinamente hacia la independencia, a medida que el niño avanza en su desarrollo. Siendo crucial en la etapa de vida del menor F.B., la presencia de su madre, con la que como se ha dicho, ha vivido y permanecido bajo su cuidado desde su nacimiento; y conforme se indica en el Informe Psicológico elaborado por el Centro de Orientación y Diagnóstico Psico-Social, representa la figura de apego saludable y seguro, fundamental para la formación del niño, en tanto factor de protección y contención. Relación en la que se satisfacen las necesidades físicas, emocionales y psíquicas del niño, desarrollando un sentimiento de seguridad, que facilita la exploración del mundo físico y social por el niño.
6. - Que por lo expuesto, no se puede omitir, obviar o excluir la relación filial que se ha desarrollado naturalmente entre la demandada y su hijo conforme a la etapa de crecimiento que atraviesa y la importancia que tiene para su presente y futuro el mantener tal vinculación, en términos de no privarlo de tener una vida al lado de su madre y bajo los cuidados cotidianos de la misma. De esta forma, la pérdida o posibilidad cierta de ello, representan un grave riesgo para el niño, en cuanto esa situación lo expone innegablemente a un peligro en el ámbito de su desarrollo personal, el que atendida las circunstancias ya descritas, requiere de la figura materna en los términos anotados. Más aun cuando dentro del juicio ha quedado acreditado que el menor se encuentra insertado no sólo en el ámbito familiar materno en nuestro país, sino que también en la comunidad pre-escolar, habiendo quedado asentando, además, que presenta un vínculo significativo con su madre. Todo lo cual se ve refrendado por el informe psicológico ya referido, en el que la profesional que lo suscribe enfatiza en el daño que le produciría al niño la interrupción de la relación con su madre, añadiendo que “el vínculo materno entre el hijo y la madre sólo debe interrumpirse cuando el estilo de apego no es apropiado,...”, lo que no corresponde a lo observado entre Paz y F.. Por lo tanto separar al niño del lado de su

---

madre y abuelos maternos, con quien mantiene un vínculo importante de apego y protección significaría un daño importante en su desarrollo... psicológico y social.” Se agrega a lo dicho, que si bien el fallo impugnado no priva a la madre del derecho de vivir con su hijo, del mérito de los antecedentes allegados, especialmente de los informes psiquiátricos y psicológicos de la señora B. es manifiesto, que por razones de salud, debe permanecer en Chile junto a su familia.

7°.- Que por lo expuesto en los anteriores razonamientos, en opinión de esta disidente, no puede sino concluirse, que la posibilidad de que el menor sea trasladado a su país de origen, representa un evento cierto que sea separado de su madre y familia materna, que con ello termine una vida, redes y afectos que ha formado y desarrollado en este país, 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 que su desarrollo se vea afectado o expuesto a una situación intolerable, en los términos previstos por el artículo 13 letra b) de la Convención Sobre Aspecto Civiles del S. Internacional de Niños. Lo que permite rechazar la petición de restitución inmediata del niño F.B.C.B. a su país de origen.

R. y comuníquese.

Redactada por la Ministro señora M.S.E.O..

ROL N° 160-2015 FAM.

Pronunciada por las Ministros señora M.S.E.O., señora A.S.G. y señora A.M.A.V..

En S.M., a quince de abril de dos mil quince, notifiqué por el estado diario la resolución precedente.