

## DERECHO DE FAMILIA, SUCESORIO Y REGÍMENES MATRIMONIALES

*Leonor Etcheberry Court*

Profesora de Derecho Civil Universidad Diego Portales

RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR EN EL MARCO DE LOS ASPECTOS CIVILES DEL SECUESTRO INTERNACIONAL DE NIÑOS. CORTE SUPREMA, 31 DE DICIEMBRE DE 2008.

Don R.S.A. ciudadano estadounidense, representado por la directora de la Corporación de Asistencia Judicial, solicita se regule un régimen comunicacional en su favor en aplicación de la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños; en relación con el menor C.J.A.S. Dicha acción se dirige en contra de la madre S.E.S.C. El menor de autos tiene en el año 2008, cinco años de edad.

Lo interesante de este fallo es que el demandante no pretende que el menor sea devuelto a su lugar de residencia habitual, sino que pretende que en su calidad de padre del menor, se le fije un régimen comunicacional que le permita tener una buena relación con su hijo, que le servirá como un elemento importante en su desarrollo emocional y afectivo, necesario para su futura actuación como ser humano útil para la sociedad en que viva.

La madre, por su parte, no se opone al régimen en sí, pero quiere

que se desarrolle en Chile y bajo supervisión.

Entre los medios de prueba se acompaña por parte del padre un informe sicológico y un informe de la directora del Centro Comunitario de Terapia, que en síntesis señalan que el demandante no evidencia problemas con el manejo de la ira. Por parte de la madre, se acompaña la sentencia del 25º Juzgado Civil, que condenó al padre a asistir a programa terapéutico en el marco de procedimiento de violencia intrafamiliar, en el año 2005.

El tribunal dispuso un nuevo informe sicológico del menor, la perita fue citada a la audiencia donde señala expresamente:

“el niño no tiene imagen agresiva ni hostil del padre, que la figura de éste le despierta curiosidad”

que

“respecto a la presunta violencia intrafamiliar generada por el padre, tal aserto lo fundó en los dichos de la madre y antecedentes escritos que le

fueron exhibidos y que no hay secuela de interacción violenta con el padre.

Que la relación del niño con su madre es sana y no simbiótica y le permitir vincularse con otra persona de apego, vale decir, su padre.

Que a su parecer esta relación comunicacional debe darse progresivamente, pero en forma sistemática y ordenada en el tiempo, con un contacto que puede darse en forma no presencial, pero también presencial, con acercamiento autónomo con el padre en nuestro país y que una vez generado el lazo afectivo y de confianza permitirá su viaje a Estados Unidos bajo responsabilidad paterna”.

El tribunal de primera instancia, cuya sentencia es ratificada por la Corte de Apelaciones de Santiago, decide que en mérito de las pruebas acompañadas y sobre todo lo señalado por la perita sicóloga, el régimen consistirá en dos semanas en julio y cuatro semanas en enero, debiendo durante el año 2008 y enero de 2009 desarrollarse en Chile, pero sin la necesidad de supervisión. A partir de julio de 2009 se podrá desarrollar en Chile o en Estados Unidos a elección del padre.

Se dedujo por parte de la demandada recurso de casación en el fondo, por infracción al artículo 32 de la ley N° 19.968, en este artículo se señala que la apreciación de la prueba debe

realizarse conforme a las reglas de la sana crítica, lo que implica que no pueden contradecirse los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos afianzados, debiendo hacerse cargo de toda la prueba, incluso de aquélla que se hubiere desestimado.

Según la parte recurrente

“el fallo no ha valorado la totalidad de las probanzas, en especial los informes periciales emitidos por la sicóloga y la asistente social que examinaron la situación del menor y de su madre”.

#### RESPECTO DEL FALLO DE LA CORTE SUPREMA HAY COSAS IMPORTANTES QUE RELEVAR

1. La Corte no se hace cargo del hecho de que el juez de primera instancia no oyó al menor en forma directa, lo cual está contraviniendo el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, el artículo 242 del *Código Civil* y el artículo 16 de la ley de Tribunales de Familia; el juez debe (no es facultativo para él) oír al menor atendiendo su edad y madurez, la cual era posible, ya que fue oído por la sicóloga y la asistente social; el juez pudo haber encontrado lo suficiente allí señalado, pero la ley es clara

en atención a que debe ser oído, pues él directamente podrá hacerse un juicio respecto de los sentimientos del menor hacia su padre, a la posibilidad de estar solo con él, a detectar algún grado de intimidación por su presencia, etc. Lamentablemente el juez no lo hace y la Corte no repara en ello.

Creemos que en nuestro país nos falta mucho aún en cuanto a la obligación de oír a los niños y la forma como hacerlo; pero este tipo de fallos que, incluso, se pronuncia sobre el interés superior del niño, sin tomar en cuenta su voluntad, no ayudan a avanzar en el cumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño.

2. El menor dejó de tener contacto con su padre desde muy pequeño y sólo a partir de la dictación de una medida cautelar esto pudo revertirse. Aquí habría que preguntarse, ¿por qué se produjo esto?, cosa que nadie hace. Después de venirse a Chile con su hijo, la madre adujo un problema de violencia intrafamiliar entre los padres, ante el tribunal, por lo cual el menor no fue devuelto a su lugar de residencia habitual. Esto es algo habitual en nuestro país, que una parte no habiendo denunciado la violencia en su lugar de resi-

dencia, sí lo hace en nuestro país; el tribunal lo acogió y el padre fue enviado a terapia, la cual fue cumplida, pues los antecedentes de este juicio son de hace dos años. Durante ese tiempo es la madre quien debió fomentar las relaciones entre el padre y el hijo, aunque fueran a distancia; dada la edad del menor, que lo hace depender de la voluntad de quien lo tiene a su cuidado, es ella quien tiene la responsabilidad de lograr esta comunicación, sin embargo, lejos de eso fue necesario la dictación de una medida cautelar para poder re establecer el contacto. Con esto queda claro que en cualquier juicio de cuidado personal, uno de los puntos que deben ser tomados en cuenta por el tribunal para decretar este cuidado es cuál de los dos progenitores facilitará la comunicación con el que no tenga el cuidado personal, en este caso, la madre hizo que la relación fuera más distante, quitándole la posibilidad a su hijo de tener una figura paterna tan necesaria para su desarrollo. Lo anterior no fue mencionado ni valorado por la Corte, pues el menor no se ha negado a comunicarse con su padre, sino que, más bien, lo ha idealizado y le provoca curiosidad, no miedo ni angustia.

3. Respecto al interés superior del niño, la Corte lo menciona en su considerando número 9, dando un concepto general del mismo, no adaptado al caso en concreto, aunque se reconozca en el considerando siguiente que así debiera ser, no se comprende cómo puede entender la Corte que el interés superior del niño no ha sido considerado debidamente, si no se establece qué es lo que debemos entender por tal. En este caso concreto, la Corte señala que no es “razonable y lógico” que el menor salga al extranjero dada la edad y las circunstancias en que se ha desarrollado la relación entre padre e hijo y, en definitiva, se inclina en favor de los antecedentes aportados por la madre. Es ella la que ha dado los datos negativos del padre; es la madre la que impidió la comunicación, lo que hizo que la relación paterna fuera distante y que necesite un tiempo para reforzar los lazos, es la madre la que se trajo al niño sin la autorización debida, por lo cual, entender que, después de un año de verse y tratarse sin supervisión en nuestro país, no es suficiente y que esto debe ser nuevamente solicitado al tribunal, es complicar las cosas en demasía. Sería más factible entender que el interés del niño estará mejor protegido si después del año la misma sicóloga que emitió el informe señalara si el menor ya está en condiciones de salir al extranjero, acompañando el documento al tribunal, lo que haría más corta la instancia de la nueva evaluación.
4. La Corte señala que no se habría fallado de acuerdo con los informes periciales, pero estimamos que ello no es así. La sicóloga recomendó la relación con el padre sin supervisión, ya que no detectaba problemas entre padre e hijo y así lo falló también la Corte Suprema, argumentando que debían construirse los lazos afectivos cercanos entre el padre y el hijo, que la madre impidió que se formaran desde la separación, para lo cual la jueza fija un año de plazo, lo cual puede ser suficiente. Pero la Corte estima que no, que cuando cambien las condiciones el menor puede viajar a Estados Unidos; ¿no sería más lógico pensar que después del año esté en condiciones de hacerlo y que sea la madre que reside en el país la que presente una solicitud oponiéndose porque las condiciones no están dadas? De esta forma, también se protege el bienestar del menor y le deja la responsabilidad a quien vive en el país de pre-

## Comentarios de jurisprudencia

5

- sentar la solicitud y no al que se encuentra fuera de él.
5. Si el temor es que el padre retenga al niño en Estados Unidos, lo que es recurrente en todos estos casos, la forma de solucionarlo no es impidiendo que el menor vaya, ni negándole el acceso al padre; una buena comunicación entre las autoridades centrales de ambos países en cumplimiento de la Convención de La Haya haría que el menor volviera cuando así le correspondiera hacerlo.

Creo que debemos valorar el esfuerzo de la Corte por tratar de basar su fallo en el interés superior del niño, pero este debe ser construido con todos sus elementos y no sólo con los que se estiman importantes. Nadie se ha representado qué significa la imagen paterna para este niño, la dificultad de tenerla en todos los menores cuyos progenitores viven en diferentes países, a cargo de quien no pretende facilitar la relación con el otro parente. Creemos que el fallo es correcto al no dar la supervisión de la madre cuando las visitas se realicen en nuestro país, pero creemos que debe ser más acotado respecto a cuándo el menor podrá estar en condiciones de viajar al lugar de residencia de su parente, para comenzar a relacionarse con la otra rama de su familia. Mientras más se alargue el impedimento, más difícil será para el niño adaptarse, por lo cual es mejor fijar una fecha y si las condiciones no son las adecuadas basadas en el

informe sicológico de quien lo vio con anterioridad, presentar la solicitud al tribunal y no al revés, como dice la sentencia dictada por la Corte Suprema.

**DEMANDA DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN MATERIA DE FAMILIA POR EJERCICIO DE MALA FE DE ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN. TRIBUNAL SAN VICENTE DE TAGUA-TAGUA, 22 DE MAYO DE 2007, CORTE DE APPELACIONES DE RANCAGUA, 1 DE ABRIL DE 2008.**

Doña N.E.O.G. y don E.C.B.O. demandan de indemnización de perjuicios en contra de don A.B.S. y de doña R.E.B.S., basados en que los demandados, una vez fallecido don E.B.S., cónyuge y parente de los demandantes, respectivamente, demandaron de impugnación de paternidad y maternidad en contra de los actores, para tener acceso a la herencia dejada por don E.B.S. La demanda fue rechazada en todas sus partes, con costas, lo cual fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Rancagua.

Los demandantes sostienen que, invocando el artículo 197 inciso 2º del CC, se establece en forma concreta la obligación de indemnizar a quien ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada. Para esto, los demandantes señalan y fundamentan cómo se cumplirían cada uno de los elementos de la responsabilidad extracontractual.

Los demandados sostienen que la demandante carece de titularidad ac-