

Santiago, treinta de diciembre de dos mil quince.

Vistos:

En estos autos Rit C-6414-2013, Ruc 1320423842-6, del Tercer Juzgado de Familia de Santiago, caratulados “Henriette/Magnasco”, sobre autorización de salida del país, por sentencia de veintiséis de junio de dos mil catorce, se autorizó la salida del país de los niños Angelina y Adriano ambos de apellido Magnasco Stich, cédula de identidad N°23.292.647-3 y 23.292.623-6, respectivamente, ambos nacidos el día 7 de abril de 2010, junto a su madre Martina Angela Henriette Stich, cédula de identidad N°14.505928-3, con destino a Alemania, a fin de radicarse en dicho país definitivamente, estableciéndose la advertencia de que la sentencia no autoriza a llevar a cabo trámite alguno de adopción respecto de los niños antes individualizados y sin condenar en costas al demandado por existir motivo plausible para litigar.

Contra dicha sentencia, la parte demandada interpuso recurso de casación en la forma y de apelación y una de las Salas de la Corte de Apelaciones de esta ciudad, por sentencia de treinta y uno de diciembre de dos mil catorce, rechazó el primero y confirmó íntegramente el fallo.

En contra de este último pronunciamiento, la misma parte dedujo recurso de casación en el fondo, solicitando su invalidación y la consecuente dictación de una sentencia de reemplazo que deniegue la solicitud de autorización para salir del país de los niños en cuestión.

Se ordenó traer los autos en relación.

Concluida la vista, se llamó a audiencia de conciliación, gestión que no prosperó, quedando la causa en estado de dictarse sentencia.

Considerando:

Primero: Que, el recurrente denuncia como infringidos los artículos 1 inciso 2° y 5, en relación al artículo 5° de la Constitución Política, artículos 3, 5 7 1 9 18 1 v 2 27 2 v 41 de la Convención sobre Derechos del Niño

artículos 16 y 32 de la ley 19.968, artículos 225 y 229 del Código Civil y el artículo 49 de la ley 16.618.

Desarrollando la forma en que, a su juicio, se habrían producido las infracciones denunciadas, el recurrente señala, en primer término, que se transgreden las normas constitucionales que protegen y resguardan a la familia, contenidas en el artículo 1° de la Carta Fundamental, disposición que comprende también a aquella donde el vínculo matrimonial no está presente, como es el caso de autos. En segundo lugar, a través de la remisión expresa que hace el artículo 5° de la Constitución Política, al respeto y promoción de los derechos que se encuentran consagrados en tratados vigentes suscritos por Chile, indica que se han transgredido numerosas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, a saber, los artículos 7.1 y 9.1 y 3, que establecen el derecho de todo niño a tener una familia y vivir en ella y el deber del Estado de velar porque no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, a menos que judicialmente se determine que la separación es necesaria en el interés superior del niño; así como el derecho de éste a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, de manera regular, salvo si atenta contra su interés superior. En similar sentido, menciona que de los artículos 5, 18.1 y 27.2 de la referida Convención se desprende el derecho a que ambos padres o los miembros de su familia ampliada asuman la responsabilidad de su crianza y desarrollo, teniendo como preocupación fundamental el interés superior del niño. Agrega que para reforzar el principio de convivencia familiar, la Convención establece el deber del Estado de colaborar con las familias y promover el ejercicio de los roles parentales, deberes orientados a dar protección al derecho a la identidad del niño, a la asistencia en labores de crianza y a dar efectividad a los derechos del niño, lo que se desprendería de los artículos 8.2, 18.2 y 27.3. En tercer término, señala que lo expuesto va en directa relación con el interés superior del niño principio recogido en el artículo 16 de la ley 19.968 y 3° de la

niño el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales y a posibilitar la mayor suma de ventajas en todos los aspectos de su vida, en perspectiva de su autonomía y libre desarrollo de su personalidad. Indica que se trata de un concepto que debe delimitarse en cada caso concreto y señala a tal efecto distintos criterios que la doctrina ha establecido para hacerlo, aplicándolos a la situación de autos: en el caso de la opinión del menor, sostiene que los niños no fueron escuchados sino a través del psicólogo tratante, quien establece en un informe que ellos reconocen a sus padres como figuras de protección, que la madre es la figura predominante y que la figura del padre se visualiza más en aspectos lúdicos; en cuanto a las necesidades materiales, educativas y emocionales de los niños, refiere que no se ha tomado en cuenta un informe que consta en la causa rol M-119-2014 del Tercer Juzgado de Familia, que daría cuenta que dichas necesidades están cubiertas por el padre; en cuanto a la relación afectiva con sus padres y el posible desarrollo afectivo y psicológico, da cuenta de lo que señalan al respecto los informes psicológicos incorporados en la causa, que, en síntesis, hablan de niños emocionalmente estables y seguros, que han logrado una relación sana y segura con sus padres; en relación al efecto probable de cualquier cambio en la vida actual del niño, indica que la autorización para que los niños de autos se radiquen en Alemania junto a su madre, hará que pierdan la vinculación en forma directa con el padre y que ello influirá en la forma en que perciben el mundo, agregando que además significará el término de la corresponsabilidad entre los padres, principio recogido en los artículos 225 y 229 del Código Civil, en virtud del cual ambos padres participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos, vivan juntos o separados, estando concebido en términos imperativos, en términos tales que no podrán sustraerse del mismo. Desde la óptica de los padres, señala que este principio es orientador y a la vez un fin en sí mismo; desde la óptica de los niños, se perfila como un derecho al cuidado y educación habitual de ambos progenitores a tener

negativo, pero concurrente, señala que se ha entendido que implica el derecho a no ser separado de sus padres ya que el interés del niño es a crecer en compañía de ambos y a que cada uno cumpla su papel, salvo cuando circunstancias especialmente graves autorizan la separación, por su interés, cuestión que no ocurriría en el caso de autos. En cuanto a la posibilidad de que los niños puedan sufrir un riesgo o daño a consecuencia de la situación actual, el recurrente señala que la salida del país entorpecerá la estabilidad y fortalecimiento del vínculo filial padre e hijos y que, en síntesis, los estudios especializados indican la importancia de éste en el desarrollo emocional de los niños, por lo que la separación temprana de los niños respecto de su padre, arriesga sentimientos de pérdida y angustia que podrían generar conflictos en el futuro. Concluye en esta parte, sosteniendo que el fallo impugnado quebranta el interés superior de los niños de autos y vulnera el derecho de los menores a mantener un régimen comunicacional fluido y directo con su padre, refiriendo las dificultades que impone la distancia física para esos efectos, lo que no se compensaría con las ventajas que el fallo asume presenta el traslado a Alemania de los niños.

En relación a la vulneración al artículo 32 de la ley 19.968, que regula la forma de apreciar la prueba en los asuntos de familia, conforme a las reglas de la sana crítica, plantea que ésta se ha producido ya que se ha omitido la referencia de todos y cada uno de los medios de prueba, como por ejemplo, el informe social efectuado por don César Sandoval, donde consta la relación directa y regular que tienen los menores con su padre, prueba que da cuenta de conocimientos científicamente afianzados, y que resulta, a juicio del recurrente, trascendental; entiende que al obviar el proceso de mediación que dio lugar a esta relación se permitió que la sentencia impugnada la valorara sólo en sus aspectos lúdicos, lo que en todo caso no habilita a la madre para alejar a sus hijos del padre. Refiere, además, que existiría una transgresión a las reglas de la lógica puesto que la sentencia impugnada argumentaría que

en el extranjero, no le generaría mayor inconveniente relacionarse con los niños de autos mientras vivan en el extranjero, señala que dicha argumentación no encuentra sustento plausible, atendido que sus hijos se encuentran radicados en Chile y que tal razonamiento no es correcto desde que las proposiciones exigen una vinculación racional, a las que se denomina implicación, equivalencia, consistencia e independencia, elementos que no se han observado, lo que lleva a concluir al recurrente la falta a los principios de la lógica en la valoración de la prueba vertida en el proceso.

Se refiere, finalmente, a la infracción al artículo 49 de la ley 16.618, sosteniendo que esta norma es perentoria y clara en cuanto a que respecto de la salida de un menor, el fallo debe señalar el lapso por el cual el niño viajará, indicando la fecha de regreso a Chile. Señala que ello está establecido para resguardar el derecho del padre a mantener una relación directa, estable y cercana con el menor y debido a la importancia que ello conlleva para la estabilidad emocional del niño. Indica que la sentencia impugnada hizo caso omiso de esta exigencia legal, autorizando a viajar a la madre con sus hijos sin que tengan obligación de regresar a Chile y cumplir con el régimen de relación directa y regular que está establecido en favor del padre en sede judicial a través de una causa de mediación. Indica que la jurisprudencia de esta Corte, respetuosa del artículo 49 citado, ha contemplado la obligación mínima de señalar la fecha de regreso del niño que ha sido autorizado para salir del país y cita algunas sentencias en tal sentido.

Finaliza señalando el modo en que los errores de derecho denunciados habrían influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Segundo: Que los hechos establecidos por los jueces del fondo son los siguientes:

- a) La madre demandante es el referente de sus hijos, la figura predominante o representativa para ambos niños;
- b) Entre el demandado y sus hijos existe una buena relación pero se

- c) Las condiciones para que los hijos de la demandante se mantengan en Chile no son las más adecuadas, tomando en consideración la situación actual de los progenitores;
- d) La salida del país para que los niños se radiquen en el país natal de la demandante importará, en definitiva, que los hijos de la actora puedan alcanzar su máximo potencial, amparado en un sistema que les proporcionará las herramientas necesarias para su desarrollo y circunscrito en el seno de una familia de origen que ha participado en sus diversas etapas de la vida, pese a la lejanía;
- e) Existen elementos suficientes de resguardo para que, mediando la autorización, el padre mantenga el vínculo parental con sus hijos.

Tercero: Que, sobre la base de los hechos así establecidos, los jueces del fondo concluyeron que para los menores Adriano y Angelina, ambos de apellido Magnasco Stich, “la salida del territorio nacional para radicarse en el país natal de la madre de ambos les permitirá alcanzar su mayor realización espiritual y moral posible, lo cual constituye la preocupación fundamental de los padres, según el artículo 222 del Código Civil, norma que está en plena armonía con la Convención de los Derechos del Niño promulgada como ley por Chile, en cuyo artículo 3° se dispone que 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”.

La sentencia impugnada, que hace suya íntegramente la de primera instancia, sostiene que los informes periciales acompañados en autos resultan coincidentes en aconsejar la salida de los menores del territorio nacional, a cuyo efecto destaca algunas conclusiones y consideraciones de los informes evacuados por doña Lorena Tiznado Muller, don Alex Silva Escobar y don César Ignacio Sandoval Avala. En relación al primero destaca que los

figuras materna y paterna, de manera estable y segura, observándose niños emocionalmente estables, tranquilos y seguros, no obstante en la dinámica diaria, la figura a la que recurren en forma espontánea y directa, es la figura de la madre, siendo un elemento importante en el logro del desarrollo afectivo que han alcanzado; la figura del padre, en tanto, si bien se observa presente, es con menor necesidad de requerir de éste la protección y cuidados básicos, percibiéndolo ausente de las dinámicas cotidianas; se hace cargo, además, de una cuestión objetiva observada en dicho informe, cual es que la madre en Chile carece de redes de apoyo familiar y que ante la ausencia de un elemento emocional que pueda alterar a los niños, aparece claro que el cambio de residencia no los perjudicaría en su desarrollo, siempre y cuando puedan mantener el vínculo con su padre, por los medios que sean necesarios, a través de alternativas presenciales o indirectas, considerando los avances tecnológicos. Del segundo informe, destaca que la salida del país de los niños es la mejor opción, atendidas las características y recursos propios de la madre, la presencia y participación activa de una red familiar mayor, la seguridad económica y disminución del estrés que ello significaría para la madre y la disposición positiva de ésta en la necesidad de reforzar el vínculo entre sus hijos y el padre, a través de distintas medidas. Del tercer informe, destaca las conclusiones en cuanto a que la autorización de salida reportaría a los niños Adriano y Angelina diversos beneficios en el plano social, personal y cultural, al insertarse en un país desarrollado a temprana edad, con apoyo de la familia extensa materna, accediendo a competencias educacionales producto de un sistema educativo de reconocida excelencia. El tribunal estimó, a la luz de las pruebas aportadas, que no existe riesgo de alienación parental y que la corresponsabilidad del padre se encuentra suficientemente resguardada.

Cuarto: Que, como ha sostenido reiteradamente esta Corte, los hechos establecidos por los jueces del fondo resultan inamovibles para este tribunal

hubiere incurrido en una violación de las leyes reguladoras de la prueba, lo que no acontece en la especie.

En efecto, el recurrente ha denunciado la infracción al artículo 32 de la ley 19.968, que regula el sistema de valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, sosteniendo la exclusión de ciertos medios de prueba que darían cuenta de una apreciación distinta en relación a la presencia del padre en la vida de sus hijos, y la transgresión a las reglas de la lógica, que habrían llevado al tribunal a concluir que el traslado de los niños no impediría la mantención de la relación y el vínculo con el padre. Sin embargo, del examen de las sentencias de primera y de segunda instancia, se aprecia que se hace un análisis pormenorizado de toda la prueba que aparece incorporada a la audiencia de juicio, conforme al procedimiento que regula este tipo de procedimiento en sede de familia, y a partir de la cual se establece, tocante al aspecto que preocupa al recurrente, que el padre está presente en la vida de sus hijos y que mantiene una sana relación con ellos, aunque no es determinante como modelo de crianza, cuestión que no impide que el tribunal aprecie las ventajas que reporta para los niños viajar junto a su madre a Alemania, considerando que ello no significa eliminar la relación de éstos con su padre, la que, por el contrario, estiman suficientemente resguardada y posible de mantener, a través de otros medios alternativos y teniendo en cuenta, como precedente, la relación entre el demandado y sus hijos mayores cuando se han desplazado a vivir en el extranjero. En cuanto al reproche de haber transgredido las reglas de la lógica, el recurrente no explica en qué consiste – refiere simplemente que la conclusión del tribunal es incorrecta porque se opondría a los elementos de “implicación, equivalencia, consistencia e independencia”– impugnando, en definitiva, al razonamiento de la sentencia que alude a la relación que tuvo el demandado con sus hijos mayores que estuvieron en el extranjero, como muestra de que aquello es posible, lo que ciertamente es una cuestión de valoración de la prueba que al igual que lo

discrepancia con la efectuada por el tribunal, lo que, por legítimo que sea, no es controlable en sede de casación.

Valga recordar que el citado artículo 32 de la ley 19.968 permite que los jueces aprecien la prueba con libertad, fijando como único límite el que “no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”, de manera que si no se denuncia, explica y acredita cuál o cuáles de estas reglas han sido transgredidas y cómo ello se habría verificado, justificando la supuesta infracción a la normativa indicada en meras apreciaciones sobre la valoración de la prueba, como ha ocurrido en la especie, corresponde que ésta sea desestimada.

Quinto: Que, aunque lo anterior debiese implicar, desde ya, la imposibilidad de revisar las supuestas infracciones a las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, en la medida que supongan una variación de los hechos establecidos en el proceso, interesa a este tribunal pronunciarse sobre las mismas. El examen de las disposiciones denunciadas permite agruparlas del modo siguiente: a) aquellas que ponen de relieve la importancia de la familia y el derecho del niño a vivir en ella y a no ser separado de sus padres, salvo que lo aconseje su interés superior, así como el deber del Estado de velar porque aquello se cumpla; b) las que apuntan al derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, de manera regular, salvo si atenta contra su interés superior y vinculado a ello el derecho a que ambos padres asuman la responsabilidad de su crianza y desarrollo y el deber del Estado de colaborar con las familias y promover el ejercicio de los roles parentales; y c) las que se refieren al interés superior del niño, como consideración primordial en la resolución de conflictos en que éste se encuentre involucrado.

Con respecto al primer y segundo grupo, es menester señalar, en forma nrevia que el recurso no indica de qué forma se violentarían las normas

mismas; no obstante, a partir de lo que expone en relación a la forma que las supuestas infracciones habrían influido en lo dispositivo del fallo, se evidencia que el reclamo está basado en que la sentencia afectaría el derecho de los niños a tener una familia, al separarla en vez de fortalecerla y al suprimir la figura del padre, privándolos de un régimen comunicacional con éste, lo que impactaría en su desarrollo, lesionando, al fin, el principio del interés superior.

Desde luego, no es posible transgredir una norma programática como la del artículo 1° de la Constitución Política, que destaca el valor de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y consagra el deber del Estado en relación a su promoción y protección; por otra parte, en la especie, la actividad jurisdiccional se ha abocado a la resolución de un conflicto de una familia – matrimonial o no matrimonial, para estos efectos no tiene importancia y los jueces no hacen ninguna distinción arbitraria en tal sentido – que de antemano ha decidido vivir en forma separada y respecto de la cual no se discute la titularidad del cuidado personal de los hijos por parte de la madre. Si bien las normas que consagran el principio de corresponsabilidad de ambos padres están orientadas a involucrar cada vez más a los dos progenitores en la crianza y educación de sus hijos – vivan éstos juntos o separados – lo cierto es que el cuidado personal de los hijos comprende la facultad de determinar el lugar de la residencia de éstos, en la medida que connota la convivencia del padre o madre con el niño, criterio que, por lo demás, se encuentra recogido normativamente en otra de las Convenciones suscritas por nuestro país, la Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de los niños, que dispone en su artículo 5° letra b) que “El derecho de tuición comprenderá el derecho relativo a los cuidados de la persona del niño y, en particular, el derecho a determinar su lugar de residencia”.

En ese contexto, no le parece a este tribunal que lo dispuesto en el artículo 9.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño se oponga al ejercicio de la facultad de quien es titular del cuidado personal de fijar el

juez especializado en asuntos de familia, que vele porque se resguarde el interés superior del niño, dentro del cual un punto relevante será la mantención de la relación con el padre no custodio, como lo prevé la propia norma citada al referir lo siguiente: artículo 9.1. “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de autorización judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño...”, agregando que tal separación puede ser necesaria, por ejemplo, “por descuido por parte de sus padres, *o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión sobre el lugar de residencia del niño*”. Conviene tener presente, por otra parte, que la Convención, en el artículo siguiente, se pone en el caso que los padres residan en países diferentes – es decir, lo asume como hipótesis probable – y lo que le preocupa es la mantención de la relación del niño con el padre que no lo tiene a su lado. Dice el artículo 10.2. que, “*El niño cuyos padres residan en Estados diferentes, tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres.*”.

En consecuencia, será necesario conciliar estas cuestiones, en términos que la residencia del niño no reste injerencia al padre no custodio en el ejercicio de los derechos y deberes en que ambos progenitores han de participar, como por ejemplo, poder incidir en su educación o en la adopción de otras medidas importantes en la vida del niño. Si bien resulta evidente que la decisión de establecer la residencia de un hijo o hija en el extranjero implicará mayores esfuerzos para viabilizar la participación del padre que no vive con el niño, no es una medida que se oponga *per se* al principio de corresponsabilidad, en particular si se considera el gran aporte que en la actualidad significan la nuevas tecnologías de la comunicación.

Lo antes señalado es suficiente para desestimar la infracción de las

en las letras a) y b) ya referidas. En efecto, no debieran verse perturbados por la medida tomada por los jueces del fondo, en relación a la salida de los niños, el derecho a tener un nombre y una nacionalidad y a preservar el derecho a la identidad, (artículos 7.1 y 8.2), como tampoco la responsabilidad que tienen ambos padres de impartir orientaciones a sus hijos de acuerdo a la evolución de sus capacidades (artículo 5), ni la responsabilidad en la crianza y desarrollo de los niños (artículo 18.1), en la medida que existen diferentes mecanismos a través de los cuales es posible hacer efectiva la comunicación regular entre el padre no custodio y sus hijos. Por otra parte, contrario a lo que parece suponer el recurrente, la salida de los niños para continuar viviendo con su madre en Alemania, se enmarca en lo que dispone el artículo 27.2. por él denunciado, en la medida que se ha establecido como un hecho de la causa que esa nueva condición permitirá a la madre proporcionar a sus hijos, mejores condiciones de vida de las que pueden disponer en nuestro país.

Sexto: Que, capítulo aparte merece lo relacionado con una supuesta infracción al interés superior del niño, cuestión sobre la cual el recurrente se exploya conceptualmente y realiza un ejercicio de análisis a partir de distintos criterios que la doctrina ha venido consolidando para determinar su concurrencia en cada caso concreto. Al respecto, este tribunal no puede sino coincidir con la definición de que este interés se debe determinar en el caso concreto, pero, precisamente por eso y porque depende de la ponderación de una serie de situaciones de hecho, es que este tribunal de casación –cuya competencia se encuentra circunscrita al control de la aplicación del derecho– no puede abordar ese análisis, a menos que se acredite un uso irracional de las reglas de la lógica, máximas de la experiencia o conocimientos científicamente afianzados, cuestión que no aparece en la especie, del examen de la sentencia impugnada. En efecto, los razonamientos de los jueces del fondo, destacados sintéticamente en el motivo tercero de la presente sentencia, dan cuenta de un ejercicio reflexivo de los antecedentes del caso que tiene en

interés superior de los niños de que se trata. Pretender una nueva revisión de aquello, implica correr el riesgo de sustituir, simplemente, la decisión alcanzada por los jueces del fondo por las preferencias o convicciones personales de estos juzgadores, excediendo el mandato legal que le entrega competencia para conocer de un recurso de estricto derecho como es el de casación.

Séptimo: Que, finalmente, cabe pronunciarse sobre la pretendida infracción al artículo 49 de la ley 16.618, que el recurrente funda, básicamente, en el hecho que la sentencia impugnada no habría respetado la exigencia contenida en dicha norma, de establecer un plazo dentro del cual los niños debieran regresar a Chile, sosteniendo que no sería posible otorgar la mentada autorización de salida, en forma definitiva, con fines de radicación en el extranjero.

Al respecto, conviene transcribir previamente la norma en comento. Conforme al artículo 49 citado:

“La salida de menores desde Chile, deberá sujetarse a las normas que en este artículo se señalan, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley 18.703.

“Si la tuición del hijo no ha sido confiada por el juez a alguno de sus padres ni a un tercero, aquél no podrá salir sin la autorización de ambos padres, o de aquel que lo hubiere reconocido en su caso.

“Confiada la tuición a uno de los padres o a un tercero, el hijo no podrá salir sino con la autorización de aquel a quien se hubiere confiado.

“Regulado el derecho a que se refiere el artículo 229 del Código Civil por sentencia judicial o avenimiento aprobado por el tribunal, se requerirá también la autorización del padre o madre a cuyo favor se estableció.

“El permiso a que se refieren los incisos anteriores deberá prestarse por escritura pública o por escritura privada autorizada ante un Notario Público. Dicho permiso no será necesario si el menor sale del país en compañía de la persona o personas que deben prestarlo

“En caso de que no pudiera otorgarse o sin motivo plausible se negare la autorización por uno de aquellos que en virtud de esta artículo debe prestarla, podrá se otorgada por el juez de menores del lugar en que tenga su residencia el menor. El juez, para autorizar la salida del menor en estos casos, tomará en consideración el beneficio que le pudiera reportar y señalará el tiempo por el que concede la autorización.

“Expirado el plazo al que se refiere el inciso anterior, sin que el menor injustificadamente vuelva al país, podrá el juez decretar la suspensión de las pensiones alimenticias que se hubieren decretado.

“En los demás casos, para que un menor se ausente del país, requerirá la autorización del juzgado de letras de menores de su residencia”.

Octavo: Que, si como se ha dejado establecido en motivos anteriores, el cuidado personal o la tuición de un niño menor de edad, comprende la facultad de determinar el lugar de la residencia del niño – en la medida que supone la convivencia de éste con quien lo tiene a su cuidado – no procede limitarla por la vía de exigir el establecimiento de un plazo dentro del cual el niño deba regresar al país, en el evento que el titular de la custodia determine radicarse en el extranjero, puesto que ello implicaría, derechamente, un obstáculo que anula su ejercicio y, por ende, una situación que habría debido ser regulada como una causal de término o cese del cuidado personal confiado al titular. Como ello no ocurre y no existe, por otra parte, una norma que prohíba a quien tiene el cuidado de sus hijos radicarse en el extranjero, siendo además una hipótesis consultada o prevista en la propia Convención de los Derechos del Niño el que los padres residan en Estados diferentes, una interpretación lógica y sistemática de las normas involucradas en la materia conduce, necesariamente, a establecer que el plazo a que alude el referido artículo 49 inciso sexto, de la ley 16.618, no se aplica en la hipótesis en estudio. El plazo que naturalmente está implícito, no es otro que el de la mayoría de edad del niño o adolescente o incluso aquél en que él mismo tenga su propia opinión

sobre el punto, conforme a los presupuestos del principio de autonomía progresiva consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Lo anterior, no significa, ciertamente, que la autorización solicitada para ese efecto no deba someterse a la ponderación sobre los beneficios o ventajas que el traslado de residencia conlleve para el niño, desde que para adoptar sus decisiones el juez siempre deberá atender, como consideración primordial, al interés superior del niño, conforme lo establecen los artículos 222 y 245 inciso final, ambos del Código Civil y artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, el juez habrá de tomar en consideración la mantención de la relación con el padre no custodio, velando porque se establezcan mecanismos idóneos para una comunicación regular, no obstante la distancia física, lo que puede comprender el regreso periódico al país del niño o adolescente, o la visita de éste al lugar de residencia del niño con la frecuencia que sea del caso, entendiendo que la mantención de dicha relación – salvo excepciones calificadas que el juez habrá de determinar – es parte de lo que hace al interés superior del niño.

Noveno: Que, atendido lo que se ha venido reflexionando, el juez a quo deberá citar a las partes a fin de introducir las adecuaciones que se estimen necesarias al régimen comunicacional existente.

Décimo: Que, habiendo hecho los jueces del fondo una correcta aplicación de las normas denunciadas, no cabe sino desestimar el recurso de casación en estudio.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 764, 765 y 767 del Código de Procedimiento Civil, **se rechaza** el recurso de casación en el fondo interpuesto por el demandado en contra de la sentencia de treinta y uno de diciembre de dos mil catorce.

Sin perjuicio, el juez a quo dará cumplimiento a lo señalado en el motivo noveno, previo a dictar el cúmplase.

Se previene que el Ministro Sr. Juica no comente el considerando

tiempo y forma por la parte interesada. Y en cuanto al rechazo de la infracción referida al artículo 32 de la Ley N° 19.968 denunciada en el recurso, tiene únicamente presente para ello, que dicha norma no constituye una ley reguladora de la prueba, puesto que el legislador ha entregado el escrutinio probatorio en este tipo de procedimientos a la ponderación que con libertad puedan arribar los jueces de la instancia, atributo que no es revisable por la vía de la nulidad sustantiva, aparte que, además, los conceptos de lógica, experiencia y conocimientos afianzados se obtienen sólo de manera racional y no sobre requisitos o condiciones fijadas *a priori* por la ley. La desatención a dichos aspectos valorativos que determinan un torcido ejercicio de la razón o sea fruto de irrealidades que deriven en falsedades o inexactitudes, devienen consecuentemente en ausencia de fundamentos cuya sanción es la nulidad formal, lo que no ocurre en este caso, y que constituye un remedio procesal distinto al promovido por la recurrente.

Redactó la ministra Andrea Muñoz Sánchez.

Regístrese y devuélvase.

N°2.252-2015

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Milton Juica A., Guillermo Silva G., señora Andrea Muñoz S., señor Carlos Cerda F., y el Ministro Suplente señor Julio Miranda L. No firma el Ministro señor Silva y el Ministro Suplente señor Miranda, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar en comisión de servicios el primero y por haber terminado su periodo de suplencia el segundo. Santiago, treinta de diciembre de dos mil quince.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a treinta de diciembre de dos mil quince, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.