

Santiago, nueve de abril de dos mil doce.

Vistos:

En estos autos, RIT N° C-1414-2009, RUC N° 0920381504-K, del Juzgado de Familia de Colina, seguidos entre don Alejandro Wilson Almendra y doña Alexandra Esteva Rivero, por sentencia de once de febrero de dos mil once, que se lee a fojas 17 y siguientes de estos antecedentes, se rechazó la demanda de cuidado personal entablada por el primero, manteniéndose el cuidado personal de los niños Guillermo Arturo, Oliver Andrew y Eduardo Felipe, todos Wilson Esteva, radicado en la madre de éstos.

Se alzó la parte demandante y una sala de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, por fallo de veinte de julio de dos mil once, que se lee a fojas 88 bis, confirmó el de primer grado.

En contra de esta última decisión, el demandante dedujo recurso de casación en el fondo que pasa a analizarse.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que por el presente recurso se denuncia la infracción de los artículos 222, 225, 226 y 1698 del Código Civil, 42 de la ley N°16.618, 16 y 32 de la ley 19.968, artículos, 3, 8 y 12 de la Convención Internacional de Derechos del Niño y artículos 1°, 19 N°1, 2, 3 y 7 de la Constitución Política de la República. Se argumenta, en primer término, que se ha prescindido de estas normas relativas a establecer el derecho de los menores a vivir bajo el cuidado personal de su padre en circunstancias que el interés superior de los niños lo hacía pertinente. Añade que los Jueces del fondo deben tener en especial consideración los deseos y sentimientos de los niños, su edad y su madurez, por lo que la opinión de ellos era relevante y no puede soslayarse. Así se estableció en el procedimiento un trastorno bipolar de la madre que genera en ella estados depresivos y euforias y, consecuencia de ello, se genera daño psicológicos y de relación con sus hijos. En este mismo sentido, sostiene que los jueces no han respetado las normas sobre interés superior del niño al haber interpretado desacertadamente el principio supeditándolo al interés de la madre. Añade que se han infringido las normas de la sana crítica pues los jueces han descartado el informe psiquiátrico sin argumento técnico sólido, no obstante haber quedado acreditado que la madre padece de una enfermedad

del ánimo, enfermedad seria y que afecta profundamente las relaciones interpersonales, lo que constituye un conocimiento científicamente afianzado. Finalmente, indica que se infringen las normas constitucionales mencionadas, en la medida que imponen la obligación de propender al fortalecimiento de la familia.

Segundo: Que la acción ejercida en autos es la de cuidado personal de los niños Guillermo Arturo, Oliver Andrew y Eduardo Felipe, todos Wilson Esteva, la que se ha fundado en que la madre de los niños les daría malos tratos, lo que habría generado en los menores sentimientos de desprotección y abandono, asimismo, se ha invocado también la existencia de problemas de convivencia con la pareja de la demandada, y finalmente, la falta de preocupación o descuido materno en el cuidado y crianza de sus hijos lo que estaría ocasionando consecuencias en la estabilidad de ellos.

Tercero: Que los jueces del fondo estimaron que la prueba rendida no fue suficiente para formar convicción en el tribunal sobre la existencia de alguna causal de inhabilidad que impida a la demandada continuar ejerciendo el cuidado personal de los menores de autos como tampoco habría resultado propicia para acreditar la existencia de otra causa calificada que sea de tal entidad que permita desplazar el cuidado de los hijos de las partes al actor.

Cuarto: Que, al efecto, útil es anotar que el artículo 224 del Código Civil, establece que corresponde de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos. Este es un deber genérico, comprensivo de todos los que corresponden a los padres respecto de sus hijos, como responsabilidades que derivan precisamente de la filiación y que deben cumplirse teniendo como preocupación fundamental el interés superior del hijo, en conformidad con el inciso segundo del artículo 222 del Código Civil. Los derechos y deberes que comprenden el cuidado personal, suponen una convivencia habitual entre padres e hijos. El derecho - función de tener a los hijos menores en su compañía se encuentra indisolublemente ligado a su guarda y custodia, lo que implica una comunidad de vida con ellos.

Quinto: Que si los progenitores viven separados, trátase de filiación matrimonial o no matrimonial, cabe distinguir entre guarda legal, la convencional y la judicial. En efecto, el legislador en el artículo 225 del Código Civil, previene que “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado

personal de los hijos”, lo anterior supone la inexistencia de acuerdos o pactos que alteren la citada regla. La convención sobre el cuidado de los hijos es solemne, debe constar por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial de Registro Civil y subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

Sexto: Que, en el caso de autos, los padres de los menores no han celebrado una convención acerca de su tuición, por lo que, en este contexto, la madre tiene por ley el cuidado personal de sus hijos, salvo que sea privada de ello por inhabilidad o porque el interés superior del niño haga necesario alterar esta regla.

Séptimo: Que la decisión judicial, de acuerdo a lo previsto en los artículos 225, incisos tercero, 226 y 228 del Código Civil, tiene lugar en las siguientes situaciones: a) cuando el padre o la madre en quien se ha radicado el cuidado personal de los hijos, los maltraten; b) cuando el padre o la madre en su caso, descuide a los hijos; c) cuando respecto de cualquiera de ellos concorra “otra causa calificada”; d) cuando el padre o la madre hubiere abandonado al hijo; e) cuando a cualquiera de ellos afecta una inhabilitada física o moral. Estas reglas deben relacionarse con el artículo 42 de la ley N°16.618. Si bien el legislador señaló causales específicas en virtud de las cuales es dable modificar la norma legal, también consultó como situación genérica “otra causa calificada”, es decir, cuando se determina que es conveniente para el niño privar a la madre de su cuidado para entregarlo al otro progenitor o a un tercero.

Octavo: Que el artículo 42 de la Ley de Menores previene que para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral: 1°) cuando estuvieren incapacitados mentalmente; 2°) cuando padecieren de alcoholismo crónico 3°) cuando no velaren por la crianza, el cuidado personal o la educación del hijo, 4°) cuando consistieren que el hijo se entregue en la vía o en lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio; 5°) cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; 6°) cuando maltraten o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad, y 7°) cuando cualesquiera otra causas coloquen al menor en peligro

moral

o

material.

Noveno: Que la interpretación armónica de las citadas normas permite concluir que el juez de la causa puede modificar la convención de las partes y aún desatender la regla del inciso segundo del artículo 225 del Código Civil, estando obligado a respetar la limitación establecida por el legislador. En efecto, sólo podrá confiar el cuidado del niño al otro padre cuando el interés del menor lo haga indispensable y no podrá resolverlo cuando éste no hubiere contribuido a su mantención mientras estuvo al cuidado del otro progenitor pudiendo hacerlo.

Décimo: Que como esta Corte lo ha dicho en otras ocasiones, en estas materias debe tenerse siempre en consideración el interés del niño, como principio fundamental e inspirador del ordenamiento jurídico nacional, de relevancia transversal en la legislación de familia y de menores. Así lo dispone, por lo demás, el artículo 16 de la Ley N°19.968 y aún cuando constituya un concepto indeterminado, cuyo alcance se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que consiste en el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, para procurar el cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales.

Dicho principio se identifica con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derechos, identificándose de esta manera “interés superior” con los derechos del niño y adolescente. Si bien se encuentra presente y se proyecta en todo el sistema jurídico, al erigirse como una garantía de amplitud tal que obliga no sólo al legislador sino que a todas las autoridades e instituciones y a los propios padres, interesa de sobre manera el aporte que tiene en el ámbito de la interpretación, al constituir una norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna.

En este sentido, cobran especial interés los efectos que el referido principio produce en el marco de las relaciones parentales, en las que, por un lado, se encuentra el derecho y responsabilidad de los padres de cuidar y educar a los hijos y por otro, la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, lo que limita las facultades o roles de los padres, precisamente por interés superior de los menores, en aras de la

satisfacción integral de sus derechos.

Undécimo: Que no obstante la trascendencia antes anotada del principio en estudio, los jueces del fondo no le han dado la relevancia pertinente, pues se han limitado en sus consideraciones a preferir determinadas probanzas para reconocer, por sobre toda otra motivación, el derecho legal de la madre a ejercer el cuidado de los hijos en caso de separación, reduciendo la cuestión a descartar existencia de inhabilidad por parte de la progenitora o de causa calificada para privarla del cuidado personal de sus hijos, sin atender a la condición de los niños, como sujetos de derechos de especial protección por el legislador.

Duodécimo: Que tal proceder desconoce la importancia que dicho principio reviste en la resolución del caso en el que ha debido tenerse en especial consideración la situación de los menores -la que conforme a los antecedentes que emanan del fallo atacado- revela sentimientos de inseguridad, desprotección y vulnerabilidad en los ámbitos inherentes al desarrollo de su personalidad, producidos estando su cuidado bajo la titularidad de la madre, lo cual aparece en los informes periciales psicológicos en los que los menores Guillermo y Eduardo manifiestan, en común, descuidos maternos como falta de satisfacción de sus necesidades básicas o demasiada demora en procurar dicha satisfacción. Por su parte, el menor de todos, Oliver, si bien es el único que tiene una opinión positiva de su madre, ha evidenciado, bajo la custodia materna, un estilo depresivo con predominio de una baja autoestima, con tendencia a la dependencia, debilidad en sus recursos personales, hipersensibilidad y sentimientos de desprotección y minusvalía.

Que lo anterior se ve reforzado por lo expresado por los propios niños en audiencia reservada y aún cuando esta Corte comparte que tales declaraciones no implican en modo alguno que la decisión de los sentenciadores se vea subordinada o limitada a dicha manifestación, no es menos cierto que al ser coincidentes con otros antecedentes que emanan del proceso, y a los que se ha hecho referencia precedentemente, constituyen una prueba suficiente de que existe una causa calificada, en razón del principio de interés superior del niño, para concluir que los menores deben quedar al cuidado de su padre. Para lo anterior se tiene presente, además, el principio de autonomía progresiva que emana del artículo 12 N°1 de la Convención Internacional de Derechos del

Niño cuando señala que: Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. En la especie, los menores de autos tienen edades entre 11 y 15 años, lo que permite presumir según las máximas de la experiencia, que se trata de niños que tienen la madurez suficiente para opinar sobre los asuntos que les conciernen

Además, cabe tener presente que el mayor de los hijos Christopher ya se encuentra bajo el cuidado personal del padre desde antes del inicio del este juicio y que el menor Guillermo, luego de visitar a su padre en virtud del régimen comunicacional establecido, no quiso volver a casa de la demandada. Sin perjuicio, no existe antecedente alguno que demuestre que los niños de autos manifiesten disgusto con la idea de vivir con su padre, por el contrario, todos destacan la seguridad y protección que les ofrece y el cumplimiento de reglas y horarios en sus quehaceres básicos como su alimentación y educación.

Décimo tercero: Que, así las cosas, aún cuando en el caso sub lite no se han establecido inhabilidades por parte de la madre para ejercer el cuidado de sus hijos, los jueces del fondo debieron considerar el interés superior de los niños y en este aspecto que las circunstancias reseñadas en el motivo anterior, constituyen causa calificada y suficiente a la luz de lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 226 del Código Civil, para determinar que los menores se mantengan bajo el cuidado de su padre, por sobre el derecho que le asiste a su madre en orden a hacerse cargo de su crianza, porque en las particulares condiciones de vida de los niños, la satisfacción plena de sus derechos aparece garantizada de mejor manera al lado y bajo el cuidado de su progenitor.

Décimo cuarto: Que de lo que se viene de decir, fuerza es concluir que los sentenciadores recurridos, al decidir como lo hicieron, incurrieron en errónea aplicación del artículo 225 inciso tercero del Código Civil, en relación con el artículo 16 de la ley N°19.968, puesto que han decidido sin atender debidamente al interés superior de la menor, desconociendo la existencia en el caso, de una causa calificada que hace procedente la entrega de su cuidado al

padre, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo en estudio, desde que condujo a los jueces a revocar la sentencia de primer grado y a rechazar la acción intentada.

Décimo quinto: Que, conforme lo señalado, se hace innecesario pronunciarse respecto de las demás infracciones denunciadas, puesto que el recurso intentado será acogido respecto de las infracciones consignadas.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 766, 767, 768, 783 y 785 del Código de Procedimiento Civil, **se acoge, sin costas, el recurso de casación en el fondo** deducido por el demandante a fojas 89, contra la sentencia de veinte de julio de dos mil once, que se lee a fojas 88 bis, de estos antecedentes, la que **se invalida** y reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente y sin nueva vista.

Acordada contra el voto del Ministro señor Juan Fuentes Belmar quien fue de opinión de rechazar el recurso de casación en el fondo deducido por el demandante a fojas 89, contra la sentencia de veinte de julio de dos mil once, que se lee a fojas 88 bis, invalidarla y, en su lugar, dictar sentencia de reemplazo confirmando la decisión de primer grado, por estimar que no se acreditaron los errores de derecho denunciado, en virtud de los siguientes fundamentos:

1.- Porque fue un hecho asentado en el proceso que no se acreditó inhabilidad ni causa calificada que impida a la madre ejercer el cuidado personal de sus hijos.

2.- Que en cuanto una supuesta vulneración de las normas de la sana crítica, en este sentido cabe consignar que las alegaciones planteadas por el recurrente, implican un cuestionamiento de la valoración que de los diversos elementos allegados al proceso hicieron los sentenciadores y de las conclusiones a que sobre dicha base arribaron. En efecto, se pretende una nueva ponderación de los medios de convicción allegados a la causa, acorde con la posición jurídica que el demandante ha mantenido en el juicio, lo que no resulta procedente de ser planteado por la vía intentada, sobre todo si se tiene presente que lo que el recurrente ha denunciado no constituye realmente un quebrantamiento a la sana crítica, esto es, a las normas de la lógica y máximas de la experiencia, el que, por lo demás, tampoco se evidencia que se verifique

en la especie, al tenor de los razonamientos y consideraciones que sustentan la decisión de los referidos jueces.

3.- Que en todo caso la pretendida falta de ponderación de determinados medios de prueba y/o la carencia de fundamentos y consideraciones que se le imputan al fallo atacado, constituirían vicios formales, cuyo reclamo no resulta procedente de ser planteado por esta presente vía.

4.- Que de otro lado, cabe tener presente que el interés superior del niño constituye un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, el cual no se advierte que haya sido vulnerado por los sentenciadores, al decidir como lo han hecho, puesto que éste junto con el derecho a ser oído el menor, han constituido precisamente los fundamentos sobre la base de los cuales los jueces del fondo han fundado su decisión de rechazar la demanda. Por lo demás, el bienestar que le reportaría a los niños el ser objeto de una tuición a cargo del padre, no es un presupuesto establecido en el fallo impugnado, en el cual precisamente se ha concluido que lo mejor para ellos es permanecer bajo el cuidado y protección materna, sin perjuicio, de que conforme al régimen de relación directa y regular fijado, se facilite el contacto de los menores con su padre.

En este mismo sentido, no escapa a la observancia de este disidente, que los reiterados y no superados conflictos entre las partes han permitido que se desarrolle en sus hijos el síndrome de alineación parental en su favor, dividiendo los intereses de los hermanos, lo cual debe ser superado con ayuda profesional como lo han decretado los sentenciadores del grado.

Por otro lado, también se advierte de los mismos informes periciales y antecedentes del proceso, que el actor ha fomentado y cultivado el incumplimiento de las resoluciones judiciales que han reglado, hasta ahora, las relaciones entre las partes y sus hijos.

5.- Que, por otra parte, la decisión adoptada por los jueces del grado, respeta la regla de orden natural prevista en el artículo 225 del Código Civil, en orden a que la crianza de los hijos, en caso de separación de los padres, corresponde a la madre, puesto que un régimen como el que el recurrente pretende, significaría una alteración de dicho mandato legal, sin que existan motivos que lo justifiquen, como sería si ésta estuviese afectada por inhabilidad o el interés de la propia menor así lo aconsejare.

6.- Que a lo anterior, cabe agregar que los sentenciadores con su decisión no han vulnerado los principios y derechos reconocidos en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, desde que se han limitado a aplicar el derecho interno, acorde con dicho instrumento, respetando, en consecuencia, las acciones y procedimientos previstos por el legislador nacional en la materia.

Redacción a cargo del Ministro señor Juan Fuentes Belmar.

Regístrese.

N°8377-11.-

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Patricio Valdés A., señoras Gabriela Pérez P., María Eugenia Sandoval G., señor Juan Fuentes B., y el Ministro Suplente señor Alfredo Pfeiffer R. No firma la Ministra señora Pérez, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con licencia médica. Santiago, nueve de abril de dos mil doce.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a nueve de abril de dos mil doce, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.