Fallo:

Santiago, veinte de noviembre de dos mil veinte.

Vistos:

En estos autos RIT C-2167-2018, RUC 1820069922-9, del Primer Juzgado de Familia de Santiago, sobre cuidado personal, por sentencia de veintidós de abril de dos mil diecinueve, se acogió la demanda intentada por don M. A. S. G. en contra de doña S. P. O. C., otorgándole al primero el cuidado personal de sus hijos F. A. y V. A., ambos de apellidos S. O., actualmente de 16 y 12 años de edad, estableciendo un régimen de relación directa y regular entre estos y su madre.

Se alzó la demandada y una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de treinta y uno de julio de dos mil diecinueve, la revocó y en su lugar desestimó la demanda, radicando el cuidado personal definitivo de F. y V. en su madre, estableciendo un régimen comunicacional entre estos y el actor.

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

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurrente denuncia la infracción de los artículos 3, 8 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño, en relación al artículo 16 de la Ley N°19.968; artículo 32 de este último cuerpo legal; artículo 225-2 del Código Civil, artículo 12.1 y 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 16 letra d) de la Convención sobre eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer, pues la sentencia impugnada rechazó la demanda a pesar del interés de los hijos, actualmente de 16 y 12 años de edad, de mantenerse en las actuales condiciones, esto es, viviendo junto a su padre en la residencia familiar, lo que vulnera su interés superior, habiéndose acreditado que el actor cuenta con todas habilidades parentales para ejercer su cuidado, no incorporando la sentencia ninguno de los criterios referidos por el legislador, en el artículo 225-2 del Código Civil, para resolver su

pretensión, basándose exclusivamente en una apreciación subjetiva, que desestimó la opinión de los niños que así lo manifestaron tanto en sede judicial, en audiencias reservadas, como extrajudicial, tal como fue lo constatado en todos los informes periciales y en la misma sugerencia del Curador Ad Litem y la Consejera Técnica, que da cuenta que tienen un criterio formado, entendiendo plenamente las consecuencias de su opinión.

Lo anterior, agrega, constituye una vulneración de las reglas de la sana crítica, pues no existe antecedente alguno que permita concluir que vivir con su madre será más beneficioso, sin cumplir con criterios legales contemplados en el artículo 225-2 del Código Civil para la determinación del cuidado personal.

Agrega que no haber tomado en consideración la opinión de F. y V. vulnera lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, pues tienen un juicio propio, sin que se haya considerado su interés en un asunto tan relevante que afecta su vida, debiendo integrarse su opinión en la valoración de los antecedentes al momento de resolver.

En un segundo capítulo denunció infracción de las reglas de la sana crítica contempladas en el artículo 32 de la Ley N°19.968, señalando que el fallo impugnado efectuó una errónea valoración de los informes periciales, revocando el fallo de mérito sobre la base de hechos que no se tuvieron por acreditados, omitiendo señalar, en forma específica, cuáles fueron los medios de prueba que los llevó a desestimar la demanda, máxime si los informes periciales incorporados dan cuenta que la madre tiene un desempeño parental insatisfactorio, sin contar en la actualidad con las condiciones adecuadas para ejercer el cuidado de sus hijos, siendo necesario que se someta a un tratamiento psiquiátrico y psicológico, atendida sus reacciones emocionales y conductas inadecuada en relación a sus hijos.

Luego de hacer mención a la manera en que estos errores tuvieron influencia en lo dispositivo del fallo, solicitó invalidar la sentencia impugnada, dictándose, acto seguido y sin nueva vista, una de reemplazo que acoja la demanda de cuidado personal de sus dos hijos, en los términos solicitados.

Segundo: Que, para una adecuada resolución del asunto, resulta necesario consignar los hechos que fueron establecidos por la sentencia. A saber:
1.- Las partes contrajeron matrimonio el 29 de agosto de 2003, producto del cual nació, el 12 de enero de 2004, F. A., y el 9 de septiembre de

2008, V. A., ambos de Apellidos S. O., de actuales 16 y 12 años de edad, respectivamente.

2.- Durante la vida en común, F. y V.estuvieron siempre al cuidado de su madre, quien asumió personalmente esa labor, hasta el momento del cese de la convivencia matrimonial, la que se vio abruptamente interrumpida a inicios del año 2018, por las acciones del padre en orden a obtener la salida de ella del domicilio por vías de hecho.

3.- La demandada fue denunciada por su cónyuge como autora de violencia intrafamiliar, vive actualmente en la comuna de Providencia, en el domicilio de sus padres -los abuelos maternos de los niños- manteniendo los hijos y el padre residencia en el inmueble familiar, en la comuna de Lo Barnechea, cercano al establecimiento educacional al que asisten.

4.- La demandada cuenta con competencias parentales adecuadas para ejercer el cuidado personal de sus hijos, no ejerce malos tratos ni es violenta, siendo el área de competencia parental formativa evaluada como óptima en cuanto a favorecer los ejes respectivos de sus hijos, respondiendo a las particularidades de cada uno, asimismo, procura disciplinar a los menores estableciendo normas y límites a través del diálogo y que ellos mismos logren asumir la responsabilidad de sus actos; con respecto al padre, estas competencias se encuentran en un nivel adecuado pero no son óptimas.

5.- Los informes periciales concluyen que la adolescente y el niño no evidencian indicadores de un daño asociado a maltrato, sino que su sintomatología deriva de haber estado expuestos a conflictos derivados de la relación de pareja de sus padres. V., presenta sentimientos de ira hacia su madre, identificándola como culpable del quiebre familiar producto de una situación de infidelidad, percibiéndose en él una relación ambivalente con su figura, en ocasiones la aprecia y en otras la rechaza, refiriendo información no acorde a su edad.

Sobre la base de los hechos asentados, la sentencia concluye, en primer término, que los presupuestos fácticos que fundamentan el accionar del demandante (que la madre es maltratante y agresiva con sus hijos) no han sido acreditados. Reitera que conforme consta de los antecedentes, se tuvo por acreditado que la madre asumió personalmente el cuidado de sus hijos desde su nacimiento hasta el cese de la convivencia, la que se produjo por la judicialización realizada por el padre de conflictos familiares, lo que hizo invisibilizando los efectos que estas decisiones acarrearon en sus hijos, exponiéndolos inapropiadamente a conflictos

conyugales, entregándoles información no acorde a su edad y a su rol filial, soslayando su bienestar y la posibilidad de procurarles un entorno acorde con su edad y sus necesidades de contención, exteriorizando conductas concretas de riesgo para sus hijos.

En relación a los criterios contenidos en el artículo 225-2 del Código Civil, tocante a aquellos contenidos en las letras a) y b) relativos a la vinculación afectiva de los hijos con sus padres y la aptitud de éstos para garantizarles el bienestar y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, respectivamente, se estiman analizados a la luz de los hechos establecidos; en relación a la actitud de los padres para cooperar con el otro, destaca que la madre ha cooperado con el proceso que involucra a los niños, no pudiendo agregarse nada a propósito del padre, dado que mantiene el cuidado provisorio de los hijos. Respecto del domicilio y mayores posibilidades económicas del padre, señala la sentencia que estos factores no deben condicionar la decisión que se tome en la materia.

En cuanto a la opinión de los niños, señala que lo que ambos manifiestan es que quieren mantenerse viviendo en su casa, y que la adolescente expresa derechamente querer estar con su madre en ella; el niño expresa sentimientos encontrados en relación a la madre, atendida la situación vivida y la exposición del padre.

En tales condiciones, agregó que no se visualiza por qué la madre no pueda mejorar con el tiempo sus habilidades parentales si se somete a una intervención terapéutica, con el fin de resguardar de menor manera el interés superior de F.y V., habida cuenta que es la que mayor tiempo ha pasado con ellos, dispensándole mayor atención y cuidado.

Finalmente, concluyó que la decisión del fallo de primera instancia que dio lugar a la demanda resultó insuficientemente fundado, pues no permite comprender su razonamiento, conforme a las reglas de la sana crítica, máxime si se toma en consideración la actitud del padre al momento de la ruptura matrimonial, por lo que, prescindiendo de las mejores condiciones habitacionales y económicas del actor, considera adecuado que el cuidado personal de F. y V. se radique en su madre, estableciendo un régimen comunicacional con el demandado.

Tercero: Que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N°19.968, "Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de

toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos de modo de contener el razonamiento utilizados para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia".

Como se advierte, la regla de valoración de la prueba contenida en la norma antes transcrita, no solo requiere que la apreciación se ajuste a los principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados, sino que exige que en su fundamentación se haga cargo de toda la prueba, incluso de aquella que hubiere desestimado, debiendo indicar las razones por las cuales no han sido consideradas.

Del análisis de la sentencia impugnada, sin embargo, se observa que ésta basa su decisión en un determinado informe pericial que resulta favorables a la demandada, sin confrontarlo con la restante prueba rendida en autos, omisión que la deja desprovista de la necesaria fundamentación que exige la regla de apreciación conforme a la sana crítica.

En efecto, para establecer las competencias parentales de la demandada, que califica de óptimas y superiores a las del demandante, el fallo se basa en lo consignado en el informe pericial de la señora C. O., señalando que "si bien existen informes que controvierten la conclusión de esta profesional, a esta Corte le parece relevante esta conclusión, en función de los otros elementos consignados en los restantes informes, que permiten ponderar las competencias parentales en los términos que ha sido expresado. Tal conclusión se ve corroborada por la opinión especializada del doctor E.G.".

Dicha omisión no se subsana con el hecho que más adelante la sentencia se refiera a otros dos informes (de la Oficina Infanto Juvenil de Lo Barnechea y de Neofam), de los cuales destaca la actitud del padre al haber entregado información a sus hijos vinculada al quiebre matrimonial con su madre, ya que de igual forma deja de ponderar, derechamente, los informes a que la propia sentencia alude y que referían conceptos sobre las competencias parentales de la madre contrarios a los contenidos en el que la decisión descansa.

El yerro cometido tuvo una influencia decisiva en lo dispositivo del fallo, prueba de ello es que llevó a la revocación de lo resuelto en primera

instancia, por lo que el recurso debe ser acogido en relación a este capítulo.

En relación al reproche consistente en no haber tomado en consideración la opinión de F. y V., es menester señalar que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra el derecho del niño a ser oído, estableciendo que los Estados Partes deben garantizarles si están en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten, teniéndose debidamente en cuenta su opinión, en función de su edad y madurez; y que, con tal fin, se les debe dar la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que les incumba, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. La Observación General Nº12 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, por su parte, dispone medidas que deben aplicarse para garantizar la observancia del derecho del niño a ser escuchado, de acuerdo al contexto de que se trate; y condiciones básicas para su observancia. También se refiere al derecho de que se trata la Observación General N°14 del mismo comité, en el sentido que la evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto de su derecho a expresar libremente su opinión y a que se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Así, se sostiene que el derecho de los niños a ser oídos en todas las decisiones que puedan afectar su vida futura, se debe entender como uno de participación que debe ser interpretado en consonancia con el principio del interés superior y el de la autonomía progresiva. ("La voz de los niños en la justicia de familia de Chile", Macarena Vargas Pavez y Paula Correa Camus, en Revista Ius et Praxis, año 17, N°1, 2011, p.177-204).

Como la doctrina ha sostenido, tomar debidamente en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes impone conferir un "especial peso" a su opinión y a las preferencias expresadas en su caso. No se refiere a que se deba resolver de la forma en que el niño quiere, pero a la hora de sopesar las distintas alternativas de solución a un conflicto debe conferirse un mayor peso relativo a la escogida por él.

La autonomía progresiva, a su turno, se encuentra reconocida en el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece la obligación de los Estados parte de respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres o de quienes estén encargados del niño, de impartirle dirección y orientación apropiadas en consonancia con la evolución de sus facultades, para que este ejerza los derechos reconocidos en la Convención.

Así, se puede convenir en que ésta consiste en el reconocimiento de la titularidad de los derechos en las personas menores de edad y de su capacidad progresiva para ejercerlos "de acuerdo a la evolución de sus facultades". Es decir, a medida que aumenta la edad, aumenta el nivel de autonomía y de autodeterminación del niño ante su propia existencia, disminuyendo simultáneamente el poder del mundo adulto para imponer decisiones heterónomas.

Cuarto: Que, en el caso que nos ocupa, tanto F. como V. en las diversas instancias judiciales y extrajudiciales, esto es, en las audiencias reservadas, declaración en informes periciales y a su curador ad litem, manifestaron su interés de continuar viviendo en las mismas condiciones actuales, esto es, en el inmueble que siempre ha servido de residencia familiar y junto a su padre, lo que recoge la sentencia de primera instancia en el motivo octavo, al analizar los criterios del artículo 225-2 del Código Civil. No obstante, la sentencia impugnada suprime íntegramente dicho motivo, y sostiene una cosa distinta, estableciendo, en cuanto a la opinión de los niños "que lo que ambos manifiestan es que quieren mantenerse viviendo en su casa y que la adolescente expresa derechamente querer estar con su madre en ella; el niño expresa sentimiento encontrados en relación a la madre, atendida la situación vivida y la exposición del padre".

Por lo tanto, al decidir la sentencia impugnada respecto del cuidado personal de F. y V., sin respetar verdaderamente lo que significa el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y el principio de autonomía progresiva, en los términos previamente expuestos, se infringió lo dispuesto en los artículos 3, 5, 9 y 12 de la Convención de los Derechos del niño.

Quinto: Que dicho error de derecho influyó en lo dispositivo del fallo, ya que condujo a desestimar la demanda intentada por el padre para obtener el cuidado personal definitivo de sus hijos y, en tal circunstancia, procede hacer lugar al recurso de casación en el fondo, en los términos que se indicarán.

Sexto: Que, atendido lo razonado, se omitirá pronunciamiento respecto de los restantes errores de derecho denunciados, por ser innecesario.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 764, 765, 767 y 785 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante contra la sentencia de treinta y uno de julio de dos mil diecinueve, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, la que, en

consecuencia, se invalida y se procede a dictar, sin nueva vista y en forma separada, la de reemplazo que corresponde.

Acordada con el voto en contra de la Ministra Sra. Muñoz, quien fue de opinión de rechazar el recurso, por las siguientes consideraciones:

1°.- Que, en relación a la pretendida conculcación del artículos 32 de Ley N 19.968, el análisis de los razonamiento que sobre el conflicto jurídico contiene la sentencia impugnada resultan armónicos y satisfacen la exigencia de completitud de análisis de toda la prueba, por cuanto es posible advertir que la mayor valoración de las competencias parentales de la madre se sustentan, en gran medida, en la forma en que el demandante abordó el conflicto conyugal en relación a los niños, en el sentido que estima que el hecho de involucrarlos en el mismo no resulta protector y, por el contrario, lesiona su estabilidad y desarrollo emocional, reflejando una cierta invisibilización de los niños, lo que parece legítimo que pueda incidir en su apreciación acerca de si es la persona indicada para mantener el cuidado de los hijos. Así las cosas, a juicio de la disidente, no se transgredió la norma jurídica que se denuncia, pues la judicatura del fondo dio cuenta del proceso racional que llevó a cabo considerando toda la prueba rendida por los litigantes, que la condujo a la conclusión que no resulta conveniente alterar el statu quo y debe mantenerse el cuidado que por años venía desarrollando la madre, sin perjuicio de reconocer que ella puede mejorar sus competencias.

2°.- Que en cuanto a la supuesta vulneración del derechos de los niños de autos a ser oídos, al desatender su deseo manifestado judicial y extrajudicialmente de permanecer bajo el cuidado de su padre, no obstante el principio de autonomía progresiva, a la luz de los hechos establecidos en la sentencia que se revisa, se advierte que ambos hijos fueron involucrados en las desavenencias o conflictos conyugales que dieron origen a la separación de sus progenitores, presentando indicadores de daño asociados a dicha circunstancia, lo que de acuerdo a los informes periciales ha generado angustia y sentimientos de rechazo hacia la madre, particularmente de parte del niño.

En ese contexto, es posible presumir que las cargas emocionales y conflicto de lealtades a que se han visto sometidos, puedan influir en su manifestación de voluntad, la que por lo tanto carece de la libertad necesaria para comprometerla y, en consecuencia, no puede ser entendida en términos absolutos, sino que ha de ser confrontada con la prueba rendida en autos, como resulta ser, por ejemplo, el hecho que la adolescente ha manifestado el deseo de tener más cercanía con su madre. Así se aprecia que la decisión de la sentencia impugnada no niega o

desatiende lo manifestado por el niño y la adolescente, sino que le da una interpretación en el contexto de lo que ha sido el desarrollo del conflicto y asume que no hay una voluntad definida en torno a preferir al padre, sino a continuar viviendo en su casa, lo que refleja ansias de estabilidad y no modificación del status quo.

En consecuencia, ninguna vulneración se advierte en la sentencia impugnada al razonar teniendo en consideración los diversos medios de prueba, en base a los cuales adquiere convicción que es más beneficioso no variar la situación previa a la separación, a pesar de lo expresado por ellos, en clara manifestación de protección a su interés superior, sin que ello se oponga a su consideración como sujetos de derecho.

Regístrese.

N°25.031-2019.-

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señora Andrea Muñoz S., señor Mauricio Silva C., señora María Angélica Cecilia Repetto G., y el abogado integrante señor Jorge Lagos G. No firma el Ministro señor Blanco, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar en comisión de servicios. Santiago, veinte de noviembre de dos mil veinte.

En Santiago, a veinte de noviembre de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Santiago, veinte de noviembre de dos mil veinte.

Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada.

Se tiene presente, asimismo, los considerandos segundo a cuarto de la sentencia de casación que antecede.

Y teniendo además, presente:

Primero: Que la ponderación conjunta de los criterios establecidos en el artículo 225-2 del Código Civil, sobre la base de los hechos previamente establecidos en la sentencia impugnada, permite concluir que si bien

ambos progenitores son aptos para la crianza de sus hijos, F. y V., han manifestado en diversas oportunidades durante el transcurso del proceso, su interés de permanecer en las mismas condiciones actuales, esto es, bajo el cuidado de su padre, antecedente relevante atendido el derecho de toda adolescente y niño de ser oídos y del principio de autonomía progresiva, pues, a sus 16 y 12 años de edad, es inconcuso que ya gozan de cierto nivel de autonomía y de capacidad para opinar respecto de aquellos asuntos que les conciernen de manera directa, con un fundamento sicológico y moral que debe ser atendido, máxime si constituye uno de los criterios a considerar según lo estipulado en la letra f) del artículo 225-2 del Código Civil, contando con un criterio formado, entendiendo plenamente las consecuencias de cambiar de lugar de residencia, desarrollando argumentos para ello a partir de su propia experiencia de vida, lo que obliga a considerar su parecer para efectos de configurar su interés superior.

Segundo: Que, por lo anterior, tomando especialmente en consideración los dichos de F. y V. en las evaluaciones periciales y audiencias reservadas, unido al principio de autonomía progresiva, procede que su cuidado personal lo ejerza el padre, ya que lo anterior permite garantizar su interés superior, atendido que con él se encuentran en un ambiente protegido, con arraigo familiar, debiendo, por tanto, permanecer el régimen de relación directa y regular con el progenitor no custodio, fijado por la sentencia de primera instancia, que permita mantener la cercanía y afectividad que en la actualidad han desarrollado.
Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 224, 225, y 229 del Código Civil y 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se confirma la sentencia apelada de veintidós de abril de dos mil diecinueve, dictada en los autos RIT C-2167-2018, RUC 1820069922-9, del Primer Juzgado de Familia de Santiago.

Acordada con el voto en contra de la Ministra Sra. Muñoz, quien estuvo por revocar la sentencia que se revisa atendida aquellas razones esgrimidas en el fallo de casación que antecede.

Regístrese y devuélvase.

N°25.031-2019.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señora Andrea Muñoz S., señor Mauricio Silva C., señora María Angélica Cecilia Repetto G., y el abogado

integrante señor Jorge Lagos G. No firma el Ministro señor Blanco, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar en comisión de servicios. Santiago, veinte de noviembre de dos mil veinte.