

Santiago, doce de mayo de dos mil veinte.

**Vistos:**

En estos autos Rit C-1582-2018, Ruc 18-2-0762929-0, del Juzgado de Familia de Pudahuel, sobre cuidado personal, por sentencia de veintitrés de enero de dos mil diecinueve, se rechazó la demanda de cuidado personal intentada por doña Magaly de las Mercedes Cartagena Arancibia en contra de doña Karen Marjorie Vera Cartagena respecto de la niña Pascal Andrea Vera Vera, hija de esta última y, sin perjuicio de lo anterior, habiéndose verificado que en causa proteccional Rit X-61-2018 del mismo tribunal, se dispuso el ingreso de Pascal y su adulto responsable a PMR Ciudad del Niño Renca – Cerro Navia, se ordena compulsar la presente sentencia e informes DAM Quinta Normal, para ser puestos en conocimiento de la institución, con la finalidad de que inicie terapia reparatoria, cite a la progenitora doña Karen Vera Cartagena e incorporen en su plan de intervención generar estrategias de comunicación y coordinación entre las adultas, que posibiliten el ejercicio adecuado de una co-parentalidad, y con ello, propender al bienestar integral y desarrollo de la niña, dejándose constancia en la causa referida de lo resuelto.

Se alzó la demandante y una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de tres de abril de dos mil diecinueve, la revocó y, en su lugar, acogió la demanda, otorgando a la demandante el cuidado personal de la niña.

En contra de esta última decisión, la demandada interpuso recurso de casación en el fondo, solicitando la invalidación del fallo y la consecuente dictación de una sentencia de reemplazo que confirme la de primer grado.

Se ordenó traer los autos en relación.

**Considerando:**

**Primero:** Que, luego de referir algunos antecedentes preliminares sobre la situación que origina estos autos, en los cuales señala, básicamente, que durante toda la vida de la niña su cuidado personal ha sido objeto de disputas con su madre (abuela de la niña), quien se ha negado a entregársela, no obstante que por sentencia judicial firme se le confirió a ella su cuidado después de varios episodios que relata, denuncia la infracción de los artículos 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 226 del Código Civil y 32 de la ley 19.968.

Funda la primera infracción indicada, señalando que el artículo 9 de la Convención dispone que el niño no será separado de sus padres (en este caso de su madre), contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión



judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y las disposiciones aplicables, que tal separación es necesaria para el interés del niño, por ejemplo, en los casos que éste sea objeto de maltrato o descuido. Sostiene que esta disposición ha sido gravemente vulnerada, por cuanto en ninguna parte del proceso judicial de marras, ni en la sentencia de primer grado ni en la impugnada, existe algún elemento relacionado con alguna inhabilidad que pudiera pesar sobre la madre, como para que esta sea separada del cuidado de su hija menor de edad, y en circunstancias que la citada norma establece, perentoriamente, que la separación es viable sólo en casos excepcionales, como los que indica.

Agrega que la sentencia impugnada no da ninguna razón o fundamento para separar a la madre de su hija, no describe ninguna situación de peligro, abandono o maltrato que haga recomendable entregarle el cuidado a la abuela, apartándose de la normalidad, y atribuyendo supuestos atributos a ésta que la harían idónea para cuidarla, con lo que altera los derechos de los niños, estableciendo que deben estar al cuidado de cualquier persona que aparente ser más idónea que la madre.

En relación al segundo error de derecho invocado, indica que la sentencia omite u obvia totalmente lo dispuesto en el artículo 226 del Código Civil, que preceptúa lo siguiente: "Podrá el juez, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes", en la medida que no da ningún argumento que permita apreciar en qué consiste la inhabilidad de la madre que justifica la separación de su hija. Señala que conceder el cuidado personal de un niño a una persona distinta de sus padres es una situación excepcional, que debe ser fundamentada, porque altera la normalidad de la cosas, en este caso, que la madre tenga el cuidado de su hija, que le entrega el artículo 224 del Código Civil, *per se*, por el hecho de ser madre, sin que tenga que demostrar que puede ser una buena madre, sino que lo que debe acreditarse es la inhabilidad para privarla de ese derecho y entregárselo a un tercero. Agrega que ni en el relato de los hechos ni en la invocación del derecho en la demanda, tampoco en la secuela del juicio, se fundamentó la petición en una inhabilidad de la madre, por otra parte, indica, la única disposición en que se sustenta la demanda es en el artículo 222 del Código Civil, que establece los deberes de los padres respecto de sus hijos.



Por último, entiende que se han infringido las reglas de la sana crítica, al basar sus reflexiones sólo en una parte de la prueba rendida en autos, omitiendo aquella aportada en defensa de sus derechos y de los intereses de la niña, razón por la cual resulta una apreciación incompleta, sesgada y parcial, que se aparta de los normas de la prudencia, experiencia y los principios de la lógica.

Termina señalando de qué forma los errores de derecho antes descritos influyeron sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

**Segundo:** Que para la adecuada resolución del asunto sometido al conocimiento de este tribunal, es menester señalar los hechos que fueron establecidos por la judicatura del fondo, a saber:

- La niña Pascal Andrea nació el 7 de enero de 2008 y solo tiene determinada su filiación materna;

- La madre de la niña es hija de la demandante de esta causa;

- La niña ha vivido prácticamente toda su vida con su abuela materna y familia extensa por esta línea, conviviendo en ocasiones también la madre demandada junto a este grupo familiar;

- En virtud de una conciliación celebrada en audiencia preparatoria de fecha 26 de junio de 2015, en causa Rit C-501-2015, del Juzgado de Familia de Talagante, se acordó que el cuidado personal se entregaba a su abuela materna;

- Las partes volvieron a discutir la materia en el mismo juzgado de Talagante, en causa Rit C-141-2016, en la cual se le confirió a la madre el cuidado personal de su hija, por sentencia de 17 de septiembre de 2016, confirmada por la Corte de Apelaciones de San Miguel y actualmente firme o ejecutoriada;

- La madre, con el mérito de lo resuelto, solicitó subinscribir la sentencia antes individualizada al margen de la inscripción de nacimiento de su hija en el Registro Civil, en dos oportunidades, 28 de noviembre de 2016 y 9 de enero de 2018, sin que se hubiere acogido su solicitud, por lo que no prosperaron las acciones de entrega inmediata interpuestas por ésta;

- La madre ha intentado cumplir lo decretado por el Juzgado de Familia de Talagante, lo que ha impedido la abuela demandante aduciendo vicios formales, pese a que se encuentra obligada a cumplir lo sentenciado, al afectarle el efecto relativo de la sentencia.

Sobre la base de los hechos asentados y luego de extractar algunos párrafos del Informe DAM, que señalan, en síntesis, que la madre de la niña presenta competencias parentales disminuidas en los ámbitos de vinculación



estable y de apego seguro con la niña, pues de forma anterior habría priorizado su propia satisfacción amorosa y laboral; que la presencia de la abuela y de sus hijos ha sido consistente a través de la historia vital de la niña y que ésta percibe a su abuela como una figura significativa, recomendando el informe que se mantenga el cuidado personal en la abuela materna; y la declaración de los tíos de la menor que corroboran que la niña siempre ha vivido en la casa de la familia materna, además del parecer del Consejo Técnico, la sentencia impugnada manifiesta que la prueba reseñada debe ser ponderada conforme a las reglas de la sana crítica, sobre las que hace algunas precisiones teóricas, y en virtud de las cuales la Corte, sostiene, ha llegado a la convicción de que la figura de la demandante es la que con mayor certeza le brinda a la niña seguridad y contención, así como continuidad en su vida cotidiana, aspectos que estima relevantes para su desarrollo. En tal circunstancia, decide revocar la sentencia de primera instancia y acoger la demanda otorgando el cuidado personal de la niña a su abuela materna.

**Tercero:** Que de acuerdo a lo previsto en el artículo 226 del Código Civil, “Podrá el juez, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño, conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2.

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda”.

Para una mejor comprensión de la norma transcrita, debe tenerse presente que de acuerdo al sistema de cuidado personal de los hijos (as) previsto en los artículos 224, 225 y 225-2 del Código Civil, son los padres, de consuno, quienes tienen la titularidad de este derecho-deber, o el padre o madre sobreviviente, y si éstos viven separados, han de determinar de común acuerdo a cuál de ellos le corresponderá, o si lo habrán de ejercer en forma compartida, y a falta de éste y, en cualquier situación, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del niño lo haga conveniente, será la judicatura la que establecerá su atribución a alguno de los progenitores.

De lo anterior se desprende que son los padres los primeros llamados a ejercer tan importante rol, y lo harán basados en el principio de la corresponsabilidad, introducido por la ley 20.680 al Código Civil, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y



permanente en la crianza y educación de sus hijos. En caso de atribución judicial a uno de ellos, quien adjudica lo hará velando por el interés superior del niño, en función de los parámetros que fija la propia ley.

Así las cosas, excepcionalmente y sólo cuando ambos padres adolecen de inhabilidad física o moral, podrá el juez confiar el cuidado de los hijos a un tercero que sea una persona competente, velando en esa elección, por el interés superior del niño. Lo anterior implica que para que proceda dicha norma se deberá acreditar, en la sede judicial correspondiente, la referida inhabilidad de ambos padres, cuestión para la que habrá de estarse a las causales contenidas en el artículo 42 de la ley 16.618, que establece 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”, en los casos que señala, y de cuya revisión se desprende que se trata de conductas o situaciones de gran entidad, lo que corrobora la intención del legislador, en orden a instituir rigurosos parámetros para separar a los hijos de sus padres.

Dicho criterio está en perfecta consonancia con lo que prevé la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 9, “Los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando a reserva de revisión 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, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

Así lo ha sostenido, por otra parte, la jurisprudencia de esta Corte al señalar, refiriéndose a la regla de atribución judicial del cuidado personal que establece el artículo 225 del Código Civil en relación a los padres, “Esta regla fundada en la conveniencia, ventaja o beneficio del interés superior del hijo cuyo cuidado personal se disputa es de cierta manera alterada en el caso de tratarse de un tercero quien plantea la pretensión de encargarse del cuidado de un niño o adolescente, conforme fluye del artículo 226 del Código Civil”..., agregando más tarde que “Para confiar el cuidado personal de los hijos a un tercero, esto es, a una persona distinta de los padres, es menester primeramente acreditar que ambos padres son inhábiles física o moralmente para encargarse del cuidado de ellos”, y concluye diciendo que “Es claro que en nuestro ordenamiento jurídico la



regla general y pauta de normalidad establecida por el legislador es que los padres ejerzan el cuidado personal de sus hijos, de modo que en caso de pretenderse por un tercero corresponde a una carga procesal de éste probar las circunstancias especiales que inhabilitan a ambos padres para ejercer dicho derecho-deber". (Corte Suprema, Rol N°16.275-2016).

**Cuarto:** Que, de la revisión de la sentencia impugnada se advierte que no se encuentra acreditada ninguna inhabilidad respecto de la madre de la niña cuyo cuidado personal pretende la abuela materna, sino que la decisión de confiárselo a esta última corresponde, básicamente, a la apreciación del tribunal de que sería más conveniente para la niña quedar bajo la tutela de la abuela, por la seguridad y contención que le ofrecería, así como por la continuidad que implica en su vida diaria, quebrantando, de esta manera, la regla que se viene de analizar.

En efecto, la decisión recurrida obvia la exigencia contenida en el artículo 226 del Código Civil, que obliga a la judicatura a verificar la existencia de una causal de inhabilidad de ambos padres, para entregarle el cuidado de un hijo a un tercero que lo pretende, aplicando en vez de aquello un criterio que la ley prevé cuando la disputa por el cuidado personal se da entre los padres, como es el ponderar qué aconseja el interés superior del niño en un caso específico. Dicho examen de conveniencia no está excluido, por cierto, sólo que está reservado, en el caso del artículo 226 del Código Civil, para evaluar las competencias de quien pretende el cuidado del niño, y ello supone que, en forma previa, se haya establecido la inhabilidad de los padres.

En la especie, se trata de una niña que sólo tiene determinada su filiación materna, por lo que para entregarle el cuidado personal a la abuela que lo solicita, debió establecerse si la madre se encuentra en alguna de las situaciones del artículo 42 de la ley 16.618, lo que la sentencia no realiza, limitándose a juzgar dónde le parece que la niña estaría mejor, cuestión que le está vedada a la judicatura. Cabe agregar, además, que la controversia ni siquiera se planteó en torno a una eventual inhabilidad de la madre que no se hubiera logrado probar en el juicio, nada de eso, la abuela sólo alegó que la niña siempre ha vivido con ella, que mantienen una buena comunicación y que por su estabilidad, conviene que permanezca bajo su cuidado. Por otro lado, la sentencia dejó determinado que pese a haber habido un acuerdo entre las partes en una época anterior, en que la madre le confió el cuidado de su hija a la demandante, con posterioridad, obtuvo por sentencia judicial su cuidado personal, sin que la pudiera ejecutar, resultando



un hecho establecido por el fallo de primera instancia, que la impugnada mantuvo, que lo “ha impedido la abuela demandante aduciendo vicios formales, pese a que se encuentra obligada a cumplir lo sentenciado”, circunstancia que incluso podría estimarse que contradice o pone en tela de juicio lo sostenido en el fallo respecto de los atributos de la abuela que llevan a confiarle el cuidado de la niña, contrariando el derecho-deber de la madre.

**Quinto:** Que, en tal circunstancia, al contravenir lo expresamente previsto en el artículo 226 del Código Civil, así como en el artículo 9° de la Convención de los Derechos del Niño, la sentencia ha cometido un yerro que ha influido en lo dispositivo del fallo, lo que conduce a su invalidación, sin que sea necesario abordar la infracción del artículo 32 de la ley 19.968 también denunciada.

Por lo reflexionado, 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 interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia de tres de abril de dos mil diecinueve, la que se invalida y procede a dictarse una de reemplazo, sin nueva vista y en forma separada.

Acordada **contra el voto** del ministro señor Silva Cancino, quien fue de opinión de rechazar el recurso por estimar que la sentencia resuelve acertadamente que el interés superior de la niña aconseja que se mantenga al cuidado de su abuela materna, ascendiente con quien ha vivido desde que nació y por cuanto, no se ha violado la ley atendido que los hechos establecidos permiten entender que la sentencia no sólo cumple con el artículo 9° de la Convención de los Derechos del Niño, sino que respeta lo expresado en el artículo 226, incisos primero y segundo, del Código Civil, en relación con los criterios establecidos en el artículo 225-2 del mismo código y el artículo 42 de la Ley N°16.618, por ser evidente que la madre no ha velado por la crianza de la hija.

Redactó la ministra Andrea Muñoz S. y el voto en contra su autor.

Regístrese.

N°11.897-2019

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., y los abogados integrantes señor Álvaro Quintanilla P. y Diego Munita L. No firman los abogados integrantes señor Quintanilla y señor Munita, por estar ausentes. Santiago, doce de mayo de dos mil veinte.





WXJMPXKDN



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

