Santiago, veinticuatro de septiembre de dos mil diez.

Vistos:

En estos autos RIT N° C-509-2010, RUC N° 1020131662-1 del Segundo Juzgado de Familia de San Miguel, sobre entrega del menor [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], por sentencia de siete de abril del año en curso de estos antecedentes, se rechazó la demanda deducida por doña [REDACTED] en contra de doña [REDACTED] [REDACTED], se rechazó la demanda.

Se alzó la parte demandante y una sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel, por fallo de dieciocho de junio del año en curso, confirmó la sentencia apelada.

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

Se trajeron estos autos en relación.

Considerando:

Primero: Que la recurrente en un primer acápite del recurso, critica el carácter transitorio que el fallo impugnado asigna a las medidas cautelares, como es la de protección en virtud de la cual, se le concedió el cuidado personal de su sobrino nieto, el menor de autos.

Señala que dicha transitoriedad no se colige de las normas que regulan la materia, es decir, no puede entenderse que pierdan vigencia por el sólo transcurso del tiempo, se requiere para ello que sobrevenga un evento que determine su extinción. Así se desprende, por lo demás, de lo dispuesto por el artículo 80 de la ley N° 19.968 y de los principios que rigen en la materia, de los que se infiere que estas medidas rigen en tanto no exista una nueva resolución judicial que las deje sin efecto.

En segundo lugar se denuncia la infracción del artículo 29 N°4 de la ley 16.618, conforme al cual el juez de familia puede aplicar alguna o algunas medidas como el confiarlo al cuidado de alguna persona que se preste para ello, la que tendrá la duración que el mismo determine, pudiendo revocarlas o modificarlas, si variaren las circunstancias que hubieren llevado a decretarlas. Alega que en la especie la resolución que dispuso la referida medida se limita a establecer que el cuidado del menor se radicará en su tía abuela ¿sin perjuicio de que la madre pueda ejercer las acciones que correspondan?; de lo que -a su juicio- se desprende que ésta se entenderá vigente, en tanto la madre no accione para revocarla. De otro lado, desde la fecha en que se decretó tal medida, tampoco han variado las circunstancias que se tuvieron a la vista para decretarlas, todo lo cual determina que ella se encuentra vigente.

En tercer término señala que la transacción celebrada entre la madre del menor y la demandada de autos, mediante escritura pública de 15 de diciembre de 2009, no se encuentra ajustada a derecho, toda vez que no ha existido en la especie resolución alguna que hiciera cesar la medida de protección que le confirió el cuidado del niño.

En el último capítulo del recurso se denuncia la infracción del artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño y 16 de la ley 19.968, al no haberse tenido en consideración por los sentenciadores la opinión del menor ni su interés superior. En este sentido, alega que debieron tenerse presente al resolver circunstancias como la que el menor ha vivido ininterrumpidamente y desde prácticamente su nacimiento con la actora, -su tía abuela- y su hermano menor, que también está a su cargo, que ella se ha ocupado de su crianza y le ha brindado un hogar y protección donde ambos niños han podido desarrollarse adecuadamente y que sólo se han separado desde que la demandada arbitrariamente y sin derecho alguno se arrogara su cuidado.

Segundo: Que para una adecuada resolución del asunto planteado, cabe tener presente lo siguiente:

1).- doña [REDACTED], solicitó la entrega inmediata del menor [REDACTED] [REDACTED], demandando a doña [REDACTED] basada en que ha detentado el cuidado de éste y de su hermano, desde su nacimiento debido a

que su madre no pudo hacerse cargo de ellos;

2) por resolución de 14 de octubre de 2002, dictada en causa Rol N°4243-2002, seguida ante el Primer Juzgado de Menores de Santiago, se le confirió f3 como medida de protección el cuidado personal del menor de autos;

3) en dicha resolución se señala que la referida medida, es sin perjuicio de que la madre del niño ejerciera los derechos ante los tribunales competentes;

4) la madre del menor mediante escritura pública de 15 de diciembre de 2009, cedió el cuidado personal del niño a la demandada, doña [REDACTED], la que fue aprobada por el Segundo Juzgado de Familia de San Miguel.

Tercero: Que la acción ejercida en autos corresponde a la de entrega inmediata del niño [REDACTED], la que ha sido deducida por la actora, fundada en que ésta tiene su cuidado personal, por medida de protección decretada a favor del menor y que la demandada no lo devolvió a su hogar, como correspondía después de haber salido de vacaciones, quien se ha negado a restituirlo argumentando que los padres de éste le entregaron su cuidado, por escritura pública, lo que fue aprobado por el tribunal.

Cuarto: Que, en el caso sub-lite, es un hecho pacífico que por resolución judicial de 14 de octubre de 2002 en causa sobre protección del menor Ignacio Arnoldo Hernández Guzmán y su hermano, se aplicó medida a su favor entregándose el cuidado y atención personal de ellos, en especial de su salud y educación, a la demandante, sin que en dicha resolución se hubiere fijado plazo o condición para la duración de la medida decretada; la que no ha sido dejada sin efecto o modificada. Tal decisión fue adoptada en conformidad a lo dispuesto por los artículos 26 N°7 y 30 de la ley 16.618, es decir, como medida necesaria para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos.

Quinto: Que de lo anterior se desprende que la madre o el padre del menor fueron privados del cuidado personal del hijo, mediante la dictación de la resolución que dispuso su entrega a la actora, determinación que ¿como se ha dicho- no fue dejada sin efecto o modificada y que en atención a su naturaleza asistencial, no puede considerarse que por el mero transcurso del tiempo, haya dejado de tener validez, sobre todo si en los hechos, la situación se mantuvo sin variaciones permaneciendo el menor bajo el resguardo de la demandante hasta la ocurrencia de los hechos que motivaron esta acción.

Sexto: Que así las cosas la madre no ha podido ceder un derecho-deber del que había sido privada a la época de celebración de la referida transacción, lo que por lo demás resulta contrario a lo dispuesto por los artículos 225 y 226 del Código Civil, desde que conforme a dichas disposiciones un acuerdo de tal naturaleza sólo puede tener lugar entre los padres, pudiendo sólo el juez confiar el cuidado personal de un menor a un tercero, en los casos calificados que así lo ameriten.

Séptimo: Que por otra parte, cabe señalar que en estas materias debe tenerse siempre en consideración el Interés Superior 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 relaciona con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derecho, identificándose de esta manera ¿Interés Superior? con los derechos del niño y adolescente y si bien éste 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

sobremanera 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.

Octavo: Que, no obstante, la trascendencia antes anotada del principio en estudio, cabe destacar que en la especie los jueces del grado no se han hecho cargo en sus motivaciones de la situación del menor -desde la perspectiva de su interés superior- limitándose en sus reflexiones a reconocer por sobre otra consideración el derecho de la madre a ceder el cuidado del hijo, al extremo de limitarse en su análisis sólo a dicha circunstancia; desconociendo con tal proceder la importancia que dicho principio reviste en la resolución del caso en el que ha debido tenerse en especial consideración la situación del menor.

Noveno: Que la decisión de los sentenciadores es constitutiva de los yerros que han sido denunciados, pues desconoce la existencia y naturaleza de la medida de protección que concedió el cuidado personal del menor a la actora y no aplica a la resolución de la controversia el Principio del Interés Superior del Niño y contraría, además, lo dispuesto por los artículos 225 y 226 del Código Civil y 71 de la ley N°19.968, lo que ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo, desde que se ha negado lugar a la acción intentada, desconociéndose la existencia de los presupuestos de su procedencia.

Décimo: Que, conforme a lo razonado el recurso de nulidad intentado será acogido. Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 766, 783 y 785 del Código de Procedimiento Civil y 67 de la ley 19.968, **se acoge, sin costas, el recurso de casación en el fondo** deducido por la parte demandante a fojas 64, contra la sentencia de dieciocho de junio del año en curso, escrita a fojas 59, la que se invalida y reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente y sin nueva vista.

Redacción a cargo de la Ministra señora Gabriela Pérez Paredes.

Regístrese.

N°5.245-10

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Patricio Valdés A., señoras Gabriela Pérez P., Rosa María Maggi D., Rosa Egnem S., y Abogado Integrante señor Rafael Gómez B. No firma la Ministra señora Pérez y el Abogado Integrante señor Gómez, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con feriado legal la primera y por estar ausente el segundo.
Santiago, 24 de septiembre de 2010.

Autoriza la Secretaria de la Corte Suprema, señora Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a veinticuatro de septiembre de dos mil diez, noti fiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.

Santiago, veinticuatro de septiembre de dos mil diez.

Con arreglo a lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo en estos autos.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de los fundamentos primero, segundo y tercero, los que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

Primero: Los motivos segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo del fallo de casación que antecede, los que para estos efectos se tienen por reproducidos expresamente.

Segundo: Que el mérito de los antecedentes allegados al proceso dan cuenta que la actora ha estado a cargo no sólo del menor de autos sino que también de su hermano y que ha sido la responsable de su educación y desarrollo, detentando el cuidado personal de ambos en virtud de la medida de protección decretada a su favor, el 14 de octubre de 2002, habiéndolo ejercido hasta la época de ocurrencia de los hechos materia de autos, sin que existan motivos o circunstancias que permitan desconocer este derecho-deber, del que se ha visto privada por el actuar de la demandada.

Tercero: Que el respeto del Principio del Interés Superior del Niño resulta resguardado en la medida que se mantenga la situación del menor en cuanto al cuidado que ha sido detentado por la actora, desde los dos años de su vida, junto a su hermano, sin perjuicio de lo que eventualmente pudiera resolverse en otro proceso en que se discuta sobre su cuidado personal.

Por estas consideraciones y conforme lo dispuesto por el artículo 67 de la Ley 19.968, **se revoca** la sentencia apelada de siete de abril del año en curso, dictada en los autos Rit N° C-509-2010 del Segundo Juzgado de Familia de San Miguel, en cuanto rechaza la solicitud de entrega del menor incoada por doña Luz Patricia Ruz Gallegos y, en su lugar, se resuelve que se hace lugar a ella.

Redacción a cargo de la Ministra señora Gabriela Pérez Paredes.

Regístrese y devuélvase.

N°5.245-10.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Patricio Valdés A., señoras Gabriela Pérez P., Rosa María Maggi D., Rosa Egnem S., y Abogado Integrante señor Rafael Gómez B. No firma la Ministra señora Pérez y el Abogado Integrante señor Gómez, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con feriado legal la primera y por estar ausente el segundo.
Santiago, 24 de septiembre de 2010.

Autoriza la Secretaria de la Corte Suprema, señora Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a veinticuatro de septiembre de dos mil diez, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.