

# Cuidado personal [Recurso de casación en el fondo, acogido]

CORTE SUPREMA, 28 DICIEMBRE 2010.

“Karen Meléndez Manríquez con Fernando Ortiz Flores”

Cuidado personal de la crianza y educación de los hijos – Padres que viven separados – Entrega al padre del hijo mediante acuerdo – Posibilidad del juez de modificar la convención de las partes – Necesidad de acreditar inhabilidad o causa calificada que impida a la madre ejercer su rol – Madre que cuenta con las habilidades para contribuir al desarrollo integral del niño – Principio del interés superior del niño.

Arts. 224, 225, 226 y 228 CC; 42 DFL N° 1 de 2000, Justicia; 16 Ley N° 19.968.

Doctrina:

I. El artículo 224 del Código Civil establece que corresponde a los padres, o al padre o madre sobreviviente el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos. Si los progenitores viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos, conforme al artículo 225 del mismo Código, lo que supone la inexistencia de acuerdos o pactos que alteren la regla (considerando 4º, sentencia de casación).

El juez, de acuerdo a los artículos 225 inciso 3º, 226 y 228 del Código Civil, puede entregar el cuidado personal del hijo al otro de los padres: a) cuando el padre o la madre en quien se ha radicado la tuición 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; y e) cuando a cualquiera de ellos afecte una inhabilidad física o moral. Esto debe relacionarse con el artículo 42 de la Ley de Menores, que indica cuando se entiende que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral (considerando 6º, sentencia de casación).

Si bien el artículo 226 enumera causales específicas, consagra también una causal genérica, cual es la existencia de “otra causa calificada”, lo que hace posible cambiar las reglas generales contenidas en el artículo 225 si así lo aconseja el interés superior del niño, pudiendo el juez modificar la convención de las partes, confiando el cuidado del niño al otro progenitor siempre que se establezca con claridad y certeza que el interés del menor lo hace indispensable. En efecto, que la madre haya consentido en entregar al padre el cuidado personal del menor, no impide al juez revisar la situación, si así lo aconseja el resguardo del interés superior del niño, principio fundamental en el marco de las relaciones parentales (considerandos 5º y 7º, sentencia de casación).

II. En la especie, la madre demanda el cuidado personal del hijo, el que había sido entregado al padre mediante un acuerdo suscrito ante oficial del Registro Civil, decidiendo los jueces del fondo no hacer lugar a la demanda y mantener al menor al cuidado de su padre. Sin embargo, al no haberse acreditado inhabilidad o causa calificada que impida a la madre ejercer su rol ni precisarse de qué manera los derechos del menor estarán mejor protegidos al permanecer al cuidado del padre, la referida decisión importa una errónea aplicación de los artículos 225 inciso 2º del Código Civil y 16 de la Ley de Tribunales de Familia, norma esta última que obliga al juez a considerar el principio del interés superior del niño. Los sentenciadores atendieron fundamentalmente al hecho de haber permanecido el niño al cuidado de su padre por espacio de dos años, sin advertir que ese lapso corresponde al tiempo transcurrido desde que la madre inició sus acciones judiciales tendentes a recuperar la custodia de sus hijos.

Corresponde, entonces, acoger la demanda interpuesta por la madre desde que ella ha demostrado preocupación e interés por recuperar el cuidado del menor y restablecer relaciones con sus hijos, mediante el ejercicio de las acciones legales correspondientes, acreditando asimismo en el proceso sus habilidades para contribuir al desarrollo integral del niño y satisfacer sus necesidades afectivas (considerandos 8º a 10º, sentencia de casación).

Santiago, veintiocho de diciembre de dos mil diez.

Vistos:

En estos autos, RIT Nº C-236-2009, RUC Nº 0920081646-0, del Juzgado de Familia de Rancagua, por sentencia de primer grado de veintinueve de junio de dos mil nueve, se acogió la demanda intentada por doña Karen Bernardita Meléndez Manríquez, madre del menor F.E.O.M. y se le confió su cuidado personal, regulándose en favor del niño un régimen comunicacional con su padre, el demandado, en la forma que se dispuso en la parte resolutive del fallo.

Se alzó la parte demandada y una de las salas de la Corte de Apelaciones de Rancagua, por fallo de doce de agosto del año en curso, que se lee a fojas 39, revocó el de primer grado declarando que no se hace lugar a la demanda, manteniéndose al menor F.E.O.M., al cuidado de su padre.

En contra de esta última decisión la defensa de la 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 225 del Código Civil; 3º y 9º de la Convención Sobre los Derechos del Niño, en relación con el artículo 5º de la Constitución Política de la República y 16 de la ley Nº 19.968; argumentándose, en síntesis, que se vulneran las disposiciones citadas, por cuanto el legislador expresamente ha

señalado que si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos y sólo en caso de maltrato, descuido u otra causa calificada el juez podrá entregarlo al padre.

Señala el recurrente que los sentenciadores no consideran que el Interés Superior del Niño aconseja en este caso que el menor crezca y se desarrolle junto a su madre y hermana, no atiende a las necesidades afectivas y de protección que un niño tiene, ni al hecho que para su desarrollo integral, es preciso restablecer los vínculos naturales que fueron afectados por los problemas suscitados al interior de la pareja.

Segundo: Que son hechos de la causa, en lo pertinente, los siguientes:

1) En el mes de agosto de 2008 la actora se separó del demandado, dejando con él a sus hijos F.E.O.M. y A.O.M., debido a los conflictos de pareja que enfrentaban y a fin de evitar que los niños continuaran presenciando esa situación;

2) El 10 de septiembre de 2008, las partes concurren ante el Oficial del Registro Civil, acordando que el cuidado personal de F.E.O.M. correspondería al padre.

3) En diciembre del mismo año, la madre solicitó al tribunal la entrega inmediata de sus hijos, logrando recuperar sólo el cuidado de A.O.M., a quien retiró del domicilio del padre el día 26 del mismo mes, acompañada por Carabineros;

4) Ambos progenitores cuentan con habilidades parentales y recursos personales suficientes para ejercer sus roles de manera adecuada y satisfactoria, representando figuras significativas y de apego para sus hijos;

5) A.O.M., la hermana pequeña, vive actualmente con su madre y abuela. La relación entre los hermanos es buena, afectuosa y ambos se extrañan.

6) Existe vigente un régimen comunicacional entre cada uno de los padres y el hijo que no tienen a su cuidado.

Tercero: Que sobre la base de los presupuestos fácticos señalados, el tribunal de primera instancia acogió la demanda interpuesta por la madre, a quien entregó el cuidado personal de F.E.O.M., atendiendo fundamentalmente a la inexistencia de inhabilidad que obstaculizara la aplicación a la regla natural prevista en el artículo 225 del Código Civil, al interés superior del niño que aconsejaba revocar el acuerdo previo adoptado por las partes, y al beneficio que reportaría para F.E.O.M. poder crecer junto a su hermana A.O.M., que ya retornó al hogar materno. Los jueces de alzada, en cambio, revocaron esta decisión y rechazaron la demanda –en lo medular– por considerar inconveniente para la estabilidad y normal desarrollo del niño que, dos años después de estar viviendo con su padre, la madre recuperara su cuidado personal, pese a que ella misma formalizó su entrega mediante acuerdo ante el Registro Civil.

Cuarto: Que el artículo 224 del Código Civil, establece que corresponde a

los padres, o al padre o madre sobreviviente el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos, deber que supone una convivencia habitual entre padres e hijos y que se relaciona con su guarda y custodia. Conforme al artículo 225 del mismo cuerpo normativo, si los progenitores viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos, lo que supone la inexistencia de acuerdos o pactos que alteren la regla. Así, cabe distinguir entre la guarda legal, la convencional y la judicial.

Quinto: Que, en el caso en análisis, la madre consintió en entregar al padre el cuidado personal del menor, pero este acuerdo celebrado el 10 de septiembre de 2008, apenas producida la separación, no impide al juez revisar la situación, si así lo aconseja el resguardo del interés superior del niño, principio fundamental en el marco de las relaciones parentales.

Sexto: Que la atribución judicial, de acuerdo a lo previsto en los artículos 225 inciso 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 la tuición 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 afecte una inhabilidad física o moral.

Estas reglas deben relacionarse con el artículo 42 de la Ley de Menores, conforme al cual, para los efectos del artículo 226, recién citado, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral: 1º) cuando estuvieren incapacitados mentalmente; 2º) cuando padecieren de alcoholismo crónico, 3º) cuando no velaren por la crianza, el cuidado personal o la educación del hijo, 4º) cuando consintieren 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; 5º) cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; 6º) cuando maltraten o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad, y 7º) cuando cualesquiera otra causas coloquen al menor en peligro moral o material.

Séptimo: Que útil resulta destacar que si bien el referido artículo 226 del Código Civil enumera causales específicas en virtud de las cuales es posible modificar las reglas generales contenidas en el artículo 225, consagra también una causal genérica, cual es la existencia de "otra causa calificada", lo que hace posible cambiar dichas reglas si así lo aconseja el interés superior del niño, que conforme al inciso segundo del artículo 222 se orienta a procurar su mayor realización y espiritual posible y el adecuado ejercicio de sus derechos esenciales. Así, una interpretación armónica de las normas citadas 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, confiando el cuidado del niño al otro padre siempre que se establezca con claridad y certeza que el interés del menor lo haga indispensable.

Octavo: Que no se acreditó en autos inhabilidad o causa calificada que

impida a la madre ejercer su rol. Por el contrario, ella ha demostrado preocupación e interés desde la separación, por recuperar su cuidado y restablecer relaciones con sus hijos, mediante el ejercicio de las acciones legales correspondientes, a través de las cuales logró, primero recuperar la hija menor. También se tuvieron por acreditadas en el proceso sus habilidades para contribuir al desarrollo integral del niño y satisfacer sus necesidades afectivas, sin poder dejar de considerarse la trascendencia que para estos efectos tiene el crecer junto a su hermana, hija también del demandado.

Noveno: Que siendo el interés superior del niño un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, los sentenciadores de segundo grado no han precisado de qué manera los derechos del menor estarán mejor protegidos al permanecer al cuidado de su padre. En efecto, para adoptar su decisión atienden fundamentalmente al hecho de haber permanecido el niño al cuidado de su padre por espacio de dos años, sin advertir que ese lapso corresponde al tiempo transcurrido desde que la madre inició sus acciones judiciales tendientes a recuperar la custodia de sus hijos. Aunque los jueces expresan que no juzgan la conducta de la madre, lo cierto es que su decisión descansa sobre ese presupuesto y sobre la existencia de un acuerdo que motivó que el niño permaneciera por largo tiempo al cuidado de su padre, situación que no consideraron conveniente alterar en interés del niño, principio cuya correcta aplicación exige un detenido análisis de los derechos que resultarían afectados y que con la decisión adoptada, se intenta proteger.

Décimo: Que de lo que se viene de decir se colige que los sentenciadores recurridos, al decidir como lo hicieron, incurrieron en errónea aplicación de los artículos 225, inciso segundo, y 16 de la ley 19.968, pues trasgredieron las normas referidas, ya que sin que exista inhabilidad o causa calificada privaron a la madre del cuidado de su hijo, 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 de cuidado personal intentada por la madre.

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 la defensa de doña Karen Bernardita Meléndez Manríquez a fojas 42, contra la sentencia de doce de agosto del año en curso, que se lee a fojas 39 y siguientes, 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 Rosa María Maggi Ducommun.

Regístrese.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Patricio Valdés A., Pedro Pierry A., señoras Gabriela Pérez P., Rosa María Maggi D., y el Abogado Integrante señor Rafael Gómez B. No firma el Abogado Integrante señor Gómez, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar ausente. Santiago, 28 de

diciembre de 2010.

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

Nº 6.818-10.

Santiago, veintiocho de diciembre 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 confirma la sentencia de veintinueve de junio del año en curso, dictada en estos autos Rit C-236-2009, Ruc 0920081646-0, del Juzgado de Familia de Rancagua.

Redacción a cargo de la Ministra señora Rosa María Maggi Ducommun.

Regístrese y devuélvase, con su agregado.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Patricio Valdés A., Pedro Pierry A., señoras Gabriela Pérez P., Rosa María Maggi D., y el Abogado Integrante señor Rafael Gómez B. No firma el Abogado Integrante señor Gómez, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar ausente. Santiago, 28 de diciembre de 2010.

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