

Santiago, once de abril de dos mil once.

Vistos:

En estos autos, RIT N°C-741-2010, RUC N°1020357371 -0 del Juzgado de Familia de San Miguel, por sentencia de primero de octubre de dos mil diez, de estos antecedentes se rechazó la acción interpuesta por doña Nancy Roblero Hidalgo a través de la cual solicitó la entrega inmediata de su hija, la menor [REDACTED], de seis años, la que se encuentra al cuidado de su padre, don Freddy Arturo Lobos Valencia.

Se alzó la demandante y una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por fallo de quince de noviembre de dos mil diez, que se lee a fojas 28, confirmó el referido fallo.

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

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que por el presente recurso se denuncia la infracción del artículo 225 inciso primero y tercero del Código Civil, argumentándose, en síntesis, que los sentenciadores han incurrido en error de derecho al decidir que el menor continúe bajo el cuidado personal del demandado, en circunstancias que la norma citada prescribe que en el caso de separación de los padres, toca a la madre el cuidado personal de los hijos y que en todo caso, cuando el interés del niño lo haga indispensable, sea por maltrato o descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Señala que en la especie se la ha privado de ejercer este derecho-deber que le reconoce la ley, a través de una regla de atribución legal del cuidado personal de los hijos a la madre, recogiendo así un imperativo de carácter natural, sin que exista una causa o motivo legal que así lo autorice, puesto que no la afecta ninguna causal de inhabilidad que permita alterar lo que el legislador ha establecido a este respecto.

Alude al interés superior del niño, a la necesidad de apego que éste atendida su edad requiere satisfacer al lado de la figura materna y que por lo mismo lo que éste ha expresado en audiencia debe ser analizado teniendo en consideración las características de pensamiento y el desarrollo afectivo y racional del menor.

Segundo: Que para la resolución del asunto propuesto, cabe tener presente lo siguiente:

a) doña Nancy Viviana Roblero Hidalgo, solicitó la entrega inmediata de su hijo, [REDACTED], de seis años de edad, el que se encontraría retenido por su padre. Señala que tuvo una relación de convivencia por quince años con el demandado y que de esta nacieron dos hijos, el mayor de actuales 16 años y el menor de autos, los que al producirse la separación de la pareja permanecieron con éste. Refiere, además, que ha velado por la educación y crianza de sus hijos, de manera tal que retira al menor diariamente del colegio a las 13:00 horas y lo tiene bajo su cuidado hasta las 19:00 horas, en que se lo entrega al padre;

b) el demandado manifestó en la audiencia de rigor que el niño se encuentra bajo su cuidado, porque así lo acordaron con la madre.

Tercero: Que el fallo de primer grado, resuelve rechazar la acción de entrega inmediata, considerando que en la especie se configura una tuición compartida entre los padres que la misma madre acordó mientras resolvía sus problemas

económicos, pensando hacerse cargo de sus hijos con posterioridad. Estiman que, no obstante que la norma del artículo 225 del Código Civil establece que en caso de separación de los padres, toca a la madre el cuidado personal de los hijos, dicha regla es posible de relativizar en razón del interés superior del niño, como principio previsto para la resolución de la materia, a la luz de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 225 y segundo del 222 del texto legal citado.

Los jueces de alzada, agregan, además, que del mérito de lo expuesto por las partes ante el tribunal de primera instancia y de las palabras vertidas por el menor, se concluye que mantener la actual regulación de cuidado personal de éste en ningún caso le resulta perjudicial y en cambio una alteración del mismo, podría causarle daño.

Cuarto: Que dilucidar la controversia que se plantea por el recurso, requiere determinar si en la especie concurren los presupuestos de la acción intentada, esto es, la de entrega inmediata que formula la madre del menor de seis años de edad, basada en que detenta por ley el cuidado personal del mismo, al encontrarse separada del padre de éste de conformidad a lo dispuesto por el artículo 225 del Código Civil.

Quinto: Que al respecto, cabe señalar que esta Corte ha señalado reiteradamente que si bien en régimen de atribución legal, el cuidado personal de los hijos, la titularidad de este derecho-deber corresponde en caso de separación de los padres a la madre, al establecer el artículo 225 del Código Civil, que "Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos?", ella puede ser privada de ello por inhabilidad o por otra causa calificada que así lo justifique, en razón del interés superior del niño que haga necesario alterar esta regla, según se desprende de la interpretación armónica de lo dispuesto por los artículos 222, 224, 226, 228 y el citado precedentemente.

Sexto: Que, en efecto, la aplicación de dicho principio, para la resolución del caso sub-lite encuentra plena justificación por disponerlo así la normativa antes referida que regula el ejercicio del cuidado personal de los hijos menores y por la relevancia y trascendencia que el mismo tiene en la legislación de familia, como se desprende por lo demás, del artículo 16 de la ley N°19.968 y la Convención de los Derechos del Niño. Este principio tiene directa relación con el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, en procura del cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales y se identifica con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derechos. Asimismo, constituye un elemento importante de interpretación como 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 el interés superior de los menores, en aras de la satisfacción integral de sus derechos.

Séptimo: Que, así las cosas, la decisión de los jueces del grado -sustentada en el interés superior del menor de autos, en razón de las particulares

condiciones en que se ha desarrollado su cuidado y custodia y atendiendo a la protección del mismo-, encuentra legítima justificación en las facultades legales que la ley les otorga en estas materias. Por el contrario, en éstas no puede sólo atenderse a los derechos que puedan invocar alguno de los padres sobre sus hijos, sin considerar las necesidades de los mismos en la determinación que respecto de ellos se adopte, que es lo que precisamente plantea la recurrente quien en sus alegaciones sólo insta por que se le reconozca, por sobre otra consideración, el derecho legal de ejercer el cuidado del hijo, sin atender a la condición del hijo como sujeto de derechos de especial protección por el legislador.

Octavo: Que, en el contexto de lo razonado, aún cuando en el caso sub lite no se han establecido inhabilidades por parte de la madre para ejercer el cuidado de su hijo, los jueces del fondo al resolver el asunto conforme a las directrices que impone el principio del interés superior del niño, no incurrieron en errónea aplicación del artículo 225 del Código Civil, sino que y contrariamente a lo sostenido por la recurrente, la interpretación y aplicación que se ha hecho de tal disposición legal resulta plenamente ajustada, ante la existencia de una causa o motivo calificado, basado en el bienestar y estabilidad que se estima prudente mantener y no alterar la situación respecto de la custodia del menor.

Noveno: Que, sin perjuicio de lo señalado en los motivos precedentes, cabe consignar que la naturaleza de la acción planteada supone la existencia de una situación consolidada y establecida desde la perspectiva de la titularidad del derecho como de su ejercicio en la práctica, cuestión que ha quedado completamente desvirtuada al establecerse como presupuesto fáctico -no impugnado por la recurrente- la existencia de una situación acordada y tolerada por las partes respecto de la custodia del menor de autos que no es posible en esta sede desatender, sin perjuicio de lo que pueda resolverse en un procedimiento destinado a la discusión y resolución sobre su cuidado personal .

Décimo: Que de lo precedentemente expuesto fluye que los sentenciadores recurridos, al decidir como lo hicieron, no incurrieron en los yerros denunciados, por lo que el recurso intentado será desestimado.

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 rechaza, el recurso de casación en el fondo** deducido por la parte demandante a fojas 29, contra la sentencia de quince de noviembre de dos mil diez, escrita a fojas 28.

Redacción a cargo de la Ministra señora Rosa Egnem Saldías.

Regístrese y devuélvase.

N°528-11.

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 el Abogado Integrante señor Patricio Figueroa S. No firma el Abogado Integrante señor Figueroa, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar ausente. Santiago, 11 de abril de 2011.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.
En Santiago, a once de abril de dos mil once, notifiqué en Secretaria por el
Estado Diario la resolución precedente.