

## Texto Sentencia Tribunal Base:

Temuco, nueve de mayo de dos mil ocho.

Vistos, oídos y teniendo presente:

Primero: Que con fecha 28 de abril de 2008, se presenta ante este Juzgado de Familia doña María Soledad Barroso Barroso, cédula nacional de identidad N° 7.586.449-3, médico, domiciliada en Avenida Los Pablos 1950, departamento 12, Torre 4, Temuco, y solicita se ordene [a entrega inmediata de su hijo Carlos Ignacio Manterola Barroso, nacido el 19 de octubre de 1995, señalando que se encuentra casada y separada del padre del niño, don Carlos Guillermo Manterola Delgado, y que éste el día 26 de abril de 2008, después de irse el niño con su padre, en atención a que tiene un régimen de relación directo y regular amplio, no lo regresó al hogar de su madre y al llamarlo le señaló que no quería regresar a la casa de su madre, señalando la solicitante que se encuentra manipulado por su padre. Termina solicitando se dé lugar a lo solicitado.

Segundo: Que en la audiencia respectiva, comparecieron tanto los y padres de Carlos Ignacio Manterola Barroso, legalmente representados, como el niño de autos, oportunidad procesal en que la madre del menor ratificó su pretensión y el padre del menor, por su parte se opuso a la entrega de su hijo.

Tercero: Que en la referida audiencia, se incorporaron mediante su lectura resumida, que consta en los registros de audio respectivos, los siguientes antecedentes:

- 1.- Certificado de nacimiento de Carlos Ignacio Manterola Barroso, en que consta que nació el 19 de octubre de 1995, y que sus padres son María Soledad Barroso Barroso y Carlos Guillermo Manterola Delgado.
- 2.- Constancia ante Carabineros de Chile de fecha 27 de abril de 2008.
- 3.- Declaración jurada ante Notario de fecha 29 de abril de 2004, suscrita por María Eugenia Vidal Cruz.
- 4.- Tráfico en línea de la Compañía ENTEL PCS, de María Soledad Barroso Barroso, de fecha 28 de abril de 2008.
- 5.- Copia de correo electrónico de fecha 07 de agosto de 2007 enviado por don Carlos Manterola a doña María Soledad Barroso Barroso.
- 6.- Copia de correo electrónico de fecha 23 de julio de 2007 enviado por don Carlos Manterola a doña María Soledad Barroso Barroso.

7.– Copia de correo electrónico de fecha 20 de julio de 2007 enviado por doña María Soledad Barroso Barroso a Manuel Franklin Vial Gallardo.

8.– Constancia ante Carabineros de Chile de fecha 28 de noviembre de 2007.

9.– Constancia ante Carabineros de Chile de fecha 25 de diciembre de 2007.

10.– Constancia ante Carabineros de Chile de fecha 31 de enero de 2008.

11.– Informe psicológico realizado a Carlos Ignacio Manterola, por la sicóloga Marcela Carrasco Guerra.

12.– Constancia ante Carabineros de Chile de fecha 30 de abril de 2008.

13.– Declaración jurada de fecha 05 de mayo de 2008, ante Notario Público suscrito por María Paulina Rocha Chandía.

14.– Fotocopia de carta escrita por Daniela Manterola a su madre, doña María Soledad Barroso Barroso.

15.– Certificados de residencia de fechas 17 de abril de 2008, en que consta el domicilio de las siguientes personas:

– Carlos Ignacio Manterola Barroso, Los Pablos 1950, Torre IV, depto. 12, Temuco.

– Oscar Emilio Godoy Ramírez, Lomas del Carmen, casa 95, Temuco.

– María Soledad Barroso Barroso, Los Pablos 1950, Torre IV, depto 12, Temuco.

– Carlos. Eduardo Barroso Barroso, Javiera Carrera 250, Edificio 1, departamento 304, Temuco.

– Manuel Luis Barroso Vásquez, Torremolinos 375, departamento 201, Temuco.

– María Barroso Alvarez, Torremolinos 375, departamento 201, Temuco.

– Constancia de Carabineros de Chile de fecha 28 de abril de 2008.

16.– Asimismo se trajo a la vista todas las causas del ingreso del Juzgado de Familia de Temuco, ventiladas entre ambas partes con ingreso desde el mes de julio de 2007 hasta la fecha: C-1207-2008 08 sobre cuidado personal; F-927-2008; C-570-2008; F-367-2008; P-87-2008; C-339-2008; F244-2008; P-673-2007; F-1879-2007; C-2461-2007; C-2272-2007; F-1768-2007 y F-1406-2007.

17 – Se escuchó en audiencia privada al menor Carlos Ignacio Manterola Barroso.

Cuarto: Que de las alegaciones señaladas en el curso de la audiencia por ambas partes,

queda por establecido que no es controvertido en autos, la circunstancia de que por conciliación arribada en causa Rol C-2272-2007, de fecha 23 de noviembre de 2007, el cuidado personal de Carlos Ignacio Manterola Barroso, corresponde ejercerlo a su nombre, doña María Soledad Barroso Barroso. Que tampoco es controvertido que desde el día 27 de abril de 2008, este se ha mantenido con su padre, negándose a volver a residir con su madre, tal como consta de las múltiples constancias realizadas tanto por esta última como por su padre:

Tampoco es controvertido, y queda acreditado de los correos electrónicos acompañados en audiencia y de las constancias realizadas ante Carabineros de Chile por ambas partes, además del mérito de las múltiples causas que se ventilan ante este mismo Tribunal, que los padres del menor de autos, y partes en este juicio, se encuentran separados de hecho.

Quinto: Que es de criterio de esta magistrado, que la acción incoada es una gestión en que se pretende hacer cumplir una norma legal (la prevenida en el Artículo 225 del Código Civil, en que se otorga el cuidado personal a la madre en que caso de que los padres se encuentren separados) o una resolución judicial, que establezca a quien corresponde dicho cuidado personal, toda vez que la legislación vigente, sin perjuicio de otorgar derechos y deberes al padre que no se encuentre viviendo con el hijo, establece que a aquel que le corresponde el cuidado personal, no puede ser separado del menor.

Sexto: No obstante lo anterior, también es de criterio de esta magistrado que dichas normas legales, deben ceder ante el interés superior del niño, principio que debe aplicarse tanto por mandato expreso de la ley como de tratados internacionales aplicables en Chile, de manera tal que debe buscarse la solución que mejor avale los derechos y el normal desarrollo del menor de autos, evitando de la mayor forma posible, el perjuicio que pueda causarle.

Séptimo: Que lo anterior, lo señala expresamente el Código Civil, tanto en su Artículo 225, cuando señala que el cuidado personal del hijo se podrá entregar al otro de los partes, en caso que su interés lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada y también el Artículo 242 inciso final, que señala “En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá cómo consideración primordial, el interés superior del hijo tendrá debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Octavo: Que asimismo debe tenerse presente que el caso que nos ocupa, dice relación con la existencia de un conflicto conyugal entre los padres, que ha derivado en que exista una triangulación de parte del menor de autos, como concluye el informe psicológico incorporado, esto es que se ha incorporado como, parte en un conflicto que no lo corresponde y que debe ser resuelto por sus padres, quienes además, deben, a la brevedad posible resolver dichas problemáticas y poder separarlas de sus roles parentales, los que deberán ser ejercidos solo en aras del interés superior de sus hijos.

Noveno: Que, estima “ sentenciadora que en el caso que nos ocupa existe una conclusión entre los derechos que corresponden a la madre en relación del cuidado personal de su hijo, y los derechos de éste ultimo, quien ha solicitado expresamente, tanto al Tribunal como directamente a sus padres, quedarse con su progenitor.

Décimo: Que de los antecedentes aportados en la audiencia, los dichos de las partes y del

propio niño, en especial el mérito de las múltiples constancias presentadas ante Carabineros, que dan cuenta de los conflictos que se provocan al pretender obligar al menor a residir junto a su madre, todos los cuales se ponderan de acuerdo a la sana crítica, es de criterio de esta magistrado, que en este momento, atendido tanto la etapa de la relación entre los padres del niño y la posición que éste ha adoptado en relación a su madre, que ordenar la entrega inmediata a la solicitante, resolución que necesariamente, como se desprende del mérito del proceso, debería cumplirse mediante la fuerza, pública, causaría un perjuicio aun mayor para Carlos Ignacio, quien, necesita apoyo para superar el conflicto conyugal de sus padres y las influencias que este ha tenido en su vida.

Decimoprimer: Que asimismo debe tenerse presente que si bien y hasta la fecha el cuidado personal se mantiene en la madre, este ha sido controvertido, toda vez que se ha iniciado un juicio por parte del padre para obtener dicho cuidado personal, en que se ventilarán todas estas alegaciones y antecedentes, en atención a que por la naturaleza de dicho procedimiento, la resolución a que se arribe podrá contar con mayores antecedentes respecto de esta controversia. Asimismo se tiene presente que en dichos autos y a la fecha, se encuentra pendiente de resolución una solicitud de medida cautelar innovativa de otorgar dicho cuidado personal al padre.

Decimosegundo: Que se ha alegado por la solicitante, que la actitud del menor es solo consecuencia de manipulación del padre y de la familia de este para lograr separarlo, de la solicitante, sin embargo dicha circunstancia no se ha acreditado en el marco de este proceso, toda vez que el informe psicológico, si bien da cuenta del daño que al niño se ha causado, señala a ambos padres como origen de dichas situación.

Decimotercero: Que habiéndose oído al niño en audiencia privada, se tomara en consideración su opinión, toda vez que se condice con el resto de la prueba aportada en autos, y aparecen sus dichos fundados de acuerdo a su edad y madurez.

Decimocuarto: Que asimismo, se ha oído la opinión fundada de la consejero técnico presente en la sala, la que se condice con la anteriormente concluido.

Decimoquinto: Que el resto de la prueba rendida en nada altera lo ya señalado.

Y teniendo además presente lo previsto en los Artículos 225 y siguientes del Código Civil, y normas pertinentes de la ley que informa los Tribunales de Familia, se resuelve que:

I.– Se rechaza la solicitud de entrega de menor incoada por doña María Soledad Barroso Barroso, con fecha 28 de abril de 2008 II.– Que no se condena en costas por haber tenido motivo plausible para litigar.

Notifíquese, anótese, regístrese y en su oportunidad, archívese.

Dictada por doña Tania Gloria Zurita Riquelme, Juez de Familia Titular.

RIT C N° 1.187–2008.

Corte de Apelaciones de Temuco, 09/12/2008, 771-2008

### Texto Sentencia Corte de Apelaciones :

Temuco, nueve de diciembre de dos mil ocho.

Vistos:

Atendido el mérito de los antecedentes, se confirma la sentencia en alzada de fecha nueve de mayo de dos mil ocho, que consta en la carpeta digital.

Regístrese e incorpórese en su oportunidad en la carpeta digital.

Pronunciada por la Segunda Sala Presidente Ministro señor Héctor Toro Carrasco, Ministros señores Julio César Grandón Castro y Fernando Carreño Ortega.

En Temuco, nueve de diciembre de dos mil ocho, notifiqué por el estado diario la resolución precedente.

Rol N° 771-2008 Corte Suprema, 01/07/2009, 408-2009

### Texto Sentencia Corte Suprema:

Santiago, uno de julio de dos mil nueve.

Vistos:

En estos autos RIT. N° C-1187-2008, RUC N° 08-20177850-7 del Juzgado de Familia de Temuco, sobre entrega del menor Carlos Ignacio Manterola Barroso, por sentencia de nueve de mayo de dos mil ocho de estos antecedentes, se rechazó la demanda deducida por su madre doña María Soledad Barroso Barroso, en contra de su cónyuge y padre del niño, don Carlos Guillermo Manterola Delgado.

Se alzó la parte demandante y la Corte, de Apelaciones de Temuco, por fallo de nueve de diciembre de dos mil ocho, confirmó la sentencia apelada.

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

Considerando:

Primero: Que en el recurso se denuncia en primer término, la infracción de los artículos

225 y 1698 del Código Civil, aseverándose por la recurrente que se la ha privado de ejercer el cuidado personal de su hijo y se han vulnerado las disposiciones legales que le reconocen la titularidad de ese derecho–deber.

Señala que los jueces del fondo debieron razonar y tener en consideración que la privación de dicho derecho, sólo puede darse si se establece su inhabilidad en los términos del artículo 226 del Código Civil. Debe considerarse lo establecido en el artículo 74 de la ley 19.968 y sus modificaciones, ya que la separación de un niño de su madre sólo puede ser decretada cuando sea estrictamente necesaria para salvaguardar los derechos del menor, presupuesto que, no se configura en la especie.

Indica que la determinación de los sentenciadores implica, también, la vulneración de la garantía constitucional del debido proceso, pues mediante una simple solicitud de entrega del menor, el tribunal le confiere su cuidado al otro padre, sin que se haya verificado el juicio que la ley contempla para estos efectos y que está destinado a resolver sobre materias como la del cuidado o custodia de un niño.

Además, se han vulnerado los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, al desconocerse el mérito de los antecedentes y el pronunciamiento que sobre esta materia se hiciera en el proceso tenido a la vista en que se desestimó la medida cautelar solicitada por el padre, por corresponderle el cuidado personal de su hijo a ella. El fallo impugnado no considera que los niños deben desarrollarse en un orden natural, en el que la madre tiene un rol activo, siendo ella una figura de relevancia para su formación.

Manifiesta que no se ha cumplido con el imperativo de apreciar la prueba conforme a la sana crítica, sin que este sistema permita en modo alguno, desatender las probanzas rendidas, como ha ocurrida en el caso sub–lite en el que se ha desconocido un informe del Servicio Médico Legal de Temuco que concluye que el niño se encuentra afectado por síndrome de alineación parental y que es su padre el autor de esta situación.

En último lugar, se denuncia la infracción de las normas y principios rectores de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, las que establecen, en especial, el respeto a los padres, por la educación del menor y su vinculación de manera sana y armónica con sus progenitores.

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

1).– Que los padres del menor se encuentran separados de hecho desde el mes de junio de 2007; 2).– Que por acuerdo al que se arribó en causa Rol C–2272–2007, de 23 de noviembre de 2007, el cuidado personal de Carlos Ignacio Manterota Barroso, le correspondió ejercerlo a su madre, doña María Soledad Barroso Barroso y se estableció un régimen de relación directa y regular amplio con su padre.

3).– Que desde el 27 de abril de 2008, el menor se encuentra con don Carlos Guillermo Manterola Delgado, quien se ha negado a entregar al niño a su madre.

4).– Que entre las partes se han ventilado una serie de procesos judiciales, desde el año 2007, que han versado también sobre el cuidado personal del menor, derivados de la conflictiva relación y separación de los mismos.

Tercero: Que la acción ejercida en autos corresponde a la de entrega inmediata del niño Carlos Ignacio Manterota Barroso, la que ha sido deducida por su madre, fundada en que ésta tiene su cuidado personal y que el padre con ocasión del ejercicio del régimen comunicacional amplio existente, se ha negado a restituirlo a partir del 27 de abril de 2008, fecha desde la cual vive con su hijo. Al efecto, útil es anotar que por tuición debe entenderse “él derecho de los padres de tener a sus hijos en su compañía y doctrinariamente, se ha denominado deber de convivencia o unidad de domicilio . (La filiación en el Nuevo Derecho de Familia, Claudia Schmidt y Paulina Veloso, Edit. Conosur, LexisNexis, Chile, 2001, pág., 273). Si los progenitores viven separados, sea filiación matrimonial o no matrimonial, cabe distinguir entre la atribución legal, la convencional y la judicial. El legislador en el artículo 225 del Código Civil, previene que “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos , lo anterior supone la inexistencia de acuerdos o pactos que altere le citada regla. La convención sobre el cuidado de los hijos es solemne, debe contar por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial de Registro Civil y subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo Cuarto: Que, en el caso sub–lite, es un hecho pacífico que la madre tiene asignado el cuidado personal de su hijo, conforme a lo resuelto en el proceso Rol C 2272–2007.

Quinto: Que los jueces del fondo, no obstante entender que a la madre le corresponde ejercer el cuidado respecto de su hijo menor y que en virtud de ello, no puede ser separada de él, consideran que este criterio debe ceder en interés superior del niño, debiendo buscarse la solución que mejor avale sus derechos y normal desarrollo, evitando de la mejor forma posible, el perjuicio que pueda causársele.

Asimismo, tienen presente que el presente caso dice relación con la existencia de un conflicto conyugal entre los padres, al que han incorporado a su hijo.

Estiman que existe una colusión entre los derechos que corresponden a la madre en relación al cuidado personal de su hijo y los derechos de éste, quien ha solicitado expresamente quedarse con su progenitor; y anotan los efectos perjudiciales que podrían ocasionarse al menor si se le pretende obligar a residir junto a su madre, atendida la etapa de la relación entre los padres del niño y la posición que éste ha adoptado respecto de su madre.

Consideran, también, los jueces del grado, que si bien el cuidado del menor corresponde a la madre, esta situación ha sido controvertida por el padre, quien ha iniciado juicio para obtenerlo.

Sexto: Que es un hecho establecido que a la actora, madre del menor de autos corresponde su cuidado, en razón del acuerdo al que arribaron las partes y de lo establecido por la ley. En consecuencia, ésta no ha podido ser privada del mismo, sino en el caso de existir inhabilidad, causa calificada o porque el interés superior del menor haga aconsejable

entregarlo, al otro progenitor, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 225, inciso tercero y en el artículo 226, ambos del Código Civil, en relación con lo prescrito por el artículo 42 de la ley 16.618; circunstancias que, por lo demás, deben ser discutidas y establecidas, en el procedimiento especialmente previsto por la ley para estos efectos, cuya naturaleza y estándares de convicción son sustancialmente distintos a los del presente, donde la controversia se ha centrado únicamente en determinar si a la solicitante le asiste el derecho para reclamar la entrega y restitución del cuidado de su hijo y si, en todo caso, esto es procedente, atendida la situación del mismo.

Séptimo: Que, al respecto, cabe señalar que los argumentos y razones esgrimidas por los jueces del fondo para no reconocer la pretensión de la actora no resultan convincentes para este Tribunal desde que los mismos no se sustentan en una causa real de peligro o afectación para los derechos del menor, ni en motivo legal que así lo autorice, no desprendiéndose tampoco circunstancias que pueden avalar la determinación de los jueces del fondo: la que, en definitiva, desconoce la titularidad de la actora en el ejercicio del cuidado de su hijo.

Octavo: Que tampoco la noción del interés superior del niño justifica en este caso la decisión adoptada por los sentenciadores y que implica desconocer el derecho– deber que le asiste, en este ámbito, a la madre. En efecto, este principio que tiende a asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales y a posibilitar la mayor suma de ventajas, en todos los aspectos de su vida, en perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad, no aparece amenazado ni vulnerado conforme a los propios hechos que se han establecido en el fallo que se revisa, con la titularidad que le asiste a la madre en orden a ejercer su cuidado personal, no configurándose una colusión entre los derechos que en virtud del mismo le asisten al menor y el que detenta la demandante.

Noveno: Que, así las cosas, la decisión de los sentenciadores importa una infracción al artículo 225 del Código Civil, en la medida que al negársele lugar a la acción intentada, se desconoce en los hechos, sin haberse establecido una causa o motivo legal que lo autorice, el derecho de la madre a hacerse cargo del cuidado personal de su hijo.

Décimo: Que tales yerros han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo en estudio, desde que condujeron a los jueces a rechazar la acción intentada.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 766, 783 y 785 del Código de Procedimiento Civil, se acoge, sin costas, el recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante a fojas 2, contra la sentencia de nueve de diciembre de dos mil ocho, que se lee a fojas 1 de estos antecedentes, la que se invalida y reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente y sin nueva vista.

Acordada contra el voto del Ministro señor Brito, quien fue de parecer de rechazar el recurso de casación deducido atendida la especial naturaleza cautelar de la resolución impugnada y su claro carácter provisorio, por lo que es evidente que no pone término a la controversia ni hace imposible la continuación del juicio.

Redacción a cargo del Presidente señor Urbano Marín Vallejo y del voto en contra, su autor.

Regístrese Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Urbano Marín V., señora Sonia Araneda B., señor Haroldo Brito C., señor Guillermo Silva G., y el Abogado Integrantes señor Roberto Jacob Ch. Santiago, 01 de julio de 2009.

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

En Santiago, a uno de julio de dos mil nueve, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.

Rol N° 408-09.

Fallo de Reemplazo, 01/07/2009, 408-2009

### Texto Sentencia Fallo de Reemplazo:

Santiago, uno de julio de dos mil nueve.

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 noveno a décimo quinto, los que se eliminan.

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

Primero: Los motivos segundo, tercero, cuarto, sexto, séptimo y octavo del fallo de casación que antecede, el que para estos efectos se reproduce.

Segundo: Que conforme al mérito de los antecedentes allegados a este proceso, no existen motivos o circunstancias que permitan desconocer el derecho que le corresponde a la madre en orden a ejercer el cuidado personal del menor de autos, razón por la cual la acción intentada será acogida Tercero: Que atendida la naturaleza de la acción deducida, la controversia no ha tenido por objeto determinar la situación definitiva en relación al cuidado del menor de autos, pues ello constituye una materia propia de un juicio de otro carácter, de modo que lo aquí decidido es, sin perjuicio, de lo que en otra sede pueda resolverse a tal respecto.

Por estas consideraciones y conforme lo dispuesto por el artículo 67 de la ley 19.968, se revoca la sentencia apelada de nueve de mayo de dos mil ocho, que consta en la carpeta digital, en cuanto rechaza la solicitud de entrega del menor incoada por doña María Soledad Barroso Barroso y, en su lugar, se resuelve que se hace lugar a ella.

El juez de la causa adoptará las medidas pertinentes a fin de dar cumplimiento a lo resuelto, sin perjuicio de lo señalado en el motivo tercero de esta sentencia.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Brito, quien estuvo por confirmar el fallo en alzada, teniendo, además, en consideración que es necesario mantener la situación del menor bajo la custodia de la figura paterna, mientras se resuelve en el procedimiento correspondiente sobre su cuidado definitivo, tal como se consigna en la sentencia que se revisa.

Redacción a cargo del Presidente señor Urbano Marín Vallejo y del voto en contra, su autor.

Regístrese y devuélvase, con su agregado.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Urbano Marín V., señora Sonia Araneda B., señor Haroldo Brito C., señor Guillermo Silva G., y el Abogado Integrantes señor Roberto Jacob Ch. Santiago, 01 de julio de 2009.

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

En Santiago, a uno de julio de dos mil nueve, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.

Rol N° 408-09.