

Santiago, veintitrés de mayo de dos mil diecisiete.

Vistos:

En autos número de RIT XXXX-2015, caratulados “XXXX”, seguidos ante el Tercer Juzgado de Familia de Santiago, por sentencia de veintidós de junio último, se acogió la demanda y se confió al padre el cuidado personal de los niños XXXX y XXXX, ambos XXXX, nacidos el 21 de enero de 2014, ordenándose que la sentencia deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento de los niños. Además, se dispuso un régimen comunicacional respecto de la madre y que las partes deberán realizarse una terapia de fortalecimiento de habilidades parentales, a desarrollarse en CIEPS, a fin de mejorar su relación como padres y con los niños, debiendo trabajar principalmente el área de la coparentalidad, sin costas.

Dicha sentencia fue revocada el veintidós de noviembre último, por una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, declarando que la demanda de cuidado personal quedaba rechazada, manteniéndose en la madre que lo tenía al iniciarse el proceso. Asimismo, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso 6° del artículo 225 del Código Civil, se determinó el régimen comunicacional del padre para con sus hijos, y que la madre garantizará. También se derivó a las partes a terapia de fortalecimiento de habilidades parentales, a desarrollarse en CIEPS, a fin de mejorar su relación como padres y con los niños de autos, debiendo trabajar principalmente el área de la coparentalidad, sin costas.

En contra de dicha decisión la parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo, denunciando la vulneración de lo que disponen los artículos 222, 225, 225-2 y 242 del Código Civil, 3 y 9 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y 16 de la Ley N° 19.968, y solicita que se lo acoja y se dicte la sentencia de reemplazo que confirme la de primera instancia.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

1° Que el recurrente, en forma previa, alude a los términos de la demanda y a los de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, como también a las reflexiones que contiene en sus motivos 9°, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° y 20°, que transcribe, y luego señala que fue a través del detenido análisis de todos los informes periciales evacuados que señalaron que el señor XXXX es el progenitor más apto, que cuenta con mejores habilidades y/o competencias parentales, opinión que fue compartida por el Consejo Técnico, que el juez de la instancia adquirió convicción respecto a que es el progenitor quien se encuentra en condiciones de resguardar en mejor medida el interés superior de XXXX y XXXX.

También se refiere a los razonamientos de la sentencia que impugna, reproduciendo los motivos 6°, 8° y 9°, y destaca que mantuvo los considerandos 9° a 13° de la de primera instancia que se refieren a las conclusiones de los informes psicológicos y sociales, que señalan que el padre es quien cuenta con mejores habilidades parentales, características psicológicas, económicas y sociales, para hacerse cargo del cuidado de los niños, pudiendo brindarles una mayor estabilidad y protección en comparación con la madre, que no es capaz de anteponer las necesidades de los niños a las propias.

Enseguida, señala que se vulneró lo que disponen los artículos 225 y 225-2 del Código Civil, porque la sentencia no se ajustó a los principios y reglas que establecen para determinar cuál de los padres satisface el interés superior de los niños al ser más apto para hacerse cargo de su cuidado personal, pues, en la práctica, se limitó a descartar inhabilidades en la madre para que el cuidado personal no fuese detentado por el padre. En efecto, pese a citarse los resultados de los informes en los que se señala que la madre tiene competencias parentales claramente inferiores, se estimó que no existe una causal grave calificada para alterar el estándar legislativo, que sería la priorización de la estabilidad y la mantención de la residencia de los niños. Entonces, no se determinó cuál de los dos progenitores resguarda en mayor

medida el interés superior de los niños, como ordena la ley, y pese a que se mencionan los criterios del artículo 225-2 del Código Civil, se da preponderancia a la "estabilidad" de los niños, que estaría referida exclusivamente a un elemento fáctico y físico, cual es, que ambos continúen viviendo con su madre, lo que se traduce en que esa continuidad prefiere al resto de los criterios de ponderación legales, estabilidad que solo sería posible alterar cuando exista causa que lo amerite. De esta forma, queda claro que más que determinar cuál de los dos progenitores es el más apto para detentar el cuidado personal de los niños atendiendo a su interés superior, basándose en las normas legales aplicables al caso, se estableció una prioridad de un criterio respecto a otro, y requerir, para alterarlo, una causal grave y calificada, requisito que fue derogado por la Ley N° 20.680, pues el artículo 225 del Código Civil, en observancia a los principios de interés superior del niño y de igualdad y corresponsabilidad parental, permanece neutra frente al sexo de los padres, al no dar preferencia a ninguno de los dos y establece que el juez puede atribuir el cuidado personal al otro de los padres cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente. Asumiendo estándares internacionales, se debe decidir sobre la atribución y ejercicio del cuidado personal teniendo como criterio rector la satisfacción plena e integral del interés superior del niño. La ley no ha priorizado la estabilidad material y espiritual del hijo por sobre otros criterios -como se afirma en el considerando 6°-, ya que la mejor garantía de dicha estabilidad debe emanar de los criterios y circunstancias que menciona el artículo 225-2 del citado, en especial, sus letras d) y e), en atención a la consideración primordial que constituye el interés superior del niño.

Agrega que, en cumplimiento a la Observación General número 14, de 2013, del Comité de Derechos del Niño, el Estado chileno elaboró una lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica que podrían formar parte de la evaluación del interés superior del niño que lleve a cabo cualquier responsable de la toma de decisiones que tenga ante sí ese cometido. Así, los criterios

contenidos en el artículo 225-2 del Código Civil no constituyen meras orientaciones para el juez, sino que deben ser confrontados con las circunstancias específicas del caso concreto, en el entendido que, de esa forma, se satisface la directriz primordial vigente, esto es, el interés superior del niño. Por su parte, no existe preferencia legal por alguno de dichos elementos, pues el único criterio rector es el interés superior del niño.

Entonces, sostiene, como la sentencia impugnada reprodujo considerandos de la de primera instancia que señalan explícita y claramente que son dispares las habilidades parentales de cada progenitor, la conclusión es que las habilidades parentales de la madre están en desventaja en relación a las del padre, especialmente en lo que respecta a competencias parentales vinculares, reflexivas y de coparentalidad, encontrándose esta última evaluada como "insatisfactoria". A su vez, se menciona reiteradas veces en la sentencia de primer grado -en aquello que fue reproducido- que la madre tiende a privilegiar sus necesidades por sobre las de los niños, y que tiene dificultades para dar un trato diferenciado a cada uno, lo que es grave si se considera que los niños tienen niveles de desarrollo diferentes pese a tener la misma edad.

La diferencia en habilidades no es mínima como sostiene la sentencia impugnada, sino que puede influir directamente en el desarrollo futuro de los niños. Las competencias parentales vinculares, que tienen un nivel bajo, se refieren a las prácticas de crianza dirigidas a promover un estilo de apego seguro y un adecuado desarrollo socioemocional en los niños, permitiendo una relación de confianza entre éstos y sus padres. Un bajo nivel en estas habilidades implica, en la práctica, que la madre tenga dificultades para vincularse con los niños y proporcionarles estabilidad emocional, lo que podría impactar en su desarrollo volviéndolos más inseguros y menos capaces de atreverse a explorar el mundo. Las competencias parentales reflexivas se refieren a los conocimientos y prácticas en la crianza que permiten al padre o madre meditar acerca del ejercicio de su propia parentalidad y cómo puede influir en sus hijos, revisando sus prácticas actuales evaluando el curso de

desarrollo del niño, con el objeto de retroalimentar las otras áreas de sus habilidades parentales. Un bajo nivel en estas habilidades implica que la madre no tiende a reflexionar acerca de sus técnicas de crianza, e incluso cuando los niños manifiesten dificultades, siendo más reacia a cambiar su conducta. Lo anterior es coherente con su personalidad heteroculpabilizadora, pesquisada en los informes periciales, desde que tiende a culpar a otros por sus problemas y los de sus hijos, sin reparar en que podría ser la causante de los mismos, lo que explica por qué se opone a asistir a terapias de fortalecimiento de habilidades parentales decretadas en primera instancia, como en el proceso de autorización de salida del país.

Finalmente, las competencias de coparentalidad que aparecen como insatisfactorias en la madre se refieren a la forma en que un progenitor interactúa con el otro, cooperando con él y brindándole su apoyo en las materias que digan relación con la crianza del niño, permitiendo que ambos estén involucrados activamente en su vida. Los niveles bajos de coparentalidad se traducen en que entorpezca el régimen comunicacional de los niños con su padre, aduciendo excusas para incumplirlo e, incluso, llegando al extremo de retenerlos ilícitamente en Uruguay, acto que jamás cuestionó, restituyendo a los niños a Chile solo cuando así se le ordenó.

No obstante la evidente disparidad en las competencias parentales de ambos padres y las graves consecuencias que pueden traer para los niños, los jueces de segunda instancia decidieron concluir que son similares, lo que importa vulnerar, a su vez, lo establecido en los artículos 222 y 242 del Código Civil, 16 de la Ley N° 19.968, y 3 y 9 de la Convención sobre Derechos del Niño, toda vez que no tomó en consideración el interés superior de XXXX y XXXX a la hora de decidir a cuál de los padres se debía atribuir su cuidado personal. Cita, al efecto, sentencias de los tribunales superiores de justicia que señalan lo que debe entenderse por el interés superior del niño, a saber, dictadas por esta Corte el 18 de octubre de 2016 y 14 de abril de 2008, en autos número de rol XXXX-2016 y XXXX-2008, respectivamente, y por la

Corte de Apelaciones de Santiago el 1 de septiembre de 2004, autos número de rol XXXX-2004. De esta forma, afirma, se vulneró el mandato legal al no aplicarse correctamente el principio del interés superior del niño, toda vez que la decisión no se condice con un mayor bienestar para XXXX y XXXX, quienes continuarán bajo el cuidado del progenitor menos apto para hacerse cargo de ellos, lo que podría perjudicar el desarrollo futuro y la estabilidad emocional de ambos.

Añade que la sentencia impugnada refiere como fundamento que no existe motivo o razón de gravedad que haga necesario ahora sacrificar la estabilidad de los niños, entregando la titularidad del cuidado personal al padre; en circunstancias que ello constituye una exposición innecesaria a un riesgo cierto y probado por las pericias tenidas a la vista, toda vez que no se estaría atribuyendo el cuidado personal de los niños al progenitor que presenta mayores y mejores habilidades parentales, en especial, para favorecer el contacto y comunicación con el otro padre o madre necesarios para el mejor desarrollo de los niños, favoreciendo así su estabilidad; por el contrario, se está hipotecando el futuro de los niños y su mejor crecimiento y formación dejándolos a cargo del progenitor que cuenta con capacidades y/o habilidades parentales disminuidas. Aun cuando hoy existiera perjuicio para los niños al establecer que residirán con el padre, sería considerablemente menor al daño que traerá aparejado el quedar bajo el cuidado del progenitor menos apto. Por lo tanto, la sentencia no se condice con la jurisprudencia citada pues se decide mantener el cuidado en la madre, a pesar que es el padre el progenitor que por sus habilidades y/o competencias parentales puede detentar y ejercer en forma más beneficiosa para los niños el derecho-deber de cuidar, criar, formar, educar y establecer a los hijos y satisfacer plenamente sus derechos afectivos, económicos y de educación.

De esta forma, se vulnera el principio del interés superior del niño y lo prescrito en el artículo 225-2 del Código Civil, que establece los criterios a considerar a la hora de determinar el cuidado personal de un niño, y un gran

número eran aplicables, sin embargo, fueron desatendidos. Dichos criterios son: la vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar: pues los niños tienen una fuerte relación de apego con su padre, destacando sus habilidades para proporcionarles seguridad y estabilidad. Si bien tienen un vínculo de apego con la madre, ella tiene dificultad para estabilizarlos y darse cuenta que están desregulados y no es capaz de proporcionarles adecuadamente un apego seguro y brindarles la confianza que necesitan; la aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad: ya que el padre puede garantizar en mayor medida el bienestar de los niños y procurarles un entorno más adecuado, por sus competencias parentales superiores a las de la madre, siendo capaz de darle un trato diferenciado a cada uno conforme a sus distintas necesidades y capacidades, y de anteponer las necesidades de sus hijos a las propias, conducta que no es compartida con la madre. A su vez, tiene mayor flexibilidad horaria de trabajo, por lo que puede hacerse cargo de los niños en mayor medida que la madre; la contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo: atendido que el padre siempre ha concurrido a la manutención de los niños; la actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229: porque la madre se ha dedicado a entorpecer la relación directa y regular con su padre, poniendo trabas y restricciones para que los viera, y aduciendo excusas para incumplirlo, situación que se ha reiterado hasta la actualidad. Además, los retuvo ilícitamente en Uruguay durante los primeros cinco meses de 2015, por lo que fue necesario iniciar un juicio de secuestro internacional, para lograr el regreso al país, proceso en el que la madre fue condenada en ambas instancias; el resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar: pues los informes apuntan al padre como el progenitor más apto al contar con

habilidades parentales que superan notoriamente a las de la madre; los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio: dado que el padre tiene mayor voluntad para llegar a acuerdos con la madre, desconociendo acuerdos en relación al régimen comunicacional; y, por último, por la presencia de otros antecedentes que dan cuenta que la madre no es capaz de velar por el bienestar de sus hijos, como cuando pretendió ocultarles la orientación sexual de su padre y su verdadero origen e historia de vida, solicitando que se les ocultara lo referente a sus familias de origen, la forma en que sus padres acordaron traerlos al mundo, etc., queriendo parecer frente a sus hijos como una situación normal de padres separados.

Así, concluye, existen motivos fundados para otorgar el cuidado personal al padre, quedando comprobado que la madre no garantiza adecuadamente el bienestar de ambos niños, por lo que se cometió una infracción de ley y se transgredió el principio del interés superior del niño. Alude a sentencias de esta Corte que señalan que el cuidado personal de los hijos debe ser detentado por aquel padre que garantice un mayor bienestar, aplicando los criterios establecidos en el artículo 225-2 del Código Civil, tales como las competencias de cada padre, su nivel de coparentalidad y la estabilidad emocional que pueda brindar a los hijos, a saber, dictadas el 12 de julio y 6 de septiembre de 2016 y 17 de marzo de 2015, en los ingresos N° XXXX-2016, XXXX-2016 y XXXX-2014, respectivamente.

Por último, señala cómo los errores de derecho que denuncia influyeron sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, y solicita, en definitiva, se acoja el recurso y se la anule, acto seguido, sin nueva vista y separadamente, se dicte la de reemplazo que confirme la de primera instancia;

2° Que los jueces del fondo establecieron como hechos de la causa, los siguientes:

-Ambos padres están interesados en mantener el cuidado de sus dos hijos menores de edad y no presentan inhabilidades para ejercerlo, cuentan con trabajos estables y son profesionales muy calificados de altos ingresos,

dueños de sus respectivas viviendas que tienen buenas condiciones de habitabilidad para tener a los niños, pues los espacios son adecuados, higiénicos y cada una tiene una habitación y espacios recreacionales para ellos.

-La madre muestra un desempeño de competencias parentales en general competente, lo que facilitaría el enfrentamiento satisfactorio de las tareas básicas de cuidado y estimulación de los niños, propios de su carácter de madre, interferidas actualmente por la ansiedad en respuesta al estrés del conflicto existente. En sus competencias parentales vinculares y reflexivas se evalúa con un desarrollo básico; en las formativas y protectoras como competentes; y para la coparentalidad como insatisfactoria, pero con pronóstico positivo. Las vinculares están afectadas por ansiedad y depresión y muestra un estilo intrusivo, se adelanta a las necesidades, no logra discriminar sus necesidades versus las de sus hijos, pero tiene potencial.

-El padre aparece con sus competencias parentales vinculares con un desarrollo satisfactorio; las formativas, protectoras y reflexivas como competentes; y para el desarrollo de la coparentalidad como básica, pero con buen pronóstico, y desde un punto de vista técnico, garantizaría mejor la vinculación con el otro progenitor, si los niños estuvieren a su cargo; y tiene mejor evaluación en el área de habilidades parentales, de empatía, y de diferenciación de necesidades entre los niños. No tiene antecedentes de depresión, es más bien reflexivo, propone buenos acuerdos y está llano a alcanzar acuerdos en pro del buen término del juicio.

-El conflicto familiar afecta a ambos padres en sus competencias de coparentalidad y aparece uno generado por el padre, en su intención de homologar a la madre con su pareja, lo que es fuente, en parte, de las tensiones, junto con el temor de ella de ser anulada en su calidad de tal cuando los niños están con el padre, sin saber muy bien como tolerar la angustia, a lo que se une su fuerte concepto de familia tradicional respecto a la no aceptación de la pareja del padre y la judicialización del conflicto familiar.

Parte del proceso judicial ha generado en la madre confusión y ansiedad que le dificulta tener respuestas acertadas y empáticas en algunas ocasiones, lo que aparece afectándola, en parte, en las competencias calificadas como básicas, en particular, en las vinculares y reflexivas.

-Los tiempos laborales del padre son más flexibles que los de la madre, pues trabaja desde las 9:00 a las 19:00 horas.

-No hay ningún factor de riesgo de los niños con la madre ni con el padre, ni existe inconveniente alguno que se queden al cuidado de uno u otro, tampoco se vislumbra alguno por ser criados por el padre biológico y su pareja del mismo sexo.

-Los niños se encuentran en un estado de salud física y mental normal, pero uno de los niños no presenta el mismo nivel de desarrollo que el otro y requeriría una atención especial de sus progenitores, donde la madre presenta competencias básicas, en especial por el tratamiento conjunto que da a ambos niños, sin diferenciar, todo frente a un padre más atento.

-El sistema de relación directa y regular existente consiste en que los niños viven con la madre durante la semana, y con el padre los viernes y sábados; pero éste ha tenido dificultades para mantener las visitas con sus hijos, llegando al extremo el episodio que dio origen a la causa tramitada en Uruguay.

Luego, tuvieron presente que la orientación sexual de los padres no es una consideración relevante para decidir acerca del cuidado personal de los hijos; que el interés superior del niño es el principio trascendente y que mira a su protección, y que su sentido como principio se debe a que por una serie de limitaciones debido a su edad, se encuentran en una posición de mayor fragilidad frente a los adultos, inclusive para defender sus derechos e intereses, por lo que el sistema jurídico frente a decisiones jurídicas que involucran su suerte o destino, impone a los órganos del Estado la necesidad de velar con principal vista en los intereses del niño, por lo que tanto la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3 N° 1, como el Código Civil en su

artículo 222, consagran la necesidad de la orientación en torno al interés superior del niño, entregando pautas a los órganos del Estado y a los padres, que se deben tener en consideración de manera primordial al momento de adoptar una decisión en particular que afecte la esfera de intereses de los niños. La doctrina señala que existe “una cierta unanimidad en cuanto a cuáles son las necesidades básicas de la niñez. Pero cuando se piensa qué es lo más conveniente, útil o provechoso para el menor, surgen distintas apreciaciones (...) la evaluación del interés del niño dependerá de la definición y/o prelación de los valores que se consideran importantes en su etapa formativa: para unos serán los que estimulan los afectos, la solidaridad, la responsabilidad, para otros el orden, la disciplina y la eficiencia”, y agrega que al “interior de una misma sociedad confluyen distintas ideologías que revelan el pluralismo propio de un sistema democrático” (M. Gómez de la Torre, *El Sistema Filiativo Chileno*, Edit. Jurídica de Chile, pp. 42 y 43); y que ante aquellas diferencias a quien corresponde, en primer lugar, determinar esos criterios jurídicos más específicos que concretan el interés superior del niño, y que salvaguardan prioritariamente la igualdad ante el Derecho, es al legislador, de manera general y abstracta, y que el juez no puede alejarse de los criterios jurídicos con que se concretiza el interés superior del niño y ante su insuficiencia para decidir el caso singular, puede integrar la normativa con otros que lo materialicen.

Además, consideraron que son los artículos 224 a 227 del Código Civil los que se deben aplicar, estableciendo el principio de corresponsabilidad parental, conforme al cual toca a ambos progenitores, de consuno, el cuidado personal de los hijos. Pero si viven separados se debe determinar a quién le corresponde, y se dan tres opciones, según si hay o no acuerdo respecto a la titularidad y manera de ejercer el cuidado personal, pues si hay acuerdo de los padres, se debe estar a él, y si no lo hay, se reglamentan dos soluciones: a) los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo, que mira a la estabilidad de la situación del hijo, en vistas de su

apego y arraigo, pero proyectada en el tiempo futuro; y b) se entregan ciertas pautas o criterios que se deben tener en cuenta al momento de solucionar el caso particular, conforme lo dispone el inciso 4° del artículo 225, entregando el artículo 225-2 criterios legales a los que se debe atender; que en cuanto a la forma en que se conjugan las normas del artículo 225 inciso 3° y 4° y 225-2, señalaron que el legislador nuevamente tiene prioridad de regulación. En tal sentido, la ley interpreta y concretiza el principio del interés superior del niño regulando directamente la situación de la titularidad y ejercicio del cuidado personal en el inciso 3° del artículo 225, priorizando la estabilidad material y espiritual del hijo, por sobre otros criterios, para efectos de proteger el apego al padre con que convive, y el arraigo a su hogar, y a efectos de que su desarrollo se dé de manera estable en el tiempo, priorización legal que puede ceder sólo en la manera que lo señala el inciso 4° del artículo 225, esto es, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, lo que debe ser juzgado en el caso particular, para derrotar al mandato legal directo. Sostienen que no priorizar la estabilidad del niño, implicaría, además, entender que cualquier variación en el resultado ponderativo, a favor de la legítima pretensión de uno y otro padre de obtener el cuidado personal del hijo, llevase a exponerlo potencialmente a diversos cambios de hogar en el transcurso de vida de uno a otro padre, al amparo de cualquier cambio de situación del resultado ponderativo. En tal sentido, todo acto de ponderación de diversos criterios supone asumir un potencial costo de resultado, donde unos aspectos pueden verse en desmedro o en menor medida que otros. Precisamente, a dicha calificación es que el legislador contribuye, no sólo indicando ciertos índices a valorar que entiende la ley ligadas al interés superior del niño, sino que puede expresar y expresa, ciertas preferencias no absolutas a favor de ciertos índices, como es el de la estabilidad de vida del niño en el lugar donde y con quién reside de manera permanente.

Enseguida, consideraron que los progenitores aparecen, en general, como de un nivel relativamente similar, sin que aparezca un desequilibrio tal que sea capaz de producir una afectación en el interés superior de los niños, en términos de romper el estándar legalmente priorizado de estabilidad en la permanencia con el padre que tiene su cuidado personal, aunque es en las competencias específicas donde presentan algunas diferencias, pero sin llegar a conculcar el interés superior del niño, como para nuevamente superar el estándar de la estabilidad de la situación de los niños; sin perjuicio de que las deficiencias en las competencias de la madre y en parte del padre, son mejorables mediante terapia de fortalecimiento de las habilidades parentales, por lo que no se ve una necesidad en afectar el referido estándar. Por último indican que como ambos padres son aptos para el cuidado de los niños, lo mejor sería el régimen compartido de cuidado personal, al no poder disponerse y no existiendo una causal grave calificada para alterar el estándar legislativo priorizado para la tutela del interés superior del niño en la ponderación de criterios, y con mayor razón si existen pronósticos favorables en la evolución de las competencias de ambos, sobre la base de un proceso terapéutico, lo que tutelaría el buen desarrollo de los niños y la estabilidad de su situación en el tiempo futuro, rechazaron la demanda;

3° Que la lectura de las motivaciones esgrimidas por los sentenciadores para revocar el fallo en alzada y mantener el cuidado personal en la madre de los niños XXXX, permite advertir, con meridiana nitidez, que interpretan la norma contenida en el inciso 3° del artículo 225 del Código Civil, como una que le otorga un privilegio o preferencia para ejercer el cuidado personal de los hijos, a aquel de los padres que hubiere estado conviviendo con ellos al momento de la separación, producto de lo cual entienden que el legislador ha dado preeminencia al factor estabilidad del niño, en relación a los demás criterios o circunstancias enunciados en el artículo 225-2 del cuerpo legal citado que el juez debe apreciar para determinar a cuál de los padres atribuir el cuidado personal. Así lo demuestran las argumentaciones contenidas en el

motivo sexto, cuando se afirma que “La ley interpreta y concretiza el principio del interés superior del niño, regulando directamente la situación de la titularidad y ejercicio del cuidado personal en el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, priorizando la estabilidad material y espiritual del hijo, por sobre otros criterios, para efectos de proteger el apego con el padre que convive y el arraigo a su hogar y a efectos de que su desarrollo se dé de manera más estable”; o cuando se refieren a que sólo en caso de que la ponderación de los criterios del artículo 225-2 sean cualitativamente relevantes en el caso singular, se podrá “*derrotar el criterio privilegiado por el legislador*”, por lo que “en una relativa igualdad de condiciones conjuntas *no puede estimarse derrotado el criterio legal*”. Lo que resulta concordante con el criterio acuñado al concluir en el motivo noveno que “*no se estima que exista una causal grave calificada para alterar el estándar legislativo priorizado...*”;

4° Que, contrario a lo que sostiene el fallo impugnado, la regla del inciso 3° del artículo 225 del Código Civil fue introducida por la ley 20.680 como una regla supletoria y provisoria, para el caso de separación de los padres, cuando no existiere acuerdo respecto de cuál de ellos tendría el cuidado personal de los hijos menores, atendida la eliminación de la regla de atribución legal que establecía una preferencia en favor de la madre en tal evento. En términos prácticos, la regla opta por mantener la situación de hecho que se verifica en tal momento, dejando el cuidado personal en quien estuviere conviviendo con los hijos a esa fecha, mientras no exista una decisión judicial al respecto.

En efecto, la modificación introducida por la ley 20.680 estableció como regla de atribución principal de la titularidad en el cuidado personal, el acuerdo de los padres, quienes pueden, a partir de dicha reforma, no sólo determinar que el cuidado quede entregado a uno de los dos, sino convenir una modalidad de cuidado compartido. La eliminación de la regla legal supletoria de atribución preferente a la madre generó, sin embargo, durante la

tramitación del proyecto que dio lugar a la ley aludida, la inquietud en algunos legisladores, de definir qué ocurría en caso de no existir acuerdo y mientras no se ejercieran acciones judiciales tendientes a obtener el cuidado personal por uno de los padres, alcanzándose una solución de compromiso que no le da preferencia a ninguno por sobre el otro y se inclina, en cambio, por mantener al hijo con aquel con quien estuviera conviviendo. Es en ese contexto, entonces, que debe entenderse la regla del inciso tercero del artículo 225, que establece “*A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo*”. Interesa destacar que el artículo 225 citado consagra, en el inciso siguiente, la regla de atribución judicial fundamental en la materia, que consiste en que “En cualquiera de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno sólo de ellos si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido”. Ello significa que el interés superior del niño es el único elemento que ha de primar a la hora de decidir sobre el cuidado personal del hijo, con lo cual se pone fin al criterio que todavía solía invocarse – pese a las modificaciones introducidas por la ley 19.585 – y que giraba en torno la inhabilidad de la madre o del padre para ejercer dicho cuidado. En consonancia con aquello, se establecieron en el artículo 225-2, determinados criterios y circunstancias que los jueces “*considerarán y ponderarán conjuntamente*” para decidir a cuál de los padres atribuir el cuidado personal del niño o niña, sin que ninguno de ellos tenga prioridad ni menos deban subordinarse a la regla provisoria del inciso 3° del artículo 225;

5° Que, en tal circunstancia, los jueces del fondo cometen un error de derecho al interpretar la norma en la forma en que lo han hecho, lo que ha tenido evidente influencia en lo dispositivo del fallo, desde que es posible observar que todo el razonamiento está orientado a ajustarse a tal predicamento, en el sentido de apreciar los distintos elementos probatorios

bajo la mirada de si son suficientes *para derrotar el criterio legal preferido*, o *alterar el estándar legislativo priorizado*, en circunstancias que, como se ha dicho, no existe tal priorización o preferencia legal, en la medida que lo único que interesa es desentrañar con quién los niños habrán de estar mejor, es decir, cuál de los padres está en condiciones de proveer mejor a su interés superior, que no es otro que el que alude 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, concepto en todo caso, cuyos contornos deben delimitarse en concreto, en cada caso” (Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° XXXX-2004).

En efecto, la subordinación del razonamiento al supuesto criterio de preferencia legal se constata de la simple lectura de algunos pasajes de la sentencia, en que los jueces, no obstante la evidencia acerca de los datos objetivos contenidos en la prueba recogida, que ellos mismos reproducen, conducen su argumentación hacia la posible mejoría o proyección de cambio que podría operar en quien tiene actualmente el cuidado de los niños, de manera de justificar que se mantenga en ella, para así ajustarse al criterio “de priorización legal”, forzando una conclusión que, de haber tenido una mirada centrada en el interés superior de los niños, debió ser distinta. Lo ilustra, por ejemplo, el desarrollo contenido en el motivo octavo del fallo impugnado, que dice “Que de los informes periciales se puede dar cuenta de una situación si bien no exactamente igual, lo que es esperable, aparecen en general como de un nivel relativamente similar, *sin que aparezca, a juicio de estos sentenciadores, un desequilibrio tal capaz de producir una afectación en el interés superior de los niños por parte de ambos padres, en términos de romper el estándar legalmente priorizado de estabilidad de los niños en la permanencia con el padre que tiene el cuidado personal de los mismos*” (subrayado nuestro). Luego de referirse a las pericias sociales y psicológicas, en la última de las cuales señala que “no hay un patrón abruptamente

desequilibrado en las competencias de ambos padres”, aborda las competencias específicas en los siguientes términos: *“Es en competencias específicas donde ambos padres presentan algunas diferencias, pero sin llegar a conculcar el interés superior del niño por ninguno de los dos, como para nuevamente superar el estándar de la estabilidad en la situación de los niños (subrayado nuestro).* La demandada XXXX, en sus competencias parentales vinculares, se le evalúa con un desarrollo básico. Las competencias parentales formativas aparecen competentes. Las competencias parentales protectoras aparecen competentes. Las competencias parentales reflexivas como básicas. La competencia parental para la coparentalidad como insatisfactoria, aunque con pronóstico positivo. Por su parte, el demandante XXXX aparece con sus competencias parentales vinculares con un desarrollo satisfactorio. Las competencias parentales formativas como competentes. Las competencias parentales protectoras como competente. Las competencias reflexivas como competente. La competencia parental para el desarrollo de la coparentalidad como básica.” Refiriéndose a los niños, reflexiona “Como declaró la perito sicóloga Andrea Salamero Busquet no hay ningún factor de riesgo de los niños con la madre ni con el padre, ni existe inconveniente alguno de que los niños se quedasen al cuidado del padre o de la madre, por lo que lo más recomendable es el cuidado compartido. Coinciden estos sentenciadores con la apreciación del juez a quo de que los niños se encuentran en un estado de salud física y mental normal, y que sin embargo uno de los niños no presenta el mismo nivel de desarrollo que el otro y requeriría una atención especial por parte de sus progenitores, donde la madre presenta competencias básicas, en especial por el tratamiento conjunto que da a ambos niños, sin diferenciación, todo ello frente al padre más atento. *Sin perjuicio de ello, las deficiencias en las competencias que nota la sentencia a quo y las pericias psicológicas atinentes a la madre y en parte al padre, son mejorables mediante terapia de fortalecimiento de habilidades parentales, por lo que no se ve una necesidad en afectar la estabilidad de la situación de los*

niños, cuestión privilegiada por el legislador, de acuerdo a lo ya razonado.”(subrayado nuestro).

Por último, es menester destacar que al concluir sus razonamientos, la sentencia vuelve a reiterar el concepto equivocado acerca de la preferencia legal en cuanto al cuidado personal, e incluso agrega otro criterio que fue derogado por la ley 20.680, cual es el de la necesidad de una “causa grave calificada”, para alterar la situación previa, lo que significa mantener una barrera o estándar que la legislación actual no prevé y que, precisamente desechó, para privilegiar por sobre todo, el interés superior del niño, sin exigir que la situación deba encontrarse en el límite. Dice el motivo noveno: “”...en la opción de tomar una decisión estos sentenciadores entienden que bajo estas condiciones, siendo ambos padres en general competentes, sin factores de riesgo para los niños, pudiendo ambos tomar incluso el cuidado personal compartido, si fuere posible, *no se estima que exista una causal grave calificada para alterar el estándar legislativo priorizado para la tutela del interés superior del niño en la ponderación de criterios...*”. Recordemos que el artículo 225 del Código Civil actual establece, en lo que aquí interesa, que “En cualquiera de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de cuidado compartido.”;

6° Que, sin perjuicio de lo ya reflexionado, parece necesario señalar que si bien la estabilidad emocional ha de ser un criterio a considerar por los juzgadores a la hora de establecer tanto el régimen comunicacional como el ejercicio del cuidado personal, resulta indicativo para el caso que aquí se debate, el hecho que el legislador la asocie precisamente – la estabilidad - a la actitud que tenga cada uno de los padres para cooperar con el otro. En efecto, de acuerdo a lo dispuesto en la letra d) del artículo 225-2 del Código Civil, los jueces ponderarán, entre otros criterios, “La actitud de los padres para

cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular”. Pues bien, no es un hecho discutido – y así por lo demás se ha consignado en esta sentencia de casación - la retención ilícita de los niños en Uruguay por la madre, llegando al extremo que su restitución hubo de ser obtenida a través de resolución judicial dictada por los tribunales de ese país. En consecuencia, si los sentenciadores estimaban prioritario mantener la estabilidad de los niños, no podían obviar esta circunstancia, desde que ciertamente es demostrativa de una actitud que la perturba y que, en consecuencia, contraría el interés superior de los niños, que para su pleno desarrollo requieren mantener una vinculación “sana y cercana”, a través de un “contacto periódico y estable” con el padre o madre que no ejerza el cuidado personal, según establece el artículo 229 del Código Civil;

7° Que, por lo reflexionado, se debe concluir que los jueces han cometido los errores de derecho denunciados al interpretar los artículos 225 y 225-2 del Código Civil, lo que influyó sustantivamente en lo dispositivo del fallo, razón por la cual el presente recurso de casación será acogido.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 767 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se acoge** el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia de veintidós de noviembre último, dictada por una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, la que se anula y se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista y separadamente.

Acordada con el voto en contra de los ministros Blanco y Chevesich, quienes estuvieron por rechazar el recurso, por las siguientes reflexiones:

1° Que es pertinente tener presente que la finalidad perseguida por el legislador, a través de las diversas modificaciones introducidas a las normas que regulan el cuidado personal de los hijos durante la vida separada de sus padres, es dar cabida legal al régimen de tuición compartida; corregir la forma como se interpretaba la preferencia materna como regla legal de carácter supletoria; y eliminar el criterio de inhabilidad de uno o de ambos padres en la

atribución judicial de la tuición y, con ello, privilegiar la aplicación del principio rector en materia de familia, esto es, el interés superior del niño; y como los progenitores se encuentran separados y el padre dedujo una demanda en contra de la madre para que se declare que el cuidado personal debe quedar radicado en su persona, corresponde aplicar lo que disponen los artículos 225 y 225-2 del Código Civil. La primera, señala, en lo que interesa, que si no existe acuerdo acerca de quien tendrá la tuición, el cuidado personal corresponde al padre o madre con quien esté conviviendo; sin perjuicio de que cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez puede atribuir el cuidado personal al otro de los padres, lo que significa que se elimina toda alusión a causales de inhabilidad de los progenitores, y el interés superior del niño, esto es, su bienestar, se erige como único criterio de atribución judicial. La segunda, por su parte, contiene un listado no taxativo de “criterios y circunstancias” que deben considerarse en su conjunto al momento de decidir en qué padre quedará radicado el cuidado personal del hijo.

Con todo, según se desprende de lo que dispone el inciso 1° del artículo 224 del Código Civil, es el principio de la corresponsabilidad el que prima en el tema de que se trata, que apunta a la distribución de responsabilidades o al ejercicio mancomunado del cuidado personal, crianza y educación de los hijos, es decir, que postula que ambos padres deben comprometerse y participar en forma activa, equitativa y permanente en dichas actividades aunque no haya vida en común, para procurar su mayor realización espiritual y material posible, por ende, tiene el carácter de principio informador en lo tocante a la crianza de la prole; surgiendo, como contrapartida, el derecho correlativo de los hijos a que sus progenitores velen por ellos;

2° Que los hechos asentados por los jueces del fondo resultan inamovibles para esta Corte, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, a menos que se denuncie de manera eficiente y se constate la vulneración de normas denominadas reguladoras de

la prueba; que son disposiciones primordiales de juzgamiento que contienen deberes, limitaciones o prohibiciones que deben respetar los sentenciadores; contexto que permite concluir que la apreciación de la prueba es un proceso intelectual privativo de aquéllos que escapa al control de casación en la medida que respeten el marco dado por dicha normativa. En el caso de autos, aplica el artículo 32 de la Ley N° 19.968, que señala que la prueba se debe apreciar conforme a las reglas de la sana crítica, sistema que ordena valorar los antecedentes probatorios conforme la lógica, las máximas de experiencia o los conocimientos científicamente afianzados;

3° Que, como se advierte de lo ya consignado, los jueces del fondo concluyeron, después de ponderar la prueba rendida en la audiencia de juicio, que los progenitores están capacitados para ejercer el cuidado personal de sus hijos, aunque ambos en algunos tópicos específicos que componen la denominada competencia parental exteriorizan ciertas deficiencias, presentando, por lo tanto, uno en el o los aspectos inquiridos más desarrollo respecto del otro, reparable, en todo caso, mediante las respectivas terapias de fortalecimiento. En consecuencia, como el recurso postula que el padre es el más apto, el que cuenta con mejores habilidades parentales y características psicológicas, económicas y sociales, también que no son mínimas las diferencias en las habilidades que presenta en relación a la madre, lo que envuelve que cuestiona los presupuestos fácticos que se tuvieron por asentados, sin denunciar infringido el artículo 32 de la Ley N° 19.968, el recurso no puede prosperar;

4° Que, en lo que concierne al otro capítulo del recurso, de la atenta lectura de las reflexiones que contiene la sentencia que se impugna se advierte que la controversia fue resuelta al amparo de un principio que la doctrina sobre la materia denomina de estabilidad del niño, niña o adolescente, que postula que corresponde mantener la situación de hecho en que se encuentra en cuanto sea beneficioso para él, lo que implica proteger su interés superior, y por lo mismo, no es pertinente modificar la atribución del cuidado personal

vigente (Lathrop G., Fabiola, El cuidado personal y la relación directa y regular. *Estudio exploratorio en los tribunales de familia de la Región Metropolitana*, Santiago, Chile, LegalPublishing, 2013, p. 174); entendiendo los jueces del fondo que se encuentra recogido con un grado de preeminencia en el inciso 3° del artículo 225 del Código Civil, ya que sólo correspondería modificar la situación existente si las circunstancias lo requieren y el interés superior del hijo lo hace conveniente, según los términos señalados en el inciso 4° de la misma disposición.

Pues bien, el artículo 225 del Código Civil, en sus inciso 3° y 4°, señala, en lo que interesa, lo siguiente: “*A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo.*”

En cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido...”. Entonces, establece una regla de atribución supletoria y provisional, que sólo rige a falta de acuerdo y antes o mientras no se requiera la intervención judicial, pero verificado este último evento, la controversia debe ser resuelta considerando de manera primordial el interés superior del hijo, a la luz de los criterios y circunstancias indicados en el artículo 225-2 del citado cuerpo legal, que deben ser ponderados de manera conjunta;

5° Que, de acuerdo a lo que dispone el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de casación en el fondo sólo procede cuando determinadas resoluciones judiciales han sido pronunciadas con infracción de ley y siempre que tenga influencia substancial en su parte dispositiva, esto es, ha de ser de tal entidad que autorice a esta Corte adoptar en la sentencia de reemplazo que debe dictar dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 785 del citado código, una decisión diametralmente opuesta a la que contiene

la impugnada, esto es, en el caso de autos, una que atribuya judicialmente al padre el cuidado personal de los niños.

En consecuencia, es el análisis que procede efectuar a continuación, descartando lo referente a las competencias parentales y aspectos afines por lo señalado en el motivo 3º, centrándolo en el criterio o circunstancia que consulta la letra d) del artículo 225-2 del Código Civil, pues el recurrente entiende que es, conjuntamente con el de su letra e), el que se debe considerar especialmente, según se consignó en el apartado tercero, parte final, del fundamento 1º. Dicha disposición señala, lo siguiente: *“En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias: d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229”*.

La norma transcrita si bien en lo que atañe a la relación directa y regular impone al progenitor custodio la obligación de fomentar, favorecer y facilitar los contactos del hijo con el que no tiene esa calidad, también el imperativo de abstenerse de incurrir en conductas que impidan que se lleve a cabo el régimen establecido, no es menos cierto que como a ambos les impone la obligación de asumir una actitud de cooperación entre ellos para asegurar la corresponsabilidad en la crianza y educación de los hijos, en pro de su beneficio y formación integral, no puede el no custodio en el ejercicio de su derecho-deber de relación directa y regular incurrir en conductas que se traducen, en definitiva, en una que provoque en la prole una confusión relacional en torno a la figura paterna o materna, porque atenta contra su interés superior.

Como en el presente caso, quedó establecido como hecho de la causa, con el carácter de inalterable, que el padre ha generado conflicto familiar en su intención de homologar, equiparar, igualar, a la madre con su pareja, lo que ha provocado tensiones y el temor de la progenitora de ser anulada en su calidad

de tal cuando los hijos se encuentran con él y su consorte, conducta que, en definitiva, los desorientará respecto de los roles concretos de cada miembro del grupo familiar extenso, generando confusiones en un dato trascendente, a juicio de estos sentenciadores, considerando la edad de los niños y los demás presupuestos fácticos que se tuvieron por establecidos, y a la luz del principio informador en materia de familia, esto es, su interés superior, no correspondería acoger el recurso y dictar una sentencia de reemplazo que haga lugar a la demanda. Al respecto, estos disidentes no desconocen ni minimizan el episodio ocurrido en Uruguay, pero sí tienen presente que se trata de uno que aconteció en enero de 2015 y que, en la actualidad, está superado, en cambio al que se alude es actual y permanente.

Con todo, corrobora la citada conclusión lo que señala la letra j) del artículo 225-2 del Código Civil, que consagra un criterio o circunstancia de tipo abierto que debe ser tomado en cuenta por el juez al resolver, ya que alude a *“cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo”*, y nada obsta a que pueda ser estimado como tal el efecto probable de cualquier cambio en la vida actual de XXXX y XXXX y el riesgo que sufran un daño como consecuencia de la decisión que se adopte, pues, atendida la tan corta edad de ambos, no es aventurado inferir que puede resentirse su estabilidad emocional si deben dejar de vivir con su madre y convivir con su padre y consorte;

6° Que, en esas condiciones, a juicio de los disidentes, la vulneración denunciada no tiene influencia substancial en la parte dispositiva de la sentencia que se impugna; razón por la que el recurso que se analiza debe ser desestimado.

Regístrese.

Redactó la ministra Muñoz Sánchez y el voto, la ministra Chevesich Ruiz.

Rol N° XXXX-16.-

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., señor Carlos Cerda F., y el Abogado Integrante señor Álvaro Quintanilla P. No firma el Ministro señor Blanco, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con licencia médica. Santiago, veintitrés de mayo de dos mil diecisiete.