

DERECHO DE FAMILIA, SUCESORIO Y REGÍMENES MATRIMONIALES

Leonor Etcheberry Court
Profesora de Derecho Civil
Universidad Diego Portales

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA DERECHO DE FAMILIA. CORTE SUPREMA, CUIDADO PERSONAL, 13 DE FEBRERO DE 2014, ROL 10358-2013

El padre C.S.A. demanda el cuidado personal a la madre C.C.M. quien actualmente vive en el extranjero. El juzgado de familia otorga el cuidado personal al padre, lo que confirma la Corte de Apelaciones de Rancagua, y la madre recurre de casación en el fondo ante la Corte Suprema.

Los hechos del presente caso son los siguientes:

Los padres de la menor F.C.S.S. pusieron fin a su convivencia cuando la menor tenía un año once meses, luego de la separación la madre y su hija se van a vivir a Rancagua, a la casa de su abuela materna. El padre mantiene una relación directa y regular todos los fines de semana. De septiembre a noviembre de 2010 la madre se traslada a México por motivos laborales y la niña queda bajo el cuidado del padre, trasladándose a Santiago, viviendo, además, con su abuela paterna. Durante ese lapso por exigencias de su trabajo, la madre no puede mantener contacto con su hija, lo que produjo alteraciones de las emociones y del

comportamiento en su hija, con síntomas de inseguridad e inestabilidad. De regreso al país, la madre recupera judicialmente el cuidado personal de su hija, volviendo a vivir en Rancagua; quedando la menor al cuidado de la abuela materna; la madre pasa doscientos catorce días fuera del país y el padre está con la menor todos los fines de semana. Desde enero de 2012 el padre se traslada a Rancagua quedando la menor bajo su cuidado por un acuerdo con la madre; desde esa fecha hasta que se dicta la presente sentencia la menor vive bajo el cuidado del padre, siendo visitada por su madre cada dos meses, por tres a cuatro días. La madre quiere llevar a la menor a vivir al extranjero.

Por qué comentar esta sentencia, que en poco puede ser diferente a otras de cuidado personal sobre las que le toca pronunciarse a nuestros tribunales; la razón de fondo son dos:

- una es que esta sentencia y la de la Corte de Apelaciones se dictan bajo las nuevas normas de cuidado personal establecidas en el *Código Civil*, lo que nos lleva a preguntarnos si ha habido un cambio respecto a la forma de fallar de nuestros tribunales y
- segundo, porque en ese caso se aprecia que ambos padres son

hábiles para tener el cuidado de la menor, que ambos quieren tenerlo y que tanto la figura materna como paterna son importantes en el desarrollo de la menor, lo que transforma este caso en aquéllos denominados casos difíciles, en que necesariamente el tribunal debe centrarse en las necesidades del menor, más que en la aptitud de los padres;

el niño en el centro de la discusión; el tribunal debe decidir donde la niña estará mejor, donde logrará un mejor desarrollo, donde podrá adaptarse mejor a la sociedad en que le toca vivir, donde se sentirá más segura y estable.

De sólo leer los hechos del caso, estamos claros, que el interés de la niña ha sido vulnerado en un aspecto fundamental, la niña está próxima a tener siete años y en ese corto período de su vida, ya sea por decisiones de los tribunales o acuerdo de sus padres, ha debido cambiar cinco veces de lugar donde vivir, lo que se ve agravado, ya que no sólo cambia de progenitor sino que, también, de ciudad, de jardín o colegio y, por lo tanto, de amigos; claramente no es fácil bajo estas circunstancias que la menor tenga la estabilidad necesaria para su desarrollo. En esta última oportunidad la madre de la menor quiere llevarla a vivir a México, seguramente pensando que a su lado estará bien y que tendrá múltiples oportunidades en ese país; pero nada de eso prueba durante el juicio.

Independiente de con quién quede la menor en definitiva, tenemos que relevar puntos importantes en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Ranca-

gua que reproduce en su gran mayoría la Corte Suprema. Este fallo refiere en cuatro oportunidades a la existencia de una causa calificada que permitirían al padre quedarse al cuidado de la menor; se olvidan ambas Cortes que la nueva normativa ya no contempla la necesidad de invocar una causa calificada, sobre todo en cuanto siempre ello parecía un requisito extra para fijar el cuidado personal en el padre; tampoco es necesario referirse a si ha existido maltrato o descuido de la madre, que nuevamente se consigna en el considerando quinto de la sentencia, cosa que ahora tampoco establece la nueva normativa; debemos recordar que es la misma Corte quien nos recuerda que esta sentencia se dictó bajo la nueva normativa; sin embargo, la nueva normativa señala:

“el juez puede cambiar la atribución legal, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente”,

en ninguna parte se refiere a los términos usadas por las Cortes en cuestión, por lo cual estimamos que fallaron en esta parte a lo menos con la nomenclatura usada por las normas ya derogadas.

Quiero destacar que dentro de los criterios del artículo 225-2 que la sentencia en comentario reproduce, no se encuentra el evitar cambios innecesarios para los hijos y a pesar de ellos y en una buena interpretación de la Corte estima este criterio como algo fundamental para proteger el interés superior de la menor, ahora bien si interpretamos correctamente lo de

mantener al niño con el progenitor con quien esté conviviendo en cierta forma se reconoce que, cada vez que se vaya a producir un cambio en la vida de un hijo, éste debe ser acreditado que es en beneficio del menor, por lo cual si ahora la ley dice que debe mantenerse el lugar de residencia, quiere decir que se prefiere la estabilidad del hijo, por sobre el sexo de los padres. Que cualquier cambio deberá producirse por medio de una sentencia judicial, después que el juez analice los pro y los contra de cambiar al niño de lugar, examinando las pruebas que para este efecto rindan las partes; en esto la Corte resuelve adecuadamente; estima que la menor ya ha sido sometida a un sinnúmero de cambios, que la madre no ha logrado probar, ni siquiera ha acompañado prueba de que el cambio de vivir en el extranjero, sería beneficioso para la menor; que, en definitiva, la menor se encuentra adaptada en su ciudad, en su colegio y en compañía del padre y de las abuelas paterna y materna, por lo cual ha logrado el equilibrio y la estabilidad necesarias para su mejor desarrollo.

Lamentablemente la Corte, respecto de los demás criterios, no hace una detallada descripción de en qué forma fueron tomados en cuenta, de nuevo no hay una referencia a la opinión de la menor, cosa que tenemos claro que es privada, pero ni siquiera se consigna en el fallo que fue oída.

Quise encontrar en esta sentencia alguna referencia al principio de la corresponsabilidad parental, éste tal cual lo señala el artículo 224, es un principio, y debe entenderse como una herramienta que sirve al juez para de-

terminar la igualitaria participación de los padres en las decisiones que recae en la vida del hijo. Pero el problema es determinar cuándo el juez puede hacer uso de él, ya que debemos tener claro que ni cuando se pide el cuidado personal, ni el régimen de relación directa y regular; se piden estas otras cosas, por lo cual la parte interesada invocando el “derecho” a participar en la crianza y educación de sus hijos tendrá que hacerlo y lo hará bajo el prisma del principio de la corresponsabilidad; en este caso al fijar el régimen directo y regular se pudo haber hecho algo respecto de que tal como señala la Corte en su considerando segundo

“aún viviendo separados los padres, éstos participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”;

pero existe alguna diferencia entre este fallo en que está vigente este principio y los dictados bajo las normativa anterior, cuando no se refería al mismo, lamentablemente no; sólo se le da un régimen directo y regular a la madre que le asegure una buena comunicación con su hija ya que se encontrarán en países diferentes, lo cual, por cierto, es muy importante y hay que destacarlo en la sentencia en comento.

Qué se echa de menos en el fallo, lo que nunca se ha hecho aún en este país, a pesar de que ahora se señalan criterios en el artículo 225-2, construir el interés superior de esa menor en particular; es cierto que se refiere a que el interés superior se protege con evitarle un nuevo cambio para proteger su

estabilidad; pero, ¿es eso suficiente? El legislador da a lo menos nueve criterios que deben servir para definir el interés superior y justificar el por qué la menor se debe quedar con uno de sus progenitores; bastará, entonces, que nuestros tribunales se refieran sólo a uno de ellos o será mejor, sobre todo en estos casos “difíciles”, donde ambos padres son hábiles para cuidar a la menor, que se pueda desarrollar en la sentencia en la forma más completa posible, los cri-

terios que sí fueron tomados en cuenta y en la forma que se hizo.

Demás está decir que se deben abandonar los conceptos derogados de la causa calificada, de haber existido maltrato o descuido por uno de ellos, ya que se comprobó al cambiar la legislación que no servían para una mejor fundamentación de las decisiones; fundamentación que es indispensable para dejar más tranquila a quien no obtiene en el juicio, algo tanpreciado como es el cuidado de una hija.