

## DERECHO DE FAMILIA, SUCESORIO Y REGÍMENES MATRIMONIALES

*Leonor Etcheberry Court*

Profesora de Derecho Civil Universidad Diego Portales

JURISPRUDENCIA. CUIDADO PERSONAL.  
SENTENCIA CORTE DE APELACIONES  
DE COYHAIQUE. 9 DE JULIO DE 2010,  
ROL 15/2010

### HECHOS

Se recurre de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, la cual no dio lugar a la demanda en la cual doña P.J.V.C solicita se le otorgue el cuidado personal de la menor K.E.V.V, que en la actualidad se encuentra bajo los cuidados del padre don R.M.V.V., por acuerdo mutuo de los progenitores desde el mes de enero de 2007, fecha de la separación de los padres.

El inciso primero del artículo 225 es claro en el sentido de otorgar, por ley, el cuidado personal a la madre, cuando los padres viven separados. Si bien puede parecernos que dicho precepto atenta contra el principio de igualdad, la discusión parlamentaria a este respecto fue bastante clara, al sostener por los legisladores que de acuerdo con el interés superior del niño, principio inspirador de esta norma, se estimó que sobre todo, respecto de aquellos menores de

corta edad, se encontrarían mejor, al cuidado de la madre. Lo anterior no se pensó que fuera en forma absoluta, y es ahí donde cobra importancia el inciso tercero, que permite al juez por motivos como maltrato, descuido u otra causa calificada, alterar la regla legal.

La correcta interpretación del artículo 225 evidencia, que el centro de la norma es el bienestar del menor, ya no se trata de castigar a la madre, quitándole la tuición o cuidado personal del hijo, sino buscar el lugar en el cual el éste podrá tener una mayor realización espiritual y material posible, de acuerdo con el concepto dado por nuestro legislador. Por lo tanto, será vital la interpretación que cada juez le dé a la expresión causa calificada.

En el caso de autos se aprecia que el juez le ha dado un contenido a la expresión causa calificada, uniéndola al principio del interés superior del niño y dejando claro, que no es necesario inhabilitar a la madre, sino, más bien, determinar dónde la menor de autos podrá lograr un desarrollo más completo de su personalidad que le permitan transformarse, en

definitiva, en una persona útil para la sociedad.

El juez determina que la causa calificada que justificaría que la menor se mantuviera bajo los cuidados del padre, se traduciría en que

“existe una causa calificada que en relación al interés superior de la hija de las partes, hace aconsejable que aquélla permanezca bajo los cuidados de su padre, refiriéndose al hecho de que la niña K.E. ha permanecido bajo los cuidados de su padre desde la separación de las partes, estrechándose los lazos entre ambos y su grupo familiar, constituyéndose en consecuencia este hogar en un entorno protector que ha entregado los cuidados y atención necesarios para que la menor adquiriera el sentido de pertenencia necesario para considerar que éste es su hogar”<sup>1</sup>.

El carácter calificado de la causal debe tener estricta relación con el interés superior del niño, lo cual queda claro en la construcción del juez

Asimismo, esta calificación de la causal exige una gravedad tal que amerite desestimar el juicio del legislador de considerar que el interés superior del niño es el estar bajo la tuición de su madre, lo cual, en este caso, es justificado, pues dentro de los parámetros que el juez debe

tomar en cuenta para determinar cual de los padres debe ejercer el cuidado personal, es el efecto probable que cualquier cambio pueda producir en el menor; en este caso concreto la menor se ha encontrado bien viviendo con la familia del padre desde el año 2007, por lo cual, tendría que existir una razón más que justificada para que el juez aceptara el cambio. La única razón que existe en los antecedentes, es que ahora la madre quiere tener el cuidado personal de su hija, ya que ha logrado la estabilidad que antes no tenía (teniendo, incluso, una casa propia); lo anterior es entendible, pues la interpretación correcta del artículo 225 del *Código Civil*, no es castigar a la madre, porque en un momento cedió el cuidado personal de su hija, sino, por el contrario, poner a la menor al centro y decidir donde estará mejor.

Nadie pretende castigar a la madre, es más, el juez establece claramente que no hay causales de inhabilidad respecto de ella, sino que aplica lo establecido por la Corte de Apelaciones de Talca, Rol N° 441-200,

“La regla legal que otorga preferencia a la madre para el cuidado personal cede frente al interés superior del niño, es decir, deja de ser tal y, por consiguiente, viene a prevalecer dicho principio, toda vez que se trata precisamente de definir la situación a favor del menor buscando la mejor alternativa para él, dejándolo

<sup>1</sup> Considerando quinto de la sentencia

al cuidado de quienes, a la luz de las pruebas, reúnen las mejores condiciones integrales de vida”.

La determinación de si una causa es calificada o no, debe hacerla el juez, habiendo oído antes al niño (artículo 227 del *Código Civil*), lo cual, en este caso, resulta adecuado a la decisión tomada por el tribunal, ya que “la menor manifestó en un medio ambiente libre de presiones”, su deseo de permanecer con su padre, sin dejar de vincularse con su madre, dicha manifestación, a no dudarlo constituye un factor importante a considerar junto a los demás antecedentes del proceso. El tribunal reconoce, asimismo, que no es sinónimo para construir el interés superior de la menor acatar su voluntad, pero siguiendo el principio de la autonomía progresiva, esto es, habiendo tenido debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez (artículo 242 del *Código Civil*), es claro que una menor de ocho años puede manifestar donde quiere seguir viviendo, pero sobre todo donde se siente protegida y donde se siente pertenecer a una familia, que es lo que la menor declara en autos.

Es interesante encontrar un fallo en que el tribunal se hace cargo de términos que en general han quedado olvidados en la mayoría de la jurisprudencia, como son, interés superior del niño, causa calificada, explicitar en la sentencia lo que la menor declaró cuando le fue consultada su opinión, lo que en general los jueces

evitan en relación con el principio de la privacidad.

Como conclusiones del fallo podemos señalar lo siguiente:

1. No es efectivo como señala la demandante que la madre se encuentra dotada naturalmente para ejercer esta función y es de esta manera como se resguarda el interés superior del niño.
2. La madre no debe estar al centro del problema, es la hija, es a ella a quien tiene el juez que proteger para que crezca en un ambiente sano y protegido; la madre declara que si cedió la tenencia, fue sólo por un problema económico y de habitabilidad, lo cual es plenamente justificable y digno de elogio; pero ahora cuando ella quiere recuperar el cuidado personal, la principal preocupación es la estabilidad de su hija, si se estima que de acuerdo con la prueba rendida es con el padre con quien mejor estará, entonces es con él con quien el juez debe dejarla; no se trata de castigar a la madre, se trata de preferir al niño, por sobre los deseos de los padres, que es lo que hace el tribunal en la sentencia.
3. La expresión ‘causa calificada’ debe ir unida al principio del interés superior del niño, que es lo que el tribunal desarrolla en el fallo, pues entiende que la causa se construye

por el lugar donde la menor se siente protegida y parte de esa familia; parámetros que, sin lugar a dudas, deben estar presentes en la construcción del principio en juego.

4. Por último, hay que destacar el papel que debe cumplir para construir el interés superior del niño, la opinión del mismo, en una situación intermedia en que de acuerdo con la madurez de la menor

se pueda determinar si lo que ella manifiesta que es su deseo, es aquello que más le conviene, como sucedió en este caso; lo cual de ninguna manera obliga al juez a fallar de acuerdo con lo que los menores dicen preferir, pero sí a tomarlo en cuenta, y no deben olvidar la obligación que consagra nuestra legislación y la Convención del Derechos del Niño de oír al menor.