

DERECHO DE FAMILIA, SUCESORIO Y REGÍMENES MATRIMONIALES

Leonor Etcheberry Court

Profesora de Derecho Civil Universidad Diego Portales

DEMANDA DE CUIDADO PERSONAL. CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, 10 DE ABRIL 2008, CORTE SUPREMA 29 DE JULIO DE 2008.

Doña VAHM demanda de cuidado personal en contra de don VSH, por la hija que tienen en común CASH de nueve años de edad, basa su demanda en el hecho de que desde el año 2004 el padre tiene a la menor, que la madre ha tratado de recuperarla interponiendo acciones de entrega inmediata y que no lo ha logrado; el padre, a su vez, señala que la menor se encuentra bajo su cuidado por una medida de protección del Primer Juzgado de Menores de San Miguel por un posible abuso sexual del que había sido víctima la menor bajo el cuidado de su madre; quien durante la estadía de la menor con su padre no ha cumplido con su obligación de otorgar alimentos y desde el mes de julio de 2005 ha suspendido las visitas a la menor, las que sólo ha reanudado cuando se establecieron las provisorias en la audiencia preparatoria.

La demandante apela ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, la cual conociendo del caso falla

a favor de la madre, revocando la sentencia de primera instancia.

El demandado recurre de casación en el fondo ante la Corte Suprema, la cual en definitiva, falla a favor del demandado, dando el cuidado personal de la menor al padre.

Nos encontramos frente a uno de los llamados casos difíciles en cuidado personal, ya que de acuerdo con lo establecido por los informes periciales a ninguno de los padres les afecta inhabilidad psicológica, ni psiquiátrica; por lo cual el juez sólo deberá determinar donde la menor se encontrará mejor.

SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL

La sentencia de la Corte de San Miguel, dictada diez años después de la entrada en vigencia de la nueva normativa de filiación; comete el error de fijar el centro de la cuestión debatida en las habilidades de la madre y no en el bienestar de la hija; se ha fallado que no es necesario que la madre sea inhabilitada como requisito para no tener el cuidado personal, pero lo que más indica que

la madre es el centro, está establecido en el considerando undécimo:

“que no se acreditó tampoco la causal calificada que impida a la madre ejercer su rol...”

el inciso tercero del artículo 225 señala:

“En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, des-cuido u otra causal calificada, el juez podrá entregar...”

de lo anterior se deduce claramente que la causal calificada va unida al interés del hijo y no a ser un motivo por el cual la madre no pueda ejercer el cuidado personal.

El carácter calificado de la causal debe tener estricta relación con el interés superior del niño, ya que debe entenderse que el menor estará mejor con el padre, aun cuando se debe tratar de tener una relación directa y regular, y amplia con la madre. La determinación de si una causa es calificada o no, debe hacerla el juez habiendo oído antes al niño y habiendo tenido en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez (artículo 242 del *Código Civil*).

Es de suma gravedad que la Corte haya omitido tener en consideración en su decisión la opinión de la menor, quien había manifestado querer seguir viviendo con su padre. Es cierto que la opinión de la menor no es vinculante para los jueces, pero sí es indispensable tenerla en cuenta

al momento de construir su interés superior, y al momento de fallar, tal como lo señala el artículo 242 del *Código Civil*.

Por último, la Corte decide sobre la base de que:

“es la madre quien puede orientarla de manera adecuada, brindándole la ayuda necesaria para que crezca y se desarrolle”

todo esto porque se encuentra cerca de la adolescencia, ¿dónde se encuentra la razón de esta creencia?, no es posible que se falle sin ninguna otra fundamentación que la ya expresada, es necesario determinar el interés superior de la menor y, por lo menos, basarse en un peritaje psicológico si la razón va a ser de esta índole. Además, la Corte parece olvidar que esta madre que ahora resulta indispensable para el desarrollo de la menor, fue la misma que decidió interrumpir la relación directa y regular con la menor (tal como ella misma lo reconoce), sin existir alguna causal que ella señale que la llevó a tomar esa decisión. Basados en ese criterio, debemos estimar que en Chile los niños de nueve años en adelante estarán mejor con el padre para explicarle los cambios que se producirán en su adolescencia, pues la madre no sabrá hacerlo de la manera más adecuada. Esto, al igual que lo anterior, nos parece inaceptable, es necesario analizar el caso particular, no llegar a una conclusión genérica, sin saber más de las capacidades propias de cada padre.

El determinar quien debe tener el cuidado personal de la menor, no se basa en tener que sancionar a una madre por determinadas conductas, se basa en buscar de acuerdo con la realidad de esa menor específica, sobre la cual los padres están discutiendo su cuidado personal, donde estará mejor para el desarrollo de su vida futura.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

La Corte Suprema razona en sentido inverso a la Corte de Apelaciones y busca determinar el interés superior de la menor y concluye que la sentencia recurrida ha decidido en contra del interés superior de la niña. Si bien no hay una construcción explícita del interés superior si tomamos ciertos parámetros objetivos podemos señalar que ellos están presentes en diversos considerandos de la sentencia.

Conceptualmente el interés superior del menor, mira al niño como titular de derechos autónomos, susceptibles, si fuere necesario, de ser ejercidos contra sus padres. El menor es un sujeto de derecho, distinto de los padres. Por otra parte, es cierto que los padres son los responsables de la educación y crianza de sus hijos; pero ya nunca más podrán realizar cualquier cosa con ellos. Es por eso que los jueces frente a los dos intereses el de la madre y el de la hija deben centrarse en la menor, y la mejor forma de hacerlo es poder determinar cuales son aquellos derechos que es-

tán siendo vulnerados y asegurárselos con aquél de los padres que presente una mayor habilidad para ello.

En este sentido, Miguel Cillero sostiene:

“que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos”. Es decir, “el principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no ‘construye’ soluciones jurídicas desde la nada, sino en estricta sujeción, no sólo en la forma también en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente”. (Miguel CILLERO, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en Emilio GARCÍA MÉNDEZ y Mary BELOFF (comp.), *Infancia, ley y Democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, Editorial Temis-Ediciones Depalma, 1988, tomo 1, p. 69 y ss.).

Necesariamente el interés superior del niño se relaciona con la vida futura del menor, donde podrá construir mejor su futuro, donde contará con herramientas que le faciliten su inserción de adulto en la sociedad y donde encontrará la forma de poder responder de manera más eficiente a las responsabilidades que la humanidad le pedirá en un futuro.

Al fijar el interés superior de un niño, el juez debe trabajar con la

realidad del niño y, por lo tanto, debemos aceptar que ya hay derechos que el hijo de una pareja separada no podrá satisfacer, esto es, el de vivir con ambos padres; es por eso que el juez debe recurrir a criterios de ponderación en cuanto a cuales serán los derechos que garantizarán mejor la vida futura del menor. La menor de autos, ha escogido y emitido su opinión en cuanto a querer permanecer con su padre.

En el caso de autos debemos señalar cuales antecedentes debieron tenerse en consideración para poder construir este interés:

- a) Sus padres viven separados.
- b) La madre vivía con la menor en Osorno hasta el año 2004.
- c) El padre se la trae a Santiago a vivir con él desde el año 2004 en adelante.
- d) Se dicta una medida de protección por posible abuso sexual mientras vivió con la madre, lo cual se encuentra superado.
- e) La madre suspende la relación directa y regular desde el año 2005 y no coopera con la manutención de la menor, mientras no está a su cuidado.
- f) La menor desea seguir viendo con su padre.
- g) Sicológicamente de acuerdo con los peritos la menor se encuentra estable y tiene como referente afectivo y de protección a su padre.
- h) Ninguno de los padres presenta alguna inhabilidad para tener el cuidado personal de la menor.

El Derecho inglés ha ido construyendo una serie de criterios y parámetros para los jueces y abogados, que se deben tomar en cuenta para construir este interés superior, los cuales resultan útiles en nuestro país, ya que son objetivos y deben ser adaptados a la situación de cada menor, entre ellos podemos señalar los siguientes:

- a) Los deseos y sentimientos del niño (considerados a la luz de su edad y discernimiento), estamos frente a una niña de nueve años, que quiere seguir viviendo con su padre (considerando duodécimo y decimotercero)
- b) Sus necesidades físicas, educativas y emocionales; tanto las físicas como las educativas, en este caso preciso deben ser cubiertas por ambos padres, y aquí es necesario tener presente que la madre no cooperó en satisfacerlas mientras la menor no vivió con ella. En cuanto a sus necesidades emocionales de acuerdo a lo establecido por el informe sicosocial ha señalado:

“la menor ha vivido con su padre desde el año 2004 consolidándose una situación de estabilidad emocional, afectiva y física, donde ella se siente protegida..., lo reconoce como su principal referente afectivo, sin desconocer su cercanía con la madre a quien no visualiza como figura parental que le

brinde la protección requerida” (considerando decimotercero),

una de la principales causas de lo anterior es el hecho de que la madre no ha mantenido contacto permanente con su hija.

- c) El efecto probable de cualquier cambio de situación del menor: se valora aquí la incidencia que pueda tener para éste el cambio de residencia, estudios, amigos y personas con quienes se relacione; esto está estrechamente vinculado con la estabilidad de la menor, la menor desde el año 2004 vive con su padre, ha logrado la estabilidad necesaria para la vida de una niña, la Corte de Apelaciones no se pronuncia sobre la forma en que todo este cambio puede afectar a la menor, no hay un desarrollo de este problema; si la menor está bien, está estable, ¿por qué cambiar su situación?, si la razón es porque la madre así lo desea, entonces es claro que la Corte Suprema tiene razón al señalar que se ha priorizado a la madre por sobre la hija, lo cual resulta contrario a todos los principios que Chile se ha obligado a respetar al suscribir la Convención de los Derechos el Niño.
- d) Algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo, como daño es con-

siderado el maltrato físico o síquico y los peligros para la salud o el desarrollo, no debemos olvidar en este punto que el Primer Juzgado de Menores de San Miguel como medida de protección confió el cuidado al padre, por

“un posible abuso sexual del que había sido víctima la menor durante el cuidado de la madre”,

si bien esta razón se encuentra superada y la menor no se encuentra actualmente amenazada, no hay que olvidar que hubo antecedentes suficientes para establecer la medida y que por lo tanto es necesario tenerlo presente al momento de decidir (considerando tercero N° 9).

- e) También es indispensable para otorgar el cuidado personal, determinar cual de los padres facilita más la relación directa y regular que debe tener con el padre que o tiene este cuidado; en el caso de autos, el padre jamás ha puesto trabas para esta relación, es más, es la madre quien la suspendió unilateralmente y sólo la reanudó cuando el tribunal la instó a ello al fijar las visitas provisorias (considerando tercero N° 7).

De acuerdo con lo expuesto podemos establecer la diferencia básica entre ambos fallos, en uno (el de la

Corte de San Miguel) el centro de la preocupación se determina por lo que la madre quiere, son sus necesidades la que determinan el fallo, en el otro (el de la Corte Suprema) el centro del debate está en las necesidades de la menor y en determinar donde ella se desarrollará mejor y, por ende, logrará ser útil a la sociedad en que vive.

BIBLIOGRAFÍA

- CILLERO, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en Emilio GARCÍA MÉNDEZ y Mary BELOFF (comp.), *Infancia, ley y Democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, Editorial Temis-Ediciones Depalma, 1988, tomo I, p. 69 y ss.