

DERECHO DE FAMILIA, SUCESORIO Y REGÍMENES MATRIMONIALES

Leonor Etcheberry Court

Profesora de Derecho Civil Universidad Diego Portales

CUIDADO PERSONAL, JUZGADO DE FAMILIA DE PUENTE ALTO, 4 DE NOVIEMBRE DE 2008

Don R.S.S, demanda de cuidado personal en contra de doña E.C.Y, por el hijo que tienen en común E.S.C. Basa su demanda en el hecho de que la madre de su hijo, con quien vive el menor actualmente, habita en la “comunidad ecológica y cristiana de Pirque”, donde el menor no contaría con los cuidados necesarios en cuanto a la salud, ya que durante el embarazo la madre no se practicó los controles de rigor, el parto se produjo en el domicilio de la madre ayudada sólo por miembros de la comunidad, que durante los primeros diez meses de vida, el niño tampoco acudió a los controles médicos y, por lo tanto, no tenía las vacunas necesarias para esta etapa de su vida, las cuales solo fueron puestas luego de que se dictara una orden de protección para el menor para estos efectos.

Tampoco tendría asegurada la educación, pues los niños no asisten a los colegios y la misma madre abandonó los estudios formales en séptimo básico. Asimismo, sostiene que el menor no fue inscrito en el

Servicio del Registro Civil, sino diez meses después de su nacimiento, lo que atentaría contra el derecho a la identidad. Otra de las razones fundamentales que aduce el padre es lo influenciable que es la madre para tomar las decisiones respecto de su hijo, tanto por sus propios padres como por otros miembros de la comunidad.

La madre contesta la demanda, señalando que el niño desde que nació ha sido un niño sano, que hoy día asiste a los controles médicos necesarios, que tiene sus vacunas al día, que se encuentra inscrito a nombre del padre y de la madre en el Servicio del Registro Civil, por lo que todos los hechos que el padre señala son anteriores a la interposición de la presente demanda; en cuanto a la influencia que dicen tener sobre sus decisiones, sus padres y otros miembros de la comunidad, señala que esto no es así, pues ella cumple cabalmente su papel de madre, con dedicación exclusiva al niño, y que las decisiones que se toman respecto de su salud y educación son las que ella determina.

Se realiza la audiencia preparatoria, donde no se logra conciliación

161

entre las partes y con posterioridad la audiencia de juicio, donde las partes rinden la prueba sobre el objeto del juicio y los hechos a probar, siendo éstos:

- a) las inhabilidades que presentaría la madre,
- b) conveniencia para el niño de entregarle el cuidado personal al padre,
- c) actuales condiciones de vida del niño y de los padres,
- d) causal calificada que determina modificar el sistema de vida del niño y
- e) efectividad de haber contribuido el demandante a la mantención del menor.

La jueza determinó que debido a la corta edad del menor, dos años y cuatro meses, no se oirá al menor por no tener juicio necesario para expresar sus opiniones; lo cual a pesar del artículo 242 del *Código Civil*, en que se señala que el juez debe tomar en cuenta la opinión del niño, en función de su edad y madurez; realmente estamos de acuerdo con la jueza en que el niño poco o nada puede aportar en este juicio y, por lo tanto, no es necesario hacerlo pasar por las entrevistas de rigor, donde muchos de ellos no se sienten cómodos. Siempre que la opinión del menor pueda esclarecer algo o tomar en cuenta su postura, el juez debe oírlo, no así cuando apenas alcanzan los dos años de edad y no pueden tener un cabal entendimiento de lo que pasa a su alrededor, y de los problemas que sus padres pueden tener.

Es interesante destacar que la jueza para determinar cuál de los padres debe ejercer el cuidado personal, señala que debe referirse al marco normativo del artículo 225 del *Código Civil* y al principio del interés superior del niño. Nos encontramos frente a los que llamamos casos difíciles, donde ambos padres están interesados en ejercer el cuidado personal y ambos son hábiles para hacerlo. No estamos de acuerdo en la interpretación que hace la jueza sobre que el padre debe acreditar que la madre se encuentra inhabilitada, para poder alterar la norma; lo anterior podría ser efectivo en la medida que fueran los padres el centro del conflicto y no el hijo; la correcta interpretación es determinar donde el niño estará mejor, donde se desarrollará mejor, donde se convertirá en un ser humano útil para la sociedad en un futuro; si llega a determinar que es el padre, la norma del artículo 225 del *Código Civil* no debería ser tomada en cuenta, ya que no es necesario establecer que la madre no es una buena “madre” y por lo tanto se le “quita” el cuidado del hijo; sino determinar que en este caso el padre sería un mejor progenitor para el desarrollo del niño y, por lo tanto, es a él a quien le corresponde el cuidado personal, y ello bastaría como causal calificada. La jueza señala, además, que dichas supuestas inhabilidades deben ser de una entidad que comprometan al niño; pero es positivo el esfuerzo que hace la jueza por relacionarlo con el interés superior del niño, sólo que

lo realiza desde un punto de vista negativo, en el sentido de determinar satisfecho el interés superior, si resulta más beneficioso para el niño la separación de la madre; no sería lo mismo señalar, ¿qué es más beneficioso y mejor para el desarrollo del niño criarse al lado de su padre?, lo anterior hace que el niño esté en el centro y no el padre o madre.

Es razonable lo que señala la jueza, en cuanto a que el hecho de inscribirlo después de nueve meses de nacido, si bien en su momento atentó en contra al derecho de identidad del menor, hoy se encuentra superado, lo mismo respecto de los controles de salud y de las vacunas necesarias para el normal desarrollo del niño; lo único que uno debiera preguntarse es, ¿qué habría sucedido si no se hubiera dictado una medida de protección para estos efectos, la madre igual le hubiera puesto las vacunas, por ejemplo?, lo anterior es importante, ya que es serio exponer al niño a una enfermedad grave sólo porque la madre no cree en el sistema de salud; pero por lo que la madre declara, tampoco cree en el sistema de educación, entonces, ¿será necesario, también, una medida de protección para que el niño tenga educación básica y media en colegios establecidos?, dicho tema no fue zanjado por la jueza, pues dentro de las obligaciones no estaban que estudiara en un colegio del sistema educacional tradicional chileno.

Es destacable la importancia que la jueza asigna a cualquier daño que puede sufrir el niño, ya sea en

salud síquica o física, siguiendo para esto la opinión de los expertos que analizaron la realidad del niño y de sus padres, y que determinaron que la separación del niño de su madre y de su entorno ambiental y afectivo le podían traer graves consecuencias en su desarrollo; por sobre el derecho a la salud y a la educación usando el criterio de la proporcionalidad de los derechos, la jueza se inclina por la estabilidad emocional del niño, la que a juicio de los expertos se encuentra al lado de la madre; no debemos olvidar que para construir el interés superior del niño, los jueces deben tomar en cuenta cual derecho es más importante para el desarrollo del menor y, en este caso, muy bien interpretado por la jueza, respecto del derecho a la salud y a la educación el padre podrá seguir interviniendo desde su rol parental, pero se debe tratar de garantizar la estabilidad emocional del niño, la que en este momento se la otorga en mejor medida la madre.

En cuanto a la relación directa y regular, es importante para futuros fallos, que la jueza lo relacione en forma directa con un derecho de vigilancia y control, dada las características del caso y tal como lo señala en el considerando vigésimo primero:

“el derecho de vigilancia y de control importa el derecho deber de estar informado de la forma de vida y de educación de los hijos, por tanto quien ejerza el cuidado personal estará obligado a comunicar

al otro las decisiones que incidan en la crianza, lo que se explicita en un régimen comunicacional de calidad y magnitud” (Fabiola LATHROP, *Cuidado personal de los hijos: Análisis de ley matrimonio civil y tribunales de familia*, Santiago, Editorial PuntoLex, 2005, p. 27).

Lo que no es muy feliz en la sentencia es la decisión de no dejar que el menor pase la noche con su padre, a los dos años y medio, el padre está perfectamente capacitado para poder cuidarlo, es más, al ser el padre debiera estarlo desde que nació, pero debido a que no ha tenido tanta relación con el hijo la jueza se lo limita, ahora bien, esto puede ser discutible, pero lo que sí debió haber hecho es fijar un plazo en que el menor ya pueda pernoctar con su padre o hasta que un profesional determine que el menor ya está familiarizado lo suficiente con su progenitor para hacerlo; pero en la forma en que se establece, necesariamente se tendrá que recurrir nuevamente al tribunal para solicitar un cambio en el régimen de relación directa y regular.

Para finalizar, es necesario destacar que en este caso más que un conflicto respecto de quién ejerce el cuidado personal del niño, lo que hay es un conflicto de estilos de vidas, donde el padre se opone más que a

la madre, a la forma de vida que ésta lleva y al hecho de que su hijo viva y se desarrolle al interior de esta comunidad, donde según él, verá afectado su vida social y su derecho a la salud y a la educación.

Es interesante cómo la jueza relaciona este problema con lo fallado por la Corte Europea de Derechos Humanos, a favor de la madre para continuar ejerciendo el cuidado de sus hijos a pesar de profesar la religión de los testigos de Jehová en un país altamente católico como es Austria, pues se entendía que esto podía afectar la vida social de los niños y ser rechazados por el medio; la Corte dio la razón a la madre, entendiendo que lo anterior era un trato discriminatorio por las creencias de la madre y ello no era aceptable en un estado de derecho. La jueza, relacionando lo anterior con este caso señala que es excesivo pensar que la única forma de proteger los derechos que estarían siendo vulnerados, es separando al hijo de la madre; lo anterior no es razonable en atención a proteger el principio rector en estos problemas cual es el interés superior del niño.

BIBLIOGRAFÍA

LATHROP, Fabiola, *Cuidado personal de los hijos: Análisis de ley matrimonio civil y tribunales de familia*, Santiago, Editorial PuntoLex, 2005.