

Santiago, trece de abril de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos autos Rit C-3589-2015, Ruc 1520247175-4, del Tercer Juzgado de Familia de Santiago, caratulados “Olivos con Rojas”, por sentencia de ocho de septiembre de dos mil quince, se rechazó la demanda de cuidado personal interpuesta por don Javier Olivos González en contra de don Pedro Rojas Rocco, respecto de la niña Sofía Rojas Olivos, nieta por línea materna del actor e hija del demandado.

Se alzó la parte demandada y una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de once de noviembre de dos mil quince, revocó dicho fallo, acogiendo la demanda deducida, y otorgando el cuidado personal de la niña al demandante.

En contra de esta última decisión, el demandado interpuso recurso de casación en el fondo, solicitando la invalidación del fallo y la consecuente dictación de una sentencia de reemplazo que confirme la de primer grado.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurrente denuncia infringidos, en un primer capítulo, los artículos 225 en relación con el 226, ambos del Código Civil, y por otro lado acusa la vulneración del artículo 16 de la Ley N° 19.968.

Al desarrollar la forma en que, a su juicio, se habrían producido los errores de derecho, el recurrente indica, en lo relativo al primer capítulo de su arbitrio, que la regla general en materia de cuidado de los hijos, es que su ejercicio le corresponde a los padres, sin hacer alusión a terceros, conforme lo dispone el artículo 225 ya citado, y en concordancia con el artículo 226 del dicho cuerpo legal, para que un tercero tenga el cuidado personal de un niño, debe necesariamente acreditarse la concurrencia de una incapacidad física o moral de los padres, establecidas en causales específicas, lo que no sucedió en la especie.

Añade que, justamente para ello, por fuerza de las mismas disposiciones citadas, la acción de cuidado personal debió ser ejercida en contra de ambos padres, proceder que tampoco ocurrió, vulnerándose de este modo la normativa indicada.

En relación al segundo acápite del recurso, refiere que el artículo 16 de la Ley N° 19.968 consagra el principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído, aspecto que relaciona con el artículo 9 de la Convención Internacional de

los Derechos del Niño, que prescribe el derecho del niño de no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo reserva de revisión judicial, de manera que el fallo impugnado conculca dichas disposiciones, máxime si los informes periciales aparejados al proceso recomiendan que la niña de autos quede bajo el cuidado de su padre, de manera que la consideración del interés de la niña se relaciona con dos aspectos, por un lado, con el ejercicio de su derecho de desarrollarse dentro de un entorno conocido y aceptado por ella, y por otro, en relación al reconocimiento que se debe efectuar de su autonomía progresiva, en ejercicio de la cual manifestó su deseo de quedarse con su padre.

Concluye que estos yerros jurídicos influyeron sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues de no haberse incurrido en ellos, los sentenciadores debieron ratificar el criterio de primer grado

Segundo: Que, para los efectos del análisis del recurso, es recomendable desarrollar de manera breve lo señalado en la expositiva, respecto del contenido de la acción sobre la cual recae el proceso:

Con fecha 12 de junio de 2015, el actor dedujo demanda por la cual solicitó se le concediera el cuidado personal de su nieta Sofía por línea materna, nacida el 23 de diciembre de 2004, señalando que, desde su nacimiento, vivió con él, especialmente desde el término de la relación sentimental de sus padres. Indica que al mostrarse negligente su madre en la crianza, asumió, en los hechos, dicha responsabilidad. Explica que en el mes de mayo de 2014, la madre de Sofía contrajo matrimonio con su nueva pareja, radicándose en Colombia, dejándolo encargado de la niña, desconociendo que la atribución de su cuidado se la había entregado al demandado. Relata que su padre no ejerce su cuidado personal, pues carece de un lugar donde tenerla, y que no obstante ser una persona íntegra y sin vicios, no está en condiciones de cuidarla, y al aportar una pensión de alimentos voluntaria, reconoce tácitamente que la niña está mejor con el demandante, por lo que, fundado en el interés superior de la niña, solicita se le entregue su cuidado personal.

Dicha pretensión es controvertida por el demandado, quien solicitó el rechazo de la acción indicando encontrarse en condiciones de hacerse cargo de su hija. Cabe, además señalar, que con fecha 4 de septiembre último, días antes de la celebración de la audiencia de juicio, el demandante hizo entrega de la niña a su padre.

Tercero: Que la sentencia de primer grado rechazó la demanda de cuidado personal, argumentando fundamentalmente que no se acreditó que el demandado se encuentre inhabilitado moral o físicamente para el ejercicio del cuidado personal de su hija, sino que, al contrario, se estableció que posee las habilidades parentales para ello, incluso en un estándar superior de las percibidas en el demandante, previo señalamiento de que dichas inhabilidades también deben ser acreditadas respecto de la madre, contra quien no fue dirigida la presente acción.

Por su parte, la sentencia impugnada revocó la decisión anterior, sobre la base de considerar que de los parámetros del artículo 225 y siguientes del Código Civil y del mérito del proceso, aparece conveniente que la niña permanezca bajo el cuidado del actor, estableciendo a su favor su cuidado personal.

Cuarto: Que, para los efectos de resolver el asunto planteado por el recurso deducido, es necesario recordar que el derecho de familia se configura como un área del derecho que excede de la mera sistematización jurídica de las relaciones familiares, pues a éstas les concede una categoría de relevancia institucional justificada en el reconocimiento del contenido valórico que lo caracteriza.

Dichos elementos además de otorgarle al derecho de familia autonomía en cuanto disciplina jurídica, justifica la consagración de algunas de sus instituciones con el rango de derechos fundamentales, y se refleja en las características que la doctrina le atribuye a esta rama del derecho.

En efecto, su contenido es de carácter predominantemente ético que prioriza la protección de instituciones y personas que el Estado reconoce valiosas por sí mismas, y que requieren de especial protección, como es el caso del interés superior del niño, consagrado expresamente en diferentes normas legales y tratados internacionales, que revelan un conjunto sistémico de principios tutelares que inspiran esta materia, como por ejemplo, entre otros, el principio de protección al más débil, concretado por el ya referido interés superior del niño y el del cónyuge más débil.

En dicho contexto, las dinámicas y cargas propias que fluyen de las relaciones de familia o estado familiar no son entendidas como simples obligaciones, conforme se entiende en el derecho patrimonial, común, sino mas bien, como “derechos-deberes”, en cuanto obligaciones recíprocas que se despliegan en dicho ámbito, en el sentido de que se constituyen al mismo tiempo como privilegios y exigencias. Así sucede en lo relativo a la atribución del cuidado

personal de los niños, instituto integrado por el “derecho-deber” de cuidar, criar, formar, educar y establecer a los hijos, conducta que conforma un imperativo y prerrogativa de los padres, y al mismo tiempo, un derecho de los hijos, cuyo ejercicio configura el cumplimiento de una obligación.

Quinto: Que nuestro Código Civil, luego de las reformas incorporadas por medio de la Ley N° 20.680, publicada el 21 de junio de 2.013, establece un sistema de radicación legal del cuidado personal de los hijos, que se sustenta sobre la base de dos principios fundamentales, por un lado, el interés superior del niño, ya reconocido en este ámbito con las modificaciones introducidas por medio de la Ley N° 19.585, y el principio de la corresponsabilidad, en virtud del cual, ambos padres, vivan juntos o separados, deben participar en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos. Así fluye del artículo 223 del cuerpo legal en comento.

Sexto: Que, en lo relativo al caso de los padres que hacen vida común con sus hijos, el artículo 224 del Código Civil establece como regla principal de atribución de responsabilidad legal, el que ambos progenitores deben hacerse responsables del cuidado personal, crianza y educación de sus hijos, concretándose en ello el mencionado principio de la corresponsabilidad, excluyendo todo tipo de preferencia respecto alguno de ellos. El tema se regula considerando principalmente lo que es más conveniente para los hijos.

Séptimo: Que, por su parte, el artículo 225 del estatuto en referencia, establece las reglas de atribución de responsabilidad del cuidado personal en el evento que los padres vivan separados.

En dicho caso, se consagra como criterio rector preeminente, la autonomía de los padres, pues el legislador expresa como primera preferencia, que sean los progenitores quienes acuerden el ejercicio del cuidado personal, sea asignándolo a uno de ellos, o asumiéndolo de manera compartida. A falta de dicho acuerdo, la norma consagra un régimen que respeta el *status quo* existente, al señalar que los hijos continuarán bajo el cuidado del padre o madre con quien estén conviviendo, privilegiando la manera en que en los hechos, se ha distribuido esta labor. De este modo, el juez sólo puede, de manera supletoria y ante la falta de concierto, modificar dicha situación fáctica, mediante la atribución del cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicándolo en uno de ellos, en el caso de cuestionarse el cuidado compartido acordado.

El punto central de esta norma, y lo relevante para el asunto que aquí se resuelve, es que el criterio que el legislador le impone al juez para la definición de estas situaciones, es la conveniencia del interés superior del niño que se materializa a la luz de las circunstancias concretas.

Al respecto, se debe recordar, como se ha sostenido reiteradamente por esta Corte, que el interés superior del niño obedece a la categoría de aquellos conceptos indeterminados, que los sentenciadores de fondo son los llamados a configurar y concretar en coherencia con los hechos y circunstancias establecidas. Desde dicha perspectiva, en este asunto preciso, el legislador le entrega al órgano jurisdiccional la calificación de la conveniencia radicada en el interés del hijo, para decidir la atribución de su cuidado personal conforme a los parámetros que contempla el artículo 225-2 del Código Civil. Esto significa que la decisión que resuelva tal controversia, debe ser construida desde el punto de vista de lo ventajoso y beneficioso que será para el hijo el ejercicio de su cuidado por uno u otro padre, es decir, el argumento que dirime la contienda, es aquel que permite discernir lo más conveniente para el niño y su interés.

Octavo: Que esta regla, fundada en la conveniencia, ventaja o beneficio del interés superior del hijo cuyo cuidado personal se disputa, es de cierta manera alterada en el caso de tratarse de un tercero quien plantea la pretensión de encargarse del cuidado de un niño o adolescente, conforme fluye del artículo 226 del Código Civil.

En efecto, el artículo mencionado establece que:

“Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2”.

Como se observa, para confiar el cuidado personal de los hijos a un tercero, esto es, una persona diferente a los padres, es menester, primeramente, acreditar que ambos padres son inhábiles física o moralmente para encargarse del cuidado de sus hijos, pues la inhabilidad de sólo uno, implicaría la atribución de este derecho-deber, en el otro, y no en un tercero, de manera que es esencial para que la acción prospere la acreditación de la concurrencia de incapacidad de ambos padres, la que por la remisión expresa a los criterios del artículo 225-2 del Código Civil, debe relacionarse con las causales del artículo 42 de la Ley N° 16.618, que instituye un listado de causales y circunstancias en las cuales se debe entender la

conurrencia de inhabilidad física o moral de los padres, casos a partir de los cuales el juez deberá fundamentar y explicar tal decisión, todo ello presidido, por el principio del interés superior del niño, y que atendida la delicada entidad de los derechos en juego, es un imperativo para el órgano jurisdiccional, no sólo configurarlas con toda precisión, sino también ponderarlas de manera expresa y transparente.

Noveno: Que, en segundo lugar, debe establecerse la competencia del tercero que pretende el cuidado principal, en el mismo sentido anterior, estableciéndose en el inciso segundo del artículo 226, una regla de preferencia en razón del parentesco con el niño, para proceder a la elección de la persona a quien le será atribuido su cuidado personal.

Décimo: Que conforme lo expuesto, es claro que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general y pauta de normalidad establecida por el legislador es que los padres ejerzan el cuidado personal de los hijos, de modo que en caso de pretenderse por un tercero, corresponderá a una carga procesal de éste probar las circunstancias especiales que inhabilitan a ambos padres para ejercer dicho derecho-deber, y de ese modo, deba atribuírsele, previa acreditación de su propia competencia para ello, *“velando primordialmente por el interés superior del niño conforme los criterios establecidos en el artículo 225-2”*.

Undécimo: Que en la especie, corresponde aplicar el precepto contenido en el actual artículo 226 del Código Civil, desde que quien disputa el cuidado personal de Sofía a su padre, es su abuelo materno, esto es, un tercero en la relación de filiación.

Sin embargo, como se aprecia del fallo impugnado, este fundamenta su decisión revocatoria –concediéndole al demandante el cuidado personal de la niña–, en la “conveniencia” que a ella le irroga el permanecer bajo el cuidado personal de su abuelo materno, haciendo expresa referencia al artículo 225 del Código Civil, aunque la complementa extendiéndola al articulado que sigue.

Duodécimo: Que como se viene diciendo, dicha fundamentación es impropia a la naturaleza de la demanda deducida, pues habiéndose solicitado por un tercero el cuidado personal de la niña, debió acreditarse la inhabilidad de ambos padres para ejercerla y la competencia de quien la solicita, lo que no se realizó en la especie, y no se acreditó respecto del demandado, omitiéndose además, referencia a la competencia del solicitante.

Como se observa, la sentencia impugnada utilizó el criterio destinado a la definición de la asignación del cuidado personal del hijo cuando es contenido por los padres, soslayando la norma que expresamente regla el caso de los terceros pretendientes de tal atribución.

Décimo tercero: Que es en este sentido que el recurrente reclama como vicio de casación en el fondo la falta de referencia a la inhabilidad de los padres e idoneidad del demandante para hacerse cargo del cuidado de la niña, como también la falta de emplazamiento de la madre, al dirigirse la acción exclusivamente respecto del padre, puesto que para acceder a una petición como la de la especie, era menester como primera cuestión, acreditar la inhabilidad de ambos progenitores, sin que el criterio de la conveniencia del interés del niño pueda utilizarse haciendo abstracción de aquella condición, verificándose con ello un actuar erróneo en la sentencia impugnada, al emplearse al caso concreto una norma no correspondiente al efecto, olvidando y omitiendo la aplicación de la norma específica aplicable al caso concreto, soslayando con ello, las exigencias contempladas expresamente por la ley, la cual los jueces del fondo estaban obligados a considerar, configurándose, pues, la infracción del artículo 225 en relación con el 226 del Código Civil, razón por la que éste debe ser acogido, al haber influido sustancialmente el yerro indicado en lo dispositivo de la sentencia impugnada.

Décimo cuarto: Que, por lo mismo, no es necesario referirse a las demás infracciones denunciadas en el recurso.

Por estos fundamentos y de conformidad, además, con lo que disponen los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se acoge** el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia de once de noviembre de dos mil quince, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, **la que es nula** y se la reemplaza por la que se dicta a continuación y en forma separada, sin nueva vista.

Acordada luego de desechada la indicación previa del Ministro señor Muñoz, quien fue del parecer de casar de oficio la sentencia impugnada, invalidando todo lo obrado, reponiendo la causa al estado de que el actor corrija la demanda y emplaze a la madre de la niña Sofía Rojas Olivos, conforme los siguientes argumentos:

1°.- Que, la presente causa, se inició con la presentación de una demanda de cuidado personal respecto la nieta del demandante, la que se dedujo solamente en

contra de su padre, omitiéndose enderezarla en contra de la madre, la cual, según se encuentran contestes las partes, estaría radicada en el extranjero.

2°.- Que, en este punto, quien sostiene la indicación previa, comparte los fundamentos expresados por la mayoría en el sentido de que la acción deducida, por disponerlo así la norma pertinente, exige ser impetrada, a la vez, en contra de la madre y del padre del niño cuyo cuidado personal se discute.

En efecto, al señalar el artículo 226 del Código Civil que: *“podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes...”*, está estableciendo como exigencia de la acción, el emplazamiento de ambos progenitores para la validez de la actuación judicial.

3°.- Que, como se observa, el panorama que establece la referida norma, corresponde al caso de una relación procesal que exige una diversidad de sujetos, en este caso pasivos, a los que se debe dirigir una misma acción, esto es, la de cuidado personal del hijo, pluralidad que se transforma en una exigencia de carácter procesal, cuyo incumplimiento acarrea la invalidez de la relación procesal, por no configurarse los especiales presupuestos procesales requeridos por la regla citada, para la consolidación de la misma.

4°.- Que, cabe señalar, que la situación o posibilidad de concurrir varios sujetos en un mismo proceso, se encuentra básicamente reglamentada por el artículo 18 del Código de Procedimiento Civil, norma que regula los diversos casos de relación procesal múltiple admitidos en nuestro derecho, al señalar *“que en un mismo juicio podrán intervenir como demandantes o demandados varias personas siempre que se deduzca la misma acción, o acciones que emanen directa e inmediatamente del mismo hecho, o que se proceda conjuntamente por muchos o contra muchos en los casos que autoriza la ley”*.

Conforme expresa la doctrina, lo regulado por la norma antes señalada son los denominados casos de litisconsorcio aceptados por el legislador; en efecto, la regla de normalidad consagrada en la normativa pertinente, indica que la relación procesal, debe conformarse necesariamente entre un demandante y un demandado, a menos se verifique alguna de las hipótesis de excepción, tratadas por el artículo 18 en referencia.

Así las cosas, del tenor de dicho precepto, se admite el litisconsorcio cuando varias personas participan como sujetos procesales respecto una misma acción, el cual tendrá el carácter litisconsorcio activo en el caso de existir

pluralidad de demandantes; de carácter pasivo, si se trata de dos o más demandados; y de naturaleza mixta, si la diversidad es tanto de actores como demandados. También se autoriza la referida pluralidad, en el caso de deducirse varias acciones por varias personas, sean estas iguales o diferentes, en la medida que emanen todas de un mismo hecho; y, finalmente, es permitido el litisconsorcio, cuando la ley autoriza proceder por muchos o contra muchos, como es el caso de las obligaciones solidarias o indivisibles.

Fuera de las señaladas, se admiten también en doctrina, otras clasificaciones, pues además de la posibilidad de ser el litisconsorcio activo, pasivo o mixto, puede ser necesario o facultativo según si la presencia de la multiplicidad de sujetos en posición de demandantes o demandados sea o no una condición necesaria y obligatoria del proceso, para efectos de un pronunciamiento válido sobre el fondo, o se trate del mero ejercicio de una facultad. Asimismo, y en lo que nos interesa según se indicará más adelante, el litisconsorcio necesario puede ser propio o impropio, según si la ley señala o no de manera expresa la obligación de participar en pluralidad, sea como demandantes o como demandados.

5°.- Que, la razón tras la posibilidad de trabarse relaciones procesales múltiples en una misma causa, conforme nuestro ordenamiento, obedece principalmente a razones ligadas a la economía procesal, como señalan los profesores Raúl Núñez y Álvaro Pérez *“los objetos del litisconsorcio son evitar la duplicidad de litigios, evitar el desgaste de la actividad jurisdiccional, evitar el mayor costo para las partes, y evitar la posibilidad de dictación de sentencias contradictorias”* (“Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General”, Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 354), sin embargo, la propia doctrina reconoce, como se viene anunciando, la existencia de ciertos casos donde la pluralidad de partes es una condición de la acción y del proceso.

6°.- Que, en efecto, si bien la decisión de demandar en conjunto o a un conjunto de personas, por aplicación del principio dispositivo propio del Código de Procedimiento Civil, corresponde por regla general, a la decisión soberana de los actores, hay casos en que la pluralidad de actores o demandados, aparece vinculado estrechamente con los presupuestos procesales de la relación procesal respecto ciertas acciones, que más que aconsejable, hacen imprescindible el litisconsorcio, situaciones que aunque no reguladas expresamente por nuestro Código de Procedimiento Civil, son aceptadas en el derecho comparado y también

en la jurisprudencia (así lo plantea Alejandro Romero Seguel, en su “Curso de Derecho Procesal Civil I”, Editorial Jurídica, Santiago, 2006, pp 105-124)

Al respecto, la dogmática procesal, desarrollando este tema, considera la existencia de supuestos procesales en que el litisconsorcio no responde al simple ejercicio de una facultad del actor, sino que obedece a una situación procesal de la cual depende la eficacia y validez del proceso, pues de omitirse o soslayarse, este deviene en inválido, lo que lo hace forzoso, y por lo tanto, exigible desde una perspectiva procesal y de fondo.

7°.- Que, dicho escenario configura la distinción doctrinal entre el ya mencionado litisconsorcio necesario y el voluntario, siendo el primero, aquel en que es *“obligatoria la presencia de varios sujetos para poder pronunciarse el tribunal respecto del conflicto”* (Raúl Núñez y Álvaro Pérez, obra citada, p. 353), categoría que, como ya se insinuó, subdistingue a su vez, entre litisconsorcio pasivo necesario propio e impropio, siendo el primero aquel que opera por mandato expreso de la ley, y el último, aquel que viene condicionado de dicha manera, en virtud de la naturaleza de la relación jurídica deducida en juicio, donde la norma de fondo “exige para la producción de sus efectos iniciar una relación procesal con todos los sujetos que, activa o pasivamente, allí deben ser parte” (Raúl Núñez y Álvaro Pérez, obra citada, p. 357). Así, el litisconsorcio necesario, constituye una situación de obligatoriedad que se relaciona con la validez del proceso, ya que exige la existencia de una *“única relación sustancial para los varios sujetos, que en sede jurisdiccional necesita el concurso de los mismos”* (Alejandro Romero, “El litisconsorcio necesario en el derecho procesal chileno. Doctrina y Jurisprudencia”, Revista Chilena de Derecho, Vol 25 N° 2, 1998, p. 390).

8°.- Que, en la especie, es la norma legal de fondo –el artículo 226 del Código Civil– la que exige la pluralidad de demandados, al expresar, como se viene diciendo, que la atribución del cuidado personal de los hijos a personas distintas de sus padres, procede previa determinación de la inhabilidad moral y física de ambos, de modo que reconducida esta norma sustantiva a su ejercicio procesal, necesariamente deberá deducirse la acción, y acreditarse su presupuesto fáctico, respecto ambos progenitores, lo que constituye un evidente caso de litisconsorcio necesario y propio, donde es menester para que la acción referida prospere, que se pruebe el presupuesto factual exigido por la norma en

relación a dos personas distintas, exigido textualmente por el artículo 256 del Código Civil, esto es: “ambos padres”

9°.- Que, soslayar dicha exigencia procesal, como acontece en la especie, implica un defecto en la relación procesal que afecta la validez del proceso. En efecto, al contener la norma de fondo los sujetos pasivos necesario de la acción, provoca que los actos de disposición del objeto del proceso sólo producirán efectos en la medida que concurren todos los litisconsortes necesarios, de manera que la ausencia de la inclusión en la *litis* de uno de los legitimados pasivos, y su consecencial falta de emplazamiento, implica un defecto que debe ser corregido mediante la invalidación de lo obrado.

10°.- Que, en efecto, debe entenderse que la exigencia normativa expuesta, se constituye como presupuesto procesal específico –o requerimiento concreto– de la acción deducida en autos, del cual depende la eficacia y existencia de la relación procesal que se intenta configurar, sin la cual, el sentenciador se ve impedido de emitir un pronunciamiento de fondo, pues la demanda deducida se dispuso de manera incompleta, en cuanto se omite a uno de los legitimados pasivos, pluralidad de partes que la ley establece como requisito para consolidar un vínculo procesal, cuyo defecto acarrea indefectiblemente su falta de validez.

Pues, más allá de la polémica que existe en doctrina respecto los deslindes y alcances del concepto de presupuestos procesales y de las condiciones de la acción, se puede entender, que éstos se constituyen como elemento imprescindibles que permiten colocar el litigio en situación de dictarse la sentencia de mérito, esto es, aquella que resolviendo el asunto controvertido, lo haga de manera eficaz, válida y vinculante, pues el tribunal no sólo debe analizar la verificación de la existencia del derecho cuya tutela se invoca, cuestión de fondo propia del sentenciador de instancia, sino también la legitimación de las partes, y a su vez, esta no se limita al examen de la posición de los concernidos al proceso, en cuanto encontrarse en la legítima situación de exigir o ser exigido en el derecho tutelado, sino también en relación con las exigencias específicas de la acción deducida.

11° Que, de este modo, en el caso específico de la norma analizada, la ley exige como condición, que la acción sea enderezada en contra de dos personas específicas, esto es, los padres del hijo cuyo cuidado personal es disputado por un tercero, exigiendo el litisconsorcio pasivo, cuya omisión deviene en un defecto insalvable para el pronunciamiento válido de una decisión de fondo, que hace

necesario invalidar lo obrado, y retrotraer los autos, a fin de que se corrija la acción y se ordene deducirla en contra de los legitimados pasivos que la ley indica, puesto que al ser los presupuestos procesales, condiciones de existencia del proceso, de omitirse alguno de ellos, la relación procesal consolidada, no es válida.

12°.- Que, de lo expuesto precedentemente, aparece que omitir incluir a la madre de la niña de autos como parte en la presente demanda de cuidado personal, resulta contrario a los principios que informan el derecho de familia, máxime si se acreditó en autos que ella voluntariamente se lo atribuyó al padre, circunstancia que reafirma la necesidad procesal de que la petición formulada por un tercero –el abuelo materno de Sofía– sea dirigida en contra de su madre, a fin de que exponga lo que considere prudente al efecto, conforme sus intereses.

13° Que en dicho contexto, es convicción de quien sostiene la indicación previa, que estableciendo el artículo 226 del Código Civil un litisconsorcio pasivo, necesario y propio en el caso de la acción de cuidado personal de un hijo, propuesta por un tercero, la falta de emplazamiento de una de las personas que la ley señala en la posición de parte demandada, impide un pronunciamiento de fondo, pues se soslaya una exigencia que debe ser verificada al analizar la admisibilidad de la acción, y que debió ser corregida en la etapa de control de admisibilidad, que conforme lo establece el inciso segundo del artículo 54-1 de la Ley N° 19.968, el juez tiene el deber de guiar y propender a su corrección y subsanamiento.

14°.- Que así se concluye, que la tramitación de estos autos no se ha ajustado a lo dispuesto en la ley, razón por la que procede hacer uso de la facultad concedida a este tribunal por el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, y corregir de oficio los errores advertidos, correspondiendo dejar sin efecto las actuaciones, resoluciones y notificaciones pertinentes, posteriores a la resolución que dio tramitación a la demanda, a fin de que el juez competente ordene la corrección de la misma en el sentido expresado.

En efecto, concurre específicamente el vicio previsto en el artículo 768 N° 9 en relación con el artículo 795 N° 1 del Código de Procedimiento Civil.

15° Que resulta de una importancia determinante la actuación omitida, puesto que el rechazo de la demanda no conduce a radicar el cuidado personal de Sofía a su padre, para lo cual debió deducir la acción correspondiente, sea al demandar o reconvenir, la cual en el caso de autos, no se ejerció. En dicho

evento, el legislador, como se ha expresado en la sentencia, mantiene el *status quo* en tanto no se declare en un proceso válidamente tramitado un régimen diverso de cuidado personal de un menor de edad, puesto que en el caso de autos, se afecta lo resuelto por ambos padres, sin el emplazamiento de la madre. En efecto, al término de la relación de pareja de los padres, fue su madre quien quedó al cuidado de Sofía, luego de lo cual hizo entrega de su hija al cuidado de los abuelos maternos. Hasta la fecha ha existido concurrencia de la voluntad el padre, quien no ha requerido judicialmente el cuidado personal de Sofía por la correspondiente acción. Sin embargo, mediante una decisión que no guarda coherencia entre lo demandado y decidido, se entrega el cuidado personal al padre, no obstante que éste nunca lo ha requerido judicialmente.

Redacción a cargo del ministro señor Muñoz.

Regístrese.

Nº 36.584-2015.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Sergio Muñoz G., señoras María Eugenia Sandoval G., Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., y señor Carlos Cerda F. No firman los Ministros señores Muñoz y Cerda, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar en comisión de servicios el primero y por estar con licencia médica el segundo. Santiago, trece de abril de dos mil dieciséis.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a trece de abril de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.

Santiago, trece de abril de dos mil dieciséis.

En cumplimiento de lo prevenido en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de replazo:

Vistos:

Se **confirma** la sentencia en alzada, de ocho de septiembre de dos mil quince.

Se previene que ministro señor Muñoz, por las razones expresadas en la disidencia del fallo de casación, estuvo por casar en la forma de oficio, en esta

oportunidad, la sentencia de primer grado y retrotraer la causa al estado de emplazar válidamente a la madre de Sofía.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Muñoz.

Regístrese y devuélvase.

Nº36.584-15

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Sergio Muñoz G., señoras María Eugenia Sandoval G., Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., y señor Carlos Cerda F. No firman los Ministros señores Muñoz y Cerda, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar en comisión de servicios el primero y por estar con licencia médica el segundo. Santiago, trece de abril de dos mil dieciséis.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a trece de abril de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.