

Corte Suprema (Cuarta Sala), 8 de noviembre de 2021, Rol 39171-2021

Texto Completo:

I. Sentencia de casación

Santiago, ocho de noviembre de dos mil veintiuno.

Vistos: En estos autos Rit C 52 2019 del Juzgado de Familia de Los Ángeles, sobre cuidado personal, por sentencia de ocho de septiembre de dos mil veinte, se negó lugar, sin costas, a la demanda de cuidado personal interpuesta respecto del niño de iniciales F.A.V.R. por don Rodrigo Alejandro Vergara Muñoz en contra de doña Ángela Zaray Riquelme Cancino. Asimismo, no se emitió pronunciamiento sobre el régimen de relación directa y regular entre el niño y su padre, por encontrarse éste regulado judicialmente en causa Rit C 825 2015.

Dedujo recursos de casación en la forma y apelación el demandante, y una sala de la Corte de Apelaciones de Concepción el doce de mayo de dos mil veintiuno, desestimó el primero y confirmó el fallo, sin costas.

En contra de esta última decisión, la misma parte del actor interpuso recurso de casación en el fondo, impetrando su nulidad, para que se dicte sentencia de reemplazo que declare dar lugar a la demanda sobre cuidado personal, según en derecho corresponda.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurrente denuncia la infracción de los artículos 226, 224 y 225 2, letra d) y letra j), en ese orden, del Código Civil. Y vulneración del derecho del interés superior del niño, en relación al artículo 222 del Código citado, y artículos 3 y 18 de la Convención de Derechos del Niño.

Argumenta que la sentencia atacada ha infringido lo dispuesto en el artículo 226 del Código Civil, que determina el otorgamiento del cuidado personal de los niños según los criterios del artículo 225 2 del mismo texto, así como el principio de corresponsabilidad que señala que toca al padre y a la madre, estén juntos o separados participar activamente en la crianza y educación de sus hijos. Aunque reconoce que nuestra legislación no entrega una definición de lo que es el cuidado personal, advierte que la doctrina ha delineado una noción de derecho deber que implica necesariamente una cercanía, una "convivencia", que en rigor denota vivir en la cotidianidad, habitar en el mismo hogar. De allí que el artículo 226 del Código Civil establece una regla de atribución del cuidado personal del "estatu quo", y se fundamenta efectivamente en el hecho de la convivencia. Es decir, continuarán los hijos bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo. Reprocha el actor la sentencia recurrida, porque lisa y llanamente desnaturaliza una institución tan importante como lo es el derecho deber de cuidado personal que no puede ser delegado ni fragmentado, menos aún de manera extrajudicial. No se puede ejercer la crianza y educación solo en los aspectos que el cuidador estime conveniente y en otras no. Más que una potestad o prerrogativa establecida en función de quien lo detenta, se ejerce sin lugar a dudas en función del niño, solo así se consigue respetar su interés superior. No obstante, los fallos atacados concluyen que si bien la madre no vive en el mismo domicilio de su hijo desde que tenía un año de edad, este hecho no implica que no ejerza su cuidado personal, pese quien detenta el cuidado personal en los hechos y en la realidad es la abuela materna, y ella convive con el niño, ejerciendo y tomando las decisiones corrientes y cotidianas que se refieren al menor, teniendo en cuenta que el padre no es inhábil física y/o moralmente para ejercer el cuidado personal de su hijo. La transgresión del artículo 224 del Código Civil se produciría por desatenderse el principio de la corresponsabilidad, en tanto si bien es cierto cada familia puede tener redes de apoyo, el cuidado personal según ese principio configura el derecho para ejercerlo por madre y padre que de consuno vivan juntos o separados, quienes participarán activa, equitativa y permanentemente en la crianza y educación de sus hijos, más no los abuelos maternos y/o paternos.

Denuncia también la violación del artículo 225 2 del Código Civil, en sus letras d) y j), dado que la madre entorpece la vinculación del padre con el niño de distintas formas, lo que emerge de las pruebas rendidas en autos, prefiriéndose unos criterios de la ley por sobre otros, como el supuesto deterioro que provocaría el cambio de domicilio o la mudanza del hogar actual del hijo.

Finalmente, arguye que se hace una errada consideración al derecho del interés superior del niño, previsto en

artículo 222 del Código Civil, como en el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño, en relación a los artículos 18 de la misma. Considera que este principio ha de estar interrelacionado con otros principios y normas allí contenidas; en rigor no puede ser interpretado de una manera demasiado laxa, extensa o desconectada del resto de las disposiciones que rigen estas materias. Ello, pues se asume que por el sólo motivo que el cuidado personal ahora se radique exclusivamente en el padre, implica necesariamente provocar una inestabilidad en el menor. Es decir, no puede asumirse que por existir un cambio en el cuidado personal, se producirá una desconexión total con las figuras maternas respectivas y como condición sine qua non. Lo que cuestiona, en suma, es que se crea una ilusión de afectación al interés superior del niño por mudar y cambiar el domicilio, puesto que al negar la pretensión del padre para que su hijo siga conviviendo con su abuela materna, le niegan el derecho al hijo de poder estar con su padre y ejercer esta responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño, que incumbe precisamente a los padres, a mayor razón, si la madre a lo largo del tiempo no quiere, puede o no desea simplemente convivir con su hijo.

Segundo: Que como antecedente de contexto es aclaratorio señalar que el demandante es Rodrigo Alejandro Vergara Muñoz, guardia de seguridad, domiciliado en Renaico, padre del niño de iniciales F.A.V.R. nacido el 23 de septiembre de 2012, quién accionó con fecha 11 de enero de 2019 ante el Juzgado de Letras de Los Ángeles, en contra de la madre de su hijo, Angela Zaray Riquelme Cancino, dueña de casa, domiciliada en Antuco, requiriendo el cuidado personal de F.A.V.R.

Tercero: Que, ahora, en la perspectiva del medio de impugnación utilizado es menester precisar los hechos que fueron establecidos por la judicatura del fondo, esto es que:

A la fecha de la primera decisión atacada el niño tenía 7 años de edad. Anteriormente, por sentencia de medida de protección, el año 2015 se entregó a la madre el cuidado personal. **Actualmente vive con su abuela materna en la comuna de Antuco;** mantiene relación constante con su padre, establecida a través de la regulación de una relación directa y regular. La madre y su hijo están ingresados a intervención ambulatoria con inicio efectivo programado para el mes de septiembre de este año. Respecto del padre demandante, es posible advertir que presenta habilidades parentales que se manifiestan en que favorece el cuidado y protección de su hijo, que si bien no ejerce la crianza de manera diaria, cuando mantiene contacto con él establece rutinas de cuidado con la presencia de hábitos y predominio de disciplina positiva que da cuenta que ejerce respecto de su hijo un estilo de crianza democrático. Cuenta con un adecuado nivel de competencias protectoras, ingresos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades y en su sistema familiar existen interacciones cercanas y positivas. Además cuenta con competencias vinculares, existiendo una vinculación positiva con su hijo y mantiene compromiso por el bienestar de éste.

En cuanto a la madre, la pericia de autos concluye que presenta un estilo de crianza protectora con su hijo, asociado a que si bien no se encuentra viviendo con él en la misma vivienda, confía su cuidado a su grupo familiar de origen, quienes logran dar cumplimiento a las necesidades y cuidado cotidiano de su hijo, estableciendo estructura y actividades de acuerdo a su edad y etapa de desarrollo. Se indica que la madre ejerce un estilo donde prevalece la crianza autoritaria, pero logra mantener un equilibrio en cuanto a la implementación de normas y límites con la contención afectiva y emocional hacia su hijo. La pericia refiere resultados de test que dan cuenta que desarrolla un estilo catalogado como "verdadero asertivo" debido a que arroja altos indicadores de asertividad y bajo en índices de sobreprotección y punitividad. Alude la pericia que aun cuando no viven juntos existe un estilo vincular seguro entre madre e hijo y la progenitora desarrolla estrategias de demostración de afecto y contención emocional cuando es necesario y realizando además lo positivo de Felipe. La madre además es su apoderada en el establecimiento educacional y se mantiene activa en cuanto a las necesidades escolares de su hijo.

Sobre el niño, la pericia que evaluó sus condiciones de protección indicó que tiene adecuadas habilidades sociales y se vincula de manera sana y afectiva tanto con sus pares como adultos significativos y presenta adecuada estimulación en cada una de las esferas de su desarrollo psicosocial. Señala además que mantiene adecuada autoestima y autoconcepto. Se indican como adultos significativos a sus padres y su abuela materna con quien vive, quien es su figura vincular más significativa, y despliega un adecuado trato y cuidado en cada una de las esferas del desarrollo. Respecto de la madre ésta también respecto de su hijo se identifica como una

figura significativa tanto de afecto como de contención emocional.

El niño vive en la comuna de Antuco en el domicilio de su abuela materna, y su madre vive en un domicilio distinto pero muy cerca, manteniendo contacto permanente con él. Está bajo el cuidado de su madre y abuela y esta forma de ejercer la crianza solo reporta beneficios al niño, toda vez que la pericia respecto de su situación emocional da cuenta que se encuentra en óptimas condiciones, con todas sus necesidades satisfechas y que además es un niño que se mantiene emocionalmente estable.

Factores de riesgo son la conflictiva relación entre las partes, y las consecuencias negativas que esto provoca en el niño, cuestión que necesariamente le afecta si sus padres no encuentran las herramientas para mejorar las formas de lograr acuerdos respecto del hijo común y es por ello que se hace presente la necesidad de reforzar la relevancia de mantener el régimen comunicacional del padre con su hijo, debido a que existe un riesgo desde el punto de vista emocional en él, si ambos padres no encuentran canales de comunicación y estrategias que aminoren el conflicto al momento de ejercer su ejercicio parental.

Aun cuando el padre demandante cuenta con habilidades parentales suficientes y adecuadas para pretender contar con el cuidado personal del niño que ha solicitado, lo cierto es que la madre también cuenta con dichas habilidades. De otro lado, si bien se ha establecido que desde hace unos tres años (sic) el niño vive en el hogar de su abuela materna, que es un domicilio distinto de aquel en el que vive la madre, este se encuentra ubicado en las cercanías y la adulta responsable del niño sigue siendo su madre residiendo ambos en el mismo pasaje de la localidad de Antuco, solo que en casas diferentes, debido a la nueva familia que ha formado la madre.

El niño mantiene relación con su padre y por la emergencia sanitaria desde marzo no había ido al domicilio del padre, pero estuvo con él desde el 27 de julio hasta el 13 de agosto de este año, mantendrían buena relación y se comunican por teléfono dos o tres veces por semana.

Cuarto: La sentencia de primera instancia razona para rechazar la demanda que por el solo hecho que la madre no vive con el hijo, acogerla significaría claramente provocar inestabilidad en la vida del niño, toda vez que dicho cambio de cuidador implicaría cambio de domicilio, de comuna, de establecimiento educacional y en definitiva modificación en todo su sistema de vida, desvinculándolo de sus figuras significativas y de su medio social y escolar. Claramente dicha decisión provocaría perjuicio toda vez que las pericias y la prueba en general dan cuenta de que F.A.V.R. actualmente se encuentra cómodo y estable emocionalmente y con sus necesidades satisfechas de manera adecuada.

El fallo de segundo grado ratifica este aserto, sobre la base de que el niño ha vivido toda su infancia (hoy tiene nueve años) junto a su madre y a su abuela materna, por lo que aceptar la demanda importaría un cambio de tipo copernicano en la vida de él, al hacerlo dejar atrás el hogar que conoce y las personas con quienes se ha desarrollado, respecto de ninguna de las cuales se ha demostrado existe una razón suficientemente poderosa para justificar que sea alejada del niño. Lo solicitado por el demandante significaría sacar al niño de su zona de "confort" y llevarlo no sólo a un nuevo hogar, sino también a una nueva ciudad, atendido el domicilio del demandante, lo cual no parece aconsejable por no ser algo que se encuentre recomendado como indispensable o necesario. Dicho de otro modo, no se encuentra justificado que lo mejor para el interés del niño sea hacer lugar a la demanda de cuidado personal deducida por el padre demandante, por lo que ante el escenario descrito no puede tenerse por demostrado que el actor ha cumplido con acreditar los supuestos de hecho que le habilitan para obtener el cuidado personal que pretende.

Quinto: Que, como cuestión inicial, de lo expuesto se advierte que los sentenciadores sin analizar expresamente las normas legales o convencionales atingentes, salvo mención al artículo 225 2 del Código Civil y al interés superior del niño, discurren sobre la base de parámetros relativos al desmedro que provocaría el cambio del cuidado personal del niño y a la inexistencia de justificación para hacerlo en el mejor interés para aquel.

Sexto: Que, empero, en el ámbito de la pretensión jurisdiccional incoada las prescripciones que rigen entre otras la determinación del cuidado personal de un infante, teniendo en cuenta el reproche a analizar en perspectiva del recurso de casación en el fondo interpuesto, son los artículos 226, 224 y 225 2, letra d) y letra j) del Código Civil. Y además la consagración del derecho del interés superior del niño, en relación al artículo 222 del Código citado, y artículos 3 y 18 de la Convención de los Derechos del Niño. En efecto, el artículo 226 del Código de

Bello precisa 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 2252. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda". A su vez, el artículo 224 del mismo texto dispone: "Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de los hijos. Éste se basará en el principio de la corresponsabilidad, en virtud del cual, ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos. El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez". Enseguida, el artículo 225 2, letras d) y j) previene que "En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias: (...) d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229 (...) j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo". El artículo 222 de ese cuerpo legal determina que "La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades. Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres.". Y los artículos 3 y 18 de la Convención de los Derechos del Niño establecen que "Artículo 3: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada". Artículo 18: "1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas".

Séptimo: Que, en el contexto de los lineamientos legales y convencionales ya anotados, es menester tener en consideración los parámetros que en su análisis y definición ha fijado la jurisprudencia y la doctrina sobre el concepto jurídico de "cuidado personal de un niño o niña" y los supuestos a evaluar cuando corresponda determinar la persona o personas que ejercerán tal derecho deber.

Es así como se concibe que los primeros llamados en tal sentido son ambos padres, sobre la base de las reglas de atribución de los artículos 225 y 225 2 del Código Civil. Para el caso de que los padres vivan separados, se privilegia el acuerdo que puedan alcanzar y dejando entregada la adjudicación por la magistratura a la falta de consenso, y la necesidad de hacerlo cuando las circunstancias lo requieran y el interés del hijo o hija lo haga conveniente. De esta forma lo que prima es el interés superior del niño, niña o adolescente, pretiriendo para otras circunstancias el factor de inhabilidad del padre o madre y, en ese contexto, se establecen los criterios a tener en cuenta.

Se hace patente que la reforma de la Ley N° 20.680 incorporó en forma expresa el principio de la

corresponsabilidad que ha de guiar y estar presente en el ejercicio del cuidado personal de los hijos y en el de relación directa y regular, de manera que ambos padres participen en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos, ya sea que vivan juntos o separados, siendo, sin duda, en esta última situación en que se demuestra su relevancia, puesto que implica que no por el hecho de que los padres vivan separados el progenitor no custodio queda excluido o eximido de los deberes de crianza y educación de sus hijos, los que deben ejercerse conjunta y sistemáticamente por ambos padres, cualquiera sea el régimen o modalidad de cuidado personal que los rija. En esa perspectiva, se tiene sólo como una manifestación más de que son los padres los primeros llamados a ejercer el cuidado personal de sus hijos, bajo los estándares que impone el principio de corresponsabilidad a que se ha hecho referencia, habida cuenta de que "en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, (podrá el juez) 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" (artículo 226 del Código Civil). Es decir, excepcionalmente y bajo esa condición de inhabilidad de los padres se concederá el cuidado de los hijos a un tercero que sea una persona competente, velando siempre por el interés superior del niño. Diferenciadamente, cuando se trata de optar entre los progenitores, lo que prevalece es el interés superior del niño, sin que la decisión suponga necesariamente determinar la existencia de una eventual inhabilidad del padre o madre, sino el resultado de la evaluación de los deberes que informan el principio de corresponsabilidad en convergencia con el interés superior del niño o niña. (Sentencia de esta Corte Suprema en autos rol N° 10.537 2019 de 8 de junio de 2020).

Octavo: Que ante esa constatación, ha de consignarse que el cuidado personal de los niños, como "derecho deber" está integrado por las acciones 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.

En el evento que los padres vivan separados, y no exista acuerdo para el cuidado del niño se respeta la situación existente, al señalar que los hijos continuarán bajo el cuidado del padre o madre con quien estén conviviendo, privilegiando la manera que en los hechos se ha distribuido esta labor. Así, 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. Lo relevante es que el criterio para la definición de estas situaciones, es la conveniencia del interés superior del niño que se materializa a la luz de las circunstancias concretas. A su vez, como se ha sostenido reiteradamente por esta Corte, el interés superior del niño obedece a la categoría de aquellos conceptos indeterminados o regulativos, que los sentenciadores de fondo son los llamados a configurar y concretar en coherencia con los hechos y circunstancias establecidas. 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 (Sentencia Corte Suprema rol 16.275 16 de 5 de septiembre de 2016).

Noveno: Que en tal estado de cosas, entonces, teniéndose el cuidado personal de los hijos como una relación cercana, directa, donde se despliegan las conductas de cuidar, criar, formar, educar y establecer a los hijos, este concepto supone una convivencia diaria bajo un mismo techo, de modo tal de que permita supervisar y corregir oportunamente el desarrollo integral del niño, o sea su máxima realización física y espiritual posible. En ese sentido, lo personal desplaza a lo indirecto o ejecutado a través de terceros y aún lo esporádico o no continuo. Y como es un derecho deber, en la visión del hijo, el cuidado se materializa en su interés superior, es decir que su progenitor o progenitora, con quién tiene lazos consanguíneos de primer orden, sea quién le oriente permanente y preferentemente con rasgos de continuidad física y psíquica en su perfeccionamiento como persona.

Décimo: De allí que establecido que quién ejerce el cuidado personal del niño no es su madre, sino su abuela materna, se conflictúan las normas que gobiernan este instituto, puesto que la atribución de ese cuidado a un tercero supone condiciones diversas inhabilidad de los padres distintas a cuando la opción se presenta únicamente entre los padres corresponsabilidad e interés superior del niño. Es reprochable así que la

convergencia de responsabilidades, en tanto, con el interés superior de ese hijo, se haga consistir en la estabilidad de las relaciones con su abuela y los efectos que dicha unión convivencial le brinda o las eventuales perniciosas consecuencias por un desplazamiento desde ese hogar al amparo del padre, pues confunde el fallo lo prescrito para casos diferentes en los artículos 224, 225, 225 2, versus lo regulado en el artículo 226 del Código Civil, según hemos apuntado anteriormente. Habida cuenta, por lo demás, que no se ha configurado existir alguna inhabilidad del padre hemos dicho para relacionarse con su hijo.

Undécimo: Que, en tanto, se estableció como hecho de la causa que la madre era quién detentaba el cuidado personal del niño según atribución judicial que se le hiciera en la causa Rit P 314 2015, en mayo de 2015.

Décimo Segundo: Que así las cosas, lo que propone y resuelve el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción objeto del recurso es, en rigor, un falso dilema entre el padre del niño y su abuela, en tanto correspondía dilucidar las condiciones existentes para el cuidado personal del niño por los progenitores, según la situación de hecho constatada, en que ese cuidado se había alterado desde largo tiempo sin atender a las reglas pertinentes derivándolo la madre a una tercera persona.

Ese falso dilema o dicotomía enunciada deriva, igualmente, en una interpretación laxa del cuidado personal del niño otorgado a la madre por resolución judicial ante la divergencia entre los progenitores, puesto que deja sujeto al arbitrio de la cuidadora su ejercicio de manera personal o la delegación del cuidado a una persona distinta, que no ha sido considerada como tercera interesada en los antecedentes de dicha atribución jurisdiccional.

Décimo Tercero: Que según lo latamente expuesto ha quedado de manifiesto que no llevan razón los sentenciadores de segundo grado en su tesis de apoyo y decisión, por contravención a lo prevenido en los artículos 222, 224, 225 y 225 2 del Código Civil, referidos al cuidado personal del hijo por sus padres cuando estos se encuentran separados, e igualmente por extensión al artículo 226 del mismo texto legal, así como a las normas de la Convención de los Derechos del Niño que han sido denunciadas, a saber artículos 3 y 18.

Es útil, también, en este orden de ideas traer a consideración, que la jurisprudencia de esta Corte Suprema ha señalado que uno de los criterios para establecer a cuál de los padres adjudicar el cuidado personal (cuando la disputa es entre ellos), es "la actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular" (artículo 225 2, letra d) del Código Civil), por lo que un comportamiento inadecuado en ese sentido, debió considerarse negativamente a la hora de construir el interés superior del niño, no siendo suficiente la referencia general y abstracta en este caso de que la abuela es quién le da su estabilidad. En efecto se infiere, no es posible fundar la privación del cuidado personal del padre en la transgresión del principio de corresponsabilidad y, a la vez, entender que mantener en el cuidado personal del niño a la madre que delegó ese mismo cuidado, resulta conveniente para su interés superior (Fallo C.S. rol 10.537 2019).

Décimo Cuarto: Que, del modo en que se ha explicado, el yerro cometido ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, lo que conduce a su invalidación.

Por lo reflexionado, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 764, 765, 767 y 785 del Código de Procedimiento Civil, **se acoge el recurso de casación en el fondo** interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de doce de mayo de dos mil veintiuno, la que se invalida y procede a dictarse en forma inmediata una de reemplazo, sin nueva vista y en forma separada.

Redacción del ministro (S) don Roberto Contreras Olivares.

Regístrese.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señora Andrea Muñoz S., ministros suplentes Roberto Contreras O., señora Dobra Lusic N., y las Abogadas Integrantes señoras María Cristina Gajardo H., y Leonor Etcheberry C. No firman los Ministros Suplentes señor Contreras y señora Lusic, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por haber terminado ambos su periodo de suplencia. Rol N° 39171 2021

II. Sentencia de reemplazo

Santiago, ocho de noviembre de dos mil veintiuno. Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente **sentencia de reemplazo**.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción del segundo acápite del motivo décimo catorce, que se elimina. Se descarta, asimismo, en el basamento décimo sexto desde la mención "y es por ello", hasta su fin, que se cambia por un punto aparte (.)Se reproduce, asimismo, lo atinentemente reseñado en la sentencia de casación que antecede, y se mantienen en el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción las decisiones y fundamentos no afectados directamente con ella.

Y teniendo en su lugar y, además, presente:

Primero: Que los hechos establecidos por la sentencia apelada consignan que la madre desde hace varios años ha entregado el cuidado personal de su hijo de iniciales F.A.V.R., que le fue conferido judicialmente en mayo de 2015, a su abuela materna, tendiendo a desvincularlo de su padre y con delegación del rol que le correspondía ejercer en ese cuidado, crianza, formación y educación de su hijo, omitiendo la convivencia diaria como la permanente supervisión y corrección oportuna del desarrollo integral del niño, todo con el consiguiente daño a la relación paterno filial, lo que ha de ponderarse en los términos de lo prevenido en los artículos 222, 224, 225, y 225 2 letras d), e), g) y j) del Código Civil y artículos 3 y 18 de la Convención de los Derechos del Niño, teniendo aquello como un motivo suficiente para promover el restablecimiento de la relación del demandante con su hijo de manera más estable y duradera, por lo que la demanda de cuidado personal habrá de prosperar.

Segundo: Que, aun teniendo en cuenta la conducta inadecuada de la madre ya consignada, no puede soslayarse que existe un vínculo afectivo forjado a través del largo tiempo en que se mantuvo formalmente a su cuidado, y habiendo sido constatado que el niño la refiere como una figura significativa resulta necesario mantener esta vinculación, motivo por el cual se establecerá un régimen amplio y progresivo de relación directa y regular, que se podrá ir ajustando posteriormente conforme evolucione el nuevo régimen de cuidado personal del niño.

De este modo, en un primer período de cuatro meses el niño podrá visitar semanalmente a su madre en el domicilio materno, con pernoctación desde el viernes, en que ésta le recogerá del colegio, hasta el domingo a las 19 horas, en que le devolverá al domicilio paterno. Al cabo de este período, la pernoctación se espaciará a semana por medio.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 229 del Código Civil, 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y 67 de la Ley N° 19.968, se revoca, sin costas, la sentencia de ocho de septiembre de dos mil veinte, en cuanto rechaza la demanda de cuidado personal interpuesta por don Rodrigo Alejandro Vergara Muñoz, a favor de su hijo de iniciales F.A.V.R. en contra de doña Ángela Zaray Riquelme Cancino, y en su lugar se resuelve:

I. Se acoge la demanda de cuidado personal y se ordena la entrega inmediata del niño por parte de doña Ángela Zaray Riquelme Cancino a su padre don Rodrigo Alejandro Vergara Muñoz.

II. Consecuencialmente, se deja sin efecto la pensión de alimentos decretada respecto de Rodrigo Alejandro Vergara Muñoz.

III. Se fija un régimen de relación directa y regular entre el niño y su madre doña Ángela Zaray Riquelme Cancino, que se desarrollará en los términos establecidos en el motivo segundo y comenzará a regir tan pronto comience el nuevo régimen de cuidado personal por parte del padre.

Se previene que el Ministro Sr. Contreras concurre a la decisión precedente, pero estuvo además porque el Juzgado de Familia de los Ángeles evaluara al cuarto mes de extensión del régimen acordado su mantención en esos términos, según los antecedentes que ordene allegar.

Redactó el ministro (S) Sr. Roberto Contreras Olivares.

Regístrese y devuélvase.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señora Andrea Muñoz S., ministros suplentes Roberto Contreras O., señora Dobra Lusic N., y las Abogadas Integrantes señoras María

Cristina Gajardo H., y Leonor Etcheberry C. No firman los Ministros Suplentes señor Contreras y señora Lusic, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por haber terminado ambos su periodo de suplencia. Rol N° 39171 2021