

## DERECHO DE FAMILIA, SUCESORIO Y RÉGIMENES MATRIMONIALES

*Leonor Etcheberry Court*

Profesora de Derecho Civil  
Universidad Diego Portales

CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA  
12 DE AGOSTO DE 2013. CUIDADO PER-  
SONAL. RÉGIMEN DE RELACIÓN DIREC-  
TO Y REGULAR

RECURSO DE CASACIÓN POR NO FIJACIÓN  
DE UN RÉGIMEN DE RELACIÓN DIRECTA Y  
REGULAR Y RECURSO DE APELACIÓN POR  
RADICAR EL CUIDADO PERSONAL EN EL  
PADRE DE LAS MENORES

RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA

La demandante doña G.R.P.C ha deducido recurso de casación en la forma en contra de la sentencia definitiva dictada por el juez titular del Juzgado de Familia de La Serena, pues a pesar de que la jueza sentenciadora, al momento de emitir el veredicto, junto con anunciar el rechazo de la demanda, sostuvo que regularía un régimen amplio de visitas a fin de establecer una reunión directa y regular de las menores con su madre, sin embargo, en la sentencia definitiva, omitió pronunciarse de manera concreta acerca de todo aquello.

La primera sala de la Corte de Apelaciones dispuso que volvieran los autos a primera instancia a fin de que la jueza subsane lo omitido en la sentencia sobre el régimen de relación di-

recta y regular entre la madre demandante y su hija; esto fue cumplido y las partes no han recurrido respecto de este régimen, por lo cual habiéndose subsanado la omisión acusada, este recurso es rechazado.

RECURSO DE APELACIÓN

La madre de las menores solicita se le otorgue el cuidado personal de sus hijas menores C y C. ambas de apellido A.P.; el cuidado personal había sido entregado por la madre al padre en sede de mediación, a virtud del interés superior de las menores “quien cuenta con los medios económicos y un hogar seguro para el buen desarrollo personal y físico de sus hijas”. La mediación fue aprobada con fecha 25 de agosto de 2011 por el juez de Familia de La Serena.

En la fundamentación de su fallo, la Corte cita las nuevas disposiciones sobre el cuidado personal que establece la ley N° 20.680 (21 de junio de 2013); si bien la Corte se refiere en su considerando sexto al principio de corresponsabilidad de los padres en la crianza y educación, el principio del interés superior del niño consagrado en la Convención de los Derechos

del Niño y ratificado por estas nuevas disposiciones, y señala la nueva atribución legal del cuidado personal respecto de continuar el cuidado personal con el padre o madre con quien estén conviviendo; nada de esto aplican a continuación y, al momento de fallar, sólo se refieren a que convence a los sentenciadores

“la situación de angustia que han debido soportar las niñas con ocasión a las desavenencias de sus padres, y para dar estabilidad al convivir de las hijas, sostienen que es mejor que continúe al cuidado personal del padre respecto de quien no existe reproche en tal cometido”.

La Corte no hace una correcta fundamentación de su fallo, es cierto que confirma la sentencia de primera instancia; pero al mencionar las nuevas normas debió haber trabajado respecto de los parámetros que el nuevo art. 225 otorga a los jueces para decidir sobre el cuidado personal; ya que independientemente que el juicio haya comenzado con la legislación anterior, estos parámetros son perfectamente aplicables con el antiguo o nuevo art. 225, pues que en su gran mayoría habían sido relevados por la doctrina antes de la vigencia de estas nuevas normas.

Es correcta en, mi opinión, la decisión de la Corte de mantener la situación de *facto* de las hijas, en el sentido de tal como señala el actual 225, los hijos se quedarán con el padre o madre con el cual conviven; esto tiene un objetivo claro, cuál es, el de evitar los cambios en

los hijos que siempre pueden traer aparejado una inestabilidad o un riesgo; si la Corte hubiera querido un cambio debía llegar a la conclusión que tal cambio era positivo para las menores de autos y les aportaba un cierto beneficio; el cambio debe necesariamente ir de la mano de un beneficio. Ahora la fundamentación de la Corte no resiste análisis alguno, ya que lo único que señala en que lo que la convence es la situación de angustia que han debido soportar las niñas, por las desavenencias de los padres; dicho motivo no puede ser lo único es que se fundamente la decisión; si la Corte decidió referirse a la nueva normativa, por qué, entonces, no aprovechar los parámetros en la argumentación de la sentencia.

¿Por qué los criterios o parámetros?; porque ellos ayudan al juez en su decisión, como lo ha hecho la Children Act, del año 89 y los *Códigos de Familia* o del *Menor* más recientes, y para que el juez pueda fundamentar su decisión apelando a dichos parámetros, y también para construir el interés del menor.

Respecto a los mencionados criterios hay que dejar en claro que ellos:

- i. No son taxativos, lo que queda expresado con claridad en la letra j), cuando se señala que debe tomar en cuenta cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.
- ii. No son unos más importantes que los otros, ya que el encabezado señala que el juez los debe ponderar en conjunto.

Por lo cual, respecto del fallo en comento, echo de menos que la Corte no tratara de construir el interés supe-

rior de las menores; es cierto que la situación de angustia es importante, pero no puede ser lo único en que se piense cuando se construye el interés superior; éste debe referirse necesariamente a los derechos de las hijas y a cuáles están vulnerados y cuáles no; y luego decidir cuál de los padres puede contribuir mejor a la no vulneración de los mismos. Importante es hacer referencia a la opinión de las mismas, sobre todo cuando una de ellas está próxima a cumplir 18 (se debe recordar que la Convención nos obliga a oír su opinión [art. 12] y a darle el peso necesario de acuerdo con la autonomía progresiva de los menores [art. 5º]), no necesariamente revelando lo que dijeron o sus preferencias si las mencionaron, sino que dejar en claro que la decisión se tomó teniendo en cuenta lo que ellas señalaron. Relevante, a la vez, es mencionar que el padre debe dar todas las facilidades para que se cumpla con el régimen de relación directa y regular, tal como lo señala el inciso penúltimo del nuevo art. 229, para reafirmar el criterio del art. 225 letra d, pues todo hijo necesita una figura paterna y materna, por lo cual nadie debe interponerse en la relación

que fije en este caso el tribunal; tan importante es que pudiera pensarse que si el padre en este caso interfiere en la relación de su hija menor con la madre, esta última podría volver a solicitar el cuidado personal, por un cambio en las circunstancias que se tuvieron a la vista al fallar. Debemos incentivar a que los jueces y las Cortes se refieran a los criterios establecidos tanto para determinar el cuidado personal como para la relación directa y regular, ello llevará a una mejor fundamentación de las sentencias, a la posibilidad de que verdaderamente se construya el interés superior de los menores cuyo destino se está decidiendo, para que no se piense que los jueces construyen las soluciones de la nada, como lo señala Miguel Cillero, está prohibido, y para que quienes recurrieron al tribunal les quede claro el porqué de su decisión. Si la Corte cita la angustia por la desavenencia de los padres; está claro que la responsabilidad es de ambos y entonces, ¿cómo saber porqué se determinó que el cuidado personal siguiera con el padre? Es eso lo que se debe tratar de evitar, la incertidumbre de la fundamentación de la decisión.