

Santiago, veinticuatro de enero de dos mil diecinueve.

Vistos y teniendo presente:

1º) Que se encuentra acreditado en autos que el cuidado personal de los niños Domingo Antonio y Elisa María ambos de apellidos Marambio Tolosa se encuentra radicado en su madre, doña Loreto Patricia Tolosa Araneda desde la fecha de la separación de sus padres, en el mes de diciembre de 2016.

2º) Que desde la fecha, el régimen comunicacional entre don Antonio Marambio Yanes y sus hijos, ya individualizados, se ha visto impedido u obstaculizado por su madre, motivo por el que esta Corte le impuso una multa con fecha veintidós de enero de dos mil dieciocho.

En el mismo sentido, el informe de descripción de vulneración de derechos, elaborado por don Michael Leiva Barahona, trabajador social de la Municipalidad de Vitacura, con fecha 18 de junio de 2018, en sus conclusiones señala “podemos destacar que, en virtud de los relatos elaborados por los adultos responsables, niños de autos y por lo observado, se puede pesquisar que es posible acreditar vulneración de derechos en contra de los niños de autos, dado principalmente a elementos vulneradores (escasez de vinculación de los niños de autos con su padre) que han vivenciado ambos niños transformando su entorno más próximo (Cuidado personal detentado en la madre) en un escenario que no ha velado ni propiciado un escenario favorable, para el cumplimiento del régimen de relación directa y regular lo que ha afectado principalmente el desarrollo integral de los niños de autos y su vinculación con la figura paterna (derecho del padre y de los hijos)”.

Por su parte, el informe emitido por la consejera técnica doña Paz Ojeda Pinto del Centro de Medidas Cautelares de Santiago, en la causa Rit P-3803-2018, con fecha 13 de agosto de 2018, en sus conclusiones expresa “apreciación profesional: atendida la gravedad de la confrontación que se ha visualizado en este grupo familiar en particular en la díada paterna, ocupando a los hijos como medio y modo de agresión al progenitor, lo que se ha realizado en una solapada e inteligente forma de actuar...”.

En términos similares, ya en el año 2017, se consignaba en el informe de la psicóloga doña Mariela Vega Ponce, de fecha 12 de octubre de ese año, que en lo pertinente señala “en cuanto al vínculo de los niños con su



padre, Loreto manifiesta su disposición a favorecer dicho contacto, sin embargo en la actualidad el estado de interferencia afectiva de Elisa, no estaría permitiendo el cumplimiento de lo acordado”.

3º) Que se puede tener por acreditada la conducta contumaz de la demandada doña Loreto Patricia Tolosa Araneda que ha impedido por todos los medios que los niños Domingo Antonio y Elisa María ambos de apellidos Marambio Tolosa mantengan una relación directa y regular con su padre, lo cual importa un incumplimiento grave al mandato legal contenido en el inciso 1º del artículo 229 del Código Civil, que la define como *“aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable”*. Norma que además prohíbe expresamente la obstrucción al régimen comunicacional al señalar que *“el padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo”*.

4º) Que de acuerdo a lo razonado, corresponde determinar la procedencia de otorgar la medida cautelar de cuidado personal provisorio de los niños de autos a su padre, en base a lo dispuesto en el artículo 225 del Código Civil, que en su inciso 4º, señala que *“en cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226”*.

Es decir, según lo ha dispuesto el legislador, en virtud de la reforma de la Ley N° 20.680, no es necesario acreditar la inhabilidad de la madre, dado que ambos padres se encuentran en igualdad de condiciones, por lo que el único criterio de atribución judicial es el interés superior del niño.

5º) Que para determinar su interés superior se debe considerar lo dispuesto en el artículo 222 del Código Civil que prescribe *“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”*.



Así las cosas, se puede entender por interés superior del niño como el principio jurídico en base al cual se debe considerar por parte del juez al resolver conflictos sometidos a su conocimiento, en forma prioritaria los derechos fundamentales de los niños, niñas o adolescentes. Dicho razonamiento debe reproducirse en la resolución respectiva, de manera de que sea posible apreciar cual es el interés en concreto que se protege.

6º) Que la obstrucción o impedimento al régimen de relación directa y regular resulta grave y capaz por si sola de permitir alterar el cuidado personal de los hijos, ya que, se trata de una conducta que atenta contra el interés superior de los niños Domingo Antonio y Elisa María, ya individualizados, al conculcar sus derechos fundamentales a vivir en familia y su derecho a la identidad.

Se infringe el derecho a vivir en familia, garantizado por el artículo 9 de la Convención sobre Derechos del Niño, que en su numeral 1 prescribe que *‘los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño’* y en el numeral 3 *‘los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño’*. Resulta evidente que el impedir la relación entre los hijos y su padre o madre se vulnera su derecho a vivir en familia, impidiendo un vínculo fundamental para el desarrollo de los individuos, lo que atenta contra su derecho a la vida familiar.

En el mismo orden de ideas se vulnera el derecho a la identidad, consagrado en el artículo 8 de la misma convención, que señala en su numeral 1, que *‘los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas’*. Se puede entender de la sola lectura, que una parte determinante de la



identidad son precisamente las relaciones familiares, que se encuentran impedidas en el caso de autos por la madre.

A lo señalado de debe necesariamente agregar lo dispuesto en la letra d) del artículo 225-2 del Código Civil, que señala dentro de los criterios para determinar el interés superior en los casos de cuidado personal de un niño, niña o adolescente *“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”*.

7º) Que, por último, es menester revisar si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 22 de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, que permite en este estadio procesal emitir el pronunciamiento provisorio sobre el cuidado personal de los niños de autos.

Así, en base a la potestad cautelar innovativa es posible alterar la situación de hecho existente, permitiendo alterar el cuidado personal en la forma solicitada.

En primer lugar, según lo dispone la norma señalada, encontrándose acreditada la verosimilitud del derecho invocado por el padre a obtener el cuidado personal de sus hijos.

En segundo lugar, resulta evidente que el impedimento u obstrucción del régimen comunicacional, que se materializa en impedir el contacto de los hijos con su padre, genera un daño a los niños que habilita por sí solo para intervenir y modificar la situación de hecho existente.

Por último, ya ha quedado claro que otorgar el cuidado personal provisorio al actor busca proteger el interés superior de los niños, en el sentido de evitar se continúe conculcando sus derechos fundamentales a vivir en familia y su derecho a la identidad por parte de su madre.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 16 y 22 de la Ley N° 19.968, artículos 222 y 225 y demás normas pertinentes del Código Civil, **se revoca** la resolución de doce de octubre de dos mil dieciocho, dictada en estos antecedentes RIT N° C-7846-2018 del Tercer Juzgado de Familia de Santiago y, en su lugar, se declara que **se acoge** la medida cautelar solicitada, por lo que esta Corte estima que corresponde atribuir el cuidado personal provisorio de los niños Domingo Antonio y Elisa María ambos de apellidos Marambio Tolosa a su padre don



Antonio Marambio Yanes, quien ha logrado acreditar en autos que se encuentra en condiciones de garantizar de mejor manera el interés superior de sus hijos, frente a la demandada doña doña Loreto Patricia Tolosa Araneda, quien infringe gravemente sus derechos fundamentales, ordenando la entrega inmediata de los niños y de sus efectos personales.

Asimismo, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 225 inciso 6° del Código Civil, se fija un régimen de relación directa y regular entre la madre y los niños de autos, ya individualizados, consistente en fin de semana por medio desde el día viernes a las 18 horas hasta el domingo en el mismo horario, y los días miércoles de 16 a 20 horas en las semanas que no le corresponda el régimen comunicacional de fin de semana. El régimen comunicacional comenzará una semana después de la entrega de los niños.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Gajardo, quien estuvo por confirmar la resolución en alzada, en virtud de sus propios fundamentos.

Devuélvase.

Familia N° 3.277-2018.

Redacción del Abogado Integrante señor Lepin, quien no firma por ausencia.

Pronunciada por la Tercera Sala de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Carlos Gajardo Galdames, conformada por la Fiscal Judicial señora María Loreto Gutiérrez Alvear y el Abogado Integrante señor Cristian Lepin Molina.

CARLOS FERNANDO GAJARDO
GALDAMES
MINISTRO
Fecha: 24/01/2019 11:26:53

MARIA LORETO GUTIERREZ ALVEAR
FISCAL
Fecha: 24/01/2019 13:15:43





MPQXHNMZB

Pronunciado por la Tercera Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministro Carlos Gajardo G. y Fiscal Judicial Maria Loreto Gutierrez A. Santiago, veinticuatro de enero de dos mil diecinueve.

En Santiago, a veinticuatro de enero de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

