Santiago, diecisiete de diciembre de dos mil quince.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la sentencia de reemplazo que sigue.

Vistos

Se reproduce la sentencia de primera instancia, con excepción de los motivos 16 a 19, que se eliminan. Asimismo se reproducen los considerandos quinto y séptimo del fallo de invalidación que precede.

Y se tiene en su lugar y además, presente:

Corresponsabilidad

Primero: Que el legislador establece en el artículo 224 del Código Civil que "Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus 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 sus hijos".

Segundo: Que a continuación, el artículo 225 del Código Civil, establece: "Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o la madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

A falta de acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo".

Tercero: Que finalmente, el inciso cuarto del mismo artículo señala que "En cualquiera 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".

Cuarto: Que la doctrina y el derecho extranjero están de acuerdo en

señalar, respecto al cuidado compartido, que "Otro rasgo importante de esta institución es su fuente en la convención de los padres. Los acuerdos de tuición conjunta o alternada desde su introducción en los años 1980 son convenios entre los padres. Requieren el mutuo acuerdo entre progenitores. Lo que resulta difícil de aceptar es que los tribunales de familia decreten estos sistemas contra la voluntad de uno de los padres. En el ámbito norteamericano, hay numerosos estudios que desaconsejan la tuición compartida si no hay un alto grado de armonía y cooperación entre los padres (Rodríguez Pinto, María Sara, "El cuidado personal de niños y adolescentes", página 97)

Quinto: Que es por lo anterior que el legislador no le dio atribuciones al juez para fijar el cuidado compartido, porque los padres que llevan sus disputas a los tribunales y prefieren que un extraño decida en lugar de ellos mismos, quien está mejor capacitado para ejercer el cuidado de sus hijos o que decida en definitiva al cuidado de quien sus hijos estarán mejor; no son los padres de los que habla la doctrina, estos que se encuentran en un alto grado de armonía y cooperación.

Sexto: Que es necesario, asimismo, sostener que cuidado personal compartido y corresponsabilidad no son conceptos sinónimos, pues el primero es un sistema de vida que persigue mantener activa la participación del padre y de la madre en los aspectos señalados durante la vida separada, luego, es una de las tantas formas de ejercitar la corresponsabilidad parental en ese caso, y el segundo es un principio informador en lo tocante a la crianza de los hijos.

Por lo cual es un error establecer que la mejor forma de cumplir con el principio de la corresponsabilidad, establecido en el artículo 224 del Código Civil, es el cuidado compartido; ya que se logra lo mismo radicando el cuidado personal en uno de los padres y fijando un régimen directo y regular en favor del padre o madre no custodio.

Séptimo: Que en el caso de marras, aún cuando se quisiera interpretar el artículo 225 entendiendo que el juez sí tiene atribución para fijar la custodia compartida, los padres de Lorenzo, han llevado múltiples problemas para ser resueltos por los tribunales, por ser ellos mismos incapaces; lo que no augura que el cuidado compartido sea el mejor régimen para Lorenzo, ya que se prevén innumerables disputas entre los padres, lo que dista de ser aquellos padres aptos para llevar exitosamente adelante este tipo de régimen, por lo cual no será esta la mejor forma de proteger la estabilidad emocional del niño de autos.

Por estos fundamentos, y disposiciones legales citadas, se revoca la sentencia de fecha seis de febrero de dos mil quince, en cuanto hace lugar a que el cuidado personal del hijo común Lorenzo Antonio Zúñiga Sáez, será ejercido por ambos padres de manera compartida, y en su lugar se declara que se rechaza la demanda en todas sus partes.

Regístrese y devuélvase.

Redactado por la abogada integrante Leonor Etcheberry

ROL N° 6320-15

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Ricardo Blanco H., y los Abogados Integrantes señor Jean Pierre Matus A., y señora Leonor Etcheberry C. No firma el Ministro señor Juica, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar en comisión de servicios. Santiago, diecisiete de diciembre de dos mil quince.

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

En Santiago, a diecisiete de diciembre de dos mil quince, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.