

INTRODUCCIÓN.

La presente memoria versa sobre la delimitación del contenido del aspecto personal de la relación filial, comúnmente llamado autoridad paterna; específicamente el cuidado personal de la crianza, el cuidado personal de la educación y el cuidado personal o tuición, y la forma en que estos deberes y potestades son ejercidos por aquellos progenitores que no conviven, ya sea como consecuencia del divorcio o la nulidad de su matrimonio, su separación, o simplemente cuando nunca han convivido.

El desarrollo de este tema tiene por objeto dar a conocer el desacuerdo doctrinario que existe al momento de la definición de cada uno de estos aspectos de la autoridad paterna, de la precisión de su naturaleza jurídica y de sus titulares; para luego analizarlos de conformidad con las nuevas tendencias del Derecho de Familia y así contribuir a la determinación de sus alcances. Este desacuerdo trae como consecuencia una errónea aplicación de los preceptos legales que regulan esta materia, lo que conlleva un desconocimiento de los derechos fundamentales de los niños, como su interés superior y la coparentalidad. Así, el intento por esclarecer el tema además tendría como consecuencia una adecuada aplicación de estas materias a nivel jurisdiccional, lo que provocaría la sensibilización de los progenitores respecto a los deberes que tienen como tales, pues actualmente por medio de resoluciones judiciales se les exime de muchas responsabilidades al momento de su separación.

De esta forma se pretende dejar de manifiesto el error de cierta doctrina, recogida por múltiples sentencias, que señala que los deberes de crianza y educación de los hijos corresponden al progenitor con el cual conviven; confundiendo así distintas esferas de la relación filial personal. En efecto, señalan que en el art. 224 del Código Civil se regula el cuidado personal de los hijos cuando los progenitores conviven, y cuando éstos se separan se aplica el

art. 225 inc. 1º, que señala que este deber corresponde a la madre. De esta forma, los deberes de crianza y educación corresponderían sólo al progenitor con el cual los hijos conviven, eximiéndose al otro padre, por vía judicial, de ciertos deberes cuyo origen es legal. Esta situación produce una carga excesiva al progenitor que detenta el cuidado personal, puesto que tendría que suplir las tareas de las que el otro padre fue eximido por expresa disposición judicial, lo que a todas luces parece inaceptable.

Para esta delimitación se analizará primero el contenido de cada uno de estos aspectos de la relación filial, es decir, qué tipo de cuidados y acciones exige su cumplimiento, a quiénes corresponde y la naturaleza jurídica de éstos bajo la óptica de la relación jurídica, puesto que generalmente se dice que son derechos deberes y, por ende, poderes que se entregan para la satisfacción de un interés ajeno, lo que trae ciertas consecuencias jurídicas que se verán en su oportunidad, relacionadas con la sanción civil que acarrea su incumplimiento. Por ello se hace necesario el estudio de la relación jurídica de Derecho Privado, específicamente las situaciones jurídicas activas y pasivas, para poder identificar con una de éstas cada contenido de la autoridad paterna objeto de esta memoria.

Un especial análisis requiere el cuidado personal o tuición en caso que los padres no convivan, y los sistemas de atribución que contempla nuestro ordenamiento jurídico, puesto que es de suma importancia una decisión acertada al respecto, de modo que los hijos vivan con el progenitor que más asegure un adecuado desarrollo personal de sus hijos, lo cual se garantizará en mayor o menor medida dependiendo del sistema de atribución que se aplique.

Para ello será necesario el estudio de la normativa en el Código Civil, las leyes relacionadas, la Constitución y los tratados internacionales, de manera de alcanzar un entendimiento sistemático de una materia regulada en una multiplicidad de cuerpos normativos.

Por último, se estudiará esta temática en el Derecho Comparado, de manera de buscar ejemplos que podrán aplicarse en nuestro país, para así lograr una mejor protección de la familia y, en especial, de los niños. Para ello se buscarán ejemplos de países más representativos de nuestra situación económica y cultural, por lo que resultará de gran interés conocer la realidad de los demás países de América Latina.

CAPÍTULO I

PRECISIÓN DE LA TEMÁTICA DENTRO DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE DERECHO PRIVADO.

Nuestro ordenamiento jurídico ha optado por un tratamiento dual de la relación filial, distinguiéndose su aspecto personal, denominado “autoridad paterna”, y su aspecto patrimonial, llamado “patria potestad”. Este tratamiento dual corresponde a una desafortunada originalidad por parte de nuestro legislador. En efecto, tal distinción proviene ya del Código Civil original y ha sido criticada tanto por su inexacta denominación como por el hecho del tratamiento separado de estos dos aspectos de la relación filial. Así, se critica que con el término “autoridad paterna” se hace creer erradamente que se trata de la totalidad de relaciones propias de la patria potestad según el lenguaje universal corriente¹, lo que produce que en nuestro lenguaje jurídico la patria potestad resulta de un contenido restringido, puesto que sólo incluye el aspecto patrimonial de la relación filial.

Tal rotulación tiene la dificultad de denominar con términos que, bajo la óptica del Derecho Comparado, son sinónimos; para nombrar dos aspectos distintos de la relación filial. Por ello, y siguiendo la doctrina de Fernando Fueyo², debió llamárseles patria potestad en lo personal y patria potestad en lo patrimonial. Sin embargo, y dado que este tratamiento diferenciado no se justifica en la actualidad, la mejor solución sería el tratamiento unitario de estos aspectos de la relación filial, puesto que la decisión de Andrés Bello sólo pudo haber tenido como motivo la diferencia en su titularidad, ya que en materia de relación filial personal admitió la comunidad de derechos entre ambos

¹ FUEYO Laneri, Fernando. Derecho Civil. Valparaíso, Imprenta y Litografía Universo S.A., 1959. Tomo VI, Vol. III. pág. 346.

² *Ibid.*

cónyuges, pero en materia de relación filial patrimonial se dejó como titular exclusivo al padre³; diferencia que tal vez se justificaba en tiempos donde la mujer casada se consideraba incapaz.

El proyecto original de la Ley N° 19.585 contemplaba agrupar bajo el concepto de patria potestad tanto los aspectos personales como patrimoniales de la relación filial, cuya titularidad correspondería a ambos progenitores de manera conjunta, lo cual implica una igualdad jurídica de éstos, dejando de tener la mujer un rol subsidiario en este aspecto⁴, para lo cual se creaba una presunción de consentimiento por parte de aquel progenitor que no participa del acto, con la excepción de aquéllos para los cuales se requiere autorización judicial. Sin embargo, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, integrada por los HH. Senadores señores Fernández, Larraín y Otero, desechó esta unificación del tratamiento de la relación filial⁵, aunque con la oposición de los HH. Senadores señora Carrera y señor Hamilton, quienes estuvieron por respaldar la unificación contenida en el proyecto original⁶.

³ *Ibid.*

⁴ Boletín N° 1060-07, correspondiente al segundo trámite constitucional del Proyecto de Ley que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación.

⁵ Al respecto sostuvieron que “la distinción entre ambas instituciones que establece el Código Civil, responde a la conveniencia de utilizar criterios y normas particulares para los aspectos pecuniarios y los de orden personal. Este sistema tiene en nuestro país un cúmulo de doctrina y jurisprudencia que ha funcionado satisfactoriamente y se verá afectada al unir la autoridad paterna y la patria potestad, sin que existan motivos poderosos para hacerlo, pues lo medular consiste en los derechos y obligaciones que median entre padres e hijos”. Boletín N° 1060-07, Diario de Sesiones del Senado, Sesión N° 12 pág. 1640.

⁶ Dichos Senadores estimaron que “esta homologación de nuestra legislación al criterio que prevalece en el mundo occidental, además, fortalecería el vínculo entre ambos padres, al asignarles una misma responsabilidad en los aspectos personales y extrapatrimoniales de los hijos, disminuyendo la brecha real que existe entre ambos, como demuestra el hecho de que más de la tercera parte de los chilenos nace fuera del matrimonio, y que la mujer es jefe de hogar en la cuarta parte de las familias chilenas”.

Para analizar la relación filial personal o “autoridad paterna”, y específicamente el cuidado personal de la crianza y educación, y el cuidado personal o tuición, es preciso determinar la naturaleza jurídica de éstos bajo la óptica de la relación jurídica de Derecho Privado.

En efecto, al estar reguladas las relaciones entre padres e hijos por el Derecho objetivo, estamos ante una relación jurídica, en la cual es posible distinguir un poder y, como contrapartida, un deber. El poder se refiere a la capacidad de la cual se inviste a una persona para satisfacer su interés y exigírselo a otra que está en el deber de realizar. La persona a la cual la ley le atribuye un poder será el sujeto activo de la relación y, aquella sobre la cual recae el deber, el sujeto pasivo. De esta manera, una persona podrá estar en una situación jurídica activa, donde el ordenamiento jurídico le da la posibilidad de exigir una conducta determinada a aquél que se encuentra en una situación jurídica pasiva.

Dentro de las **situaciones jurídicas activas**, encontramos las siguientes⁷:

- a) **El Derecho Subjetivo:** Se define como el poder para obrar en satisfacción del propio interés.
- b) **La Potestad, Derecho Deber o Derecho Función:** Es el poder atribuido a una persona, para obrar en satisfacción del interés de otra. Es decir, el poder se caracteriza por beneficiar no a su titular, sino a un tercero.

⁷ ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. Tratado de Derecho Civil. 7ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. Tomo I. pág. 297.

Dentro de las **situaciones jurídicas pasivas**, podemos destacar las siguientes⁸:

- a) La Deuda o Situación de Obligado:** Es aquella que impone a una persona determinada, llamada deudor, la necesidad de cumplir con una prestación, que puede consistir en un dar, hacer o no hacer; a favor de otra persona, llamada acreedor.
- b) El Deber Personal:** Es aquella situación donde el comportamiento exigido al sujeto pasivo de la relación jurídica carece del carácter pecuniario que caracteriza la obligación. Es decir, el comportamiento exigido tiene carácter esencialmente personal.
- c) La Responsabilidad:** Es aquel deber jurídico que deriva del incumplimiento de un deber primario, que puede consistir en una obligación, o bien en un deber personal. Es decir, esta situación nace del incumplimiento de un deber jurídico preexistente, por lo que a falta de éste no puede existir responsabilidad alguna.

El Código Civil Chileno ha regulado estos aspectos de la relación filial personal en el Título IX, denominado “DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES ENTRE LOS PADRES Y LOS HIJOS”. Este título, según el esquema señalado, tiene como defecto el denominar obligaciones a aquellos deberes de carácter esencialmente morales, presentes en las relaciones paterno-filiales. En efecto, en tal título se regula el aspecto personal de la relación paterno filial y por ende queda fuera el aspecto patrimonial de dicha relación, la cual es regulada en el título siguiente, denominado “DE LA PATRIA POTESTAD”; por lo cual no se justifica y resulta erróneo el empleo del término “obligaciones” para denominar relaciones de carácter esencialmente ético, siendo más apropiado para ello el término “deberes”. Así, el nombre correcto para el título que regula este aspecto no patrimonial de la relación paterno-filial sería “DE LOS DERECHOS Y

⁸ *Ibid.* pág. 299.

DEBERES ENTRE LOS PADRES Y LOS HIJOS". Esta denominación, además de ser técnicamente más adecuada, es la utilizada en los tratados internacionales que contienen derechos humanos, como la Convención sobre los Derechos del Niño⁹; y en el Derecho Comparado, donde se habla de deberes y responsabilidades. Sin embargo, cabe señalar también que en esta materia los derechos que les asisten a los padres y que el ordenamiento jurídico les reconoce, no se le garantizan en su interés propio, sino en el del hijo¹⁰, puesto que no son derechos subjetivos, sino que potestades, por lo que más adecuado aún, y siguiendo la evolución experimentada por el Derecho de Familia en los últimos tiempos, sería una adecuación terminológica que termine con la definición de autoridad paterna como una mera conjunción de derechos y deberes, como lo sería el nombre de Responsabilidad Parental o Relación Filial Personal, términos que aluden al fondo de la materia y no sólo a los medios gracias a los cuales los progenitores pueden llevar a cabo la finalidad, que es el pleno desarrollo personal del hijo.

Hecha esta precisión conceptual, cabe determinar la naturaleza jurídica de los aspectos de la relación filial personal a estudiar en la presente memoria, esto es, determinar a qué ámbito de la relación jurídica de Derecho Privado corresponde el cuidado personal de la crianza y educación, y el cuidado personal o tuición.

El cuidado personal de la crianza, al comprender la dedicación de los más diversos cuidados para el desarrollo personal de los niños, es un deber

⁹ El art. 3 N° 2 señala: "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...". El art. 5 señala: "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad...".

¹⁰ SCHMIDT Hott, Claudia. De las Relaciones Parentales Conforme al Nuevo Estatuto Filiativo Chileno y Especialmente de la Relación Filial Personal. Revista de Derecho Comparado. Derecho de Familia I (9): 145-188, octubre de 2004. Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores. pág. 147.

que compete a ambos progenitores, como así lo establecen diversas normas jurídicas como el art. 224 del Código Civil¹¹, donde se establece que, determinada la filiación de un niño, compete a ambos progenitores su cuidado personal de la crianza; el art. 18 de la Convención de Derechos del Niño, según el cual los Estados Partes deberán proteger el principio según el cual ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza del niño¹²; el art. XXX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que señala que toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad. En el Derecho Comparado también es posible encontrar normas similares, como el art. 229 de la Constitución de Brasil, que señala que los padres tienen el deber de asistir, criar y educar a sus hijos menores; el art. 44 párrafo segundo de la Constitución de Colombia, donde se responsabiliza al Estado, la sociedad y la familia de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Así, no cabe duda que este aspecto de la relación filial personal corresponde a un deber de ambos padres, por lo que el incumplimiento de este deber acarrea la responsabilidad del progenitor. Es decir, los progenitores en este caso están en una situación jurídica pasiva, al exigírsele un comportamiento determinado, situación que nace del estado civil de padre o madre y, como contrapartida, los hijos tienen el poder para exigirles el cumplimiento de este deber a sus progenitores.

¹¹ Art. 224: “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza (...) de sus 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”.

¹² Art. 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”.

La misma naturaleza corresponde al cuidado personal de la educación, que consiste en el deber personal de los padres de orientar al niño hacia su desarrollo intelectual, cultural y moral. Dicha educación deberá estar encaminada, como lo señala el art. 29 de la Convención de Derechos del Niño, hacia la orientación del niño hacia su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida, lo que incluye el desarrollo de su personalidad, capacidad mental y física, sus aptitudes, el inculcarle el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales y prepararlo para asumir una vida responsable en una sociedad democrática. Es decir, este deber de los progenitores deberá cumplirse en conformidad con el principio del interés superior del niño, por lo que no queda a la entera libertad de éstos la forma ni el contenido de su educación, sino que este deber debe cumplirse según los lineamientos definidos por el citado artículo.

Respecto al cuidado personal o tuición, regulado en los arts. 225 a 228 del Código Civil, corresponde a una potestad o derecho función de los padres, que consiste en el derecho de éstos a vivir con sus hijos. Corresponde a una potestad, puesto que consiste en un poder entregado a los progenitores, para satisfacer los intereses de sus hijos, que corresponde al derecho de éstos a vivir con sus padres. Por lo tanto, corresponde a una situación jurídica activa, equivalente al derecho de los progenitores a tener consigo a sus hijos, lo que en la doctrina se denomina unidad de domicilio, guarda material o tenencia. Dicha potestad es ejercida de manera conjunta en caso que los padres vivan juntos, o bien sólo por uno de ellos en caso de separación de éstos.

CAPÍTULO II

CONTENIDO DE LA AUTORIDAD PARENTAL.

Como ya lo señalamos, nuestro ordenamiento jurídico sólo regula bajo esta denominación lo referente a la relación filial personal, dejando la regulación del aspecto patrimonial de esta relación bajo el nombre de patria potestad.

En efecto, la autoridad parental contiene un cúmulo de deberes y derechos funciones o potestades entre padres, y eventualmente ascendientes, e hijos o descendientes respectivamente. Sin embargo, el tema de esta memoria incluye sólo el estudio de tres aspectos de la relación filial personal que tienden a confundirse: el cuidado personal de la crianza, el cuidado personal de la educación y el cuidado personal o tuición de los niños y adolescentes.

2.1. Cuidado Personal de la Crianza.

Este deber de los padres se encuentra consagrado en el art. 224 del Código Civil, donde se señala que toca de consuno a los padres el cuidado personal de la crianza de sus hijos. A primera vista, parece que comprendiere solamente la atención personal del niño, atención que es más intensa e indispensable en los primeros años, y que va decreciendo con el transcurso del tiempo. Sin embargo, comprende la prestación de los más variados socorros, como la alimentación, la enseñanza, el esparcimiento, los descansos, etc.¹³ Sin embargo, no es así como lo ha entendido la mayoría de la Doctrina¹⁴, quienes

¹³ FUEYO Laneri, Fernando. Derecho Civil. Valparaíso, Imprenta y Litografía Universo S.A., 1959. Tomo VI, Vol. III. pág. 353.

¹⁴ Cfr. ABELIUK M., René. La Filiación y sus Efectos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pág. 322; ÁLVAREZ Cruz, Raúl. La Filiación y otras reformas al Código Civil. Editorial Alfabetas Artes Gráficas [s.a], pág. 153; ETCHEBERRY Court, Leonor. Los Derechos y

entienden que esta norma se refiere al cuidado personal o tuición, lo que se encuentra regulado en el art. 225.

El deber de crianza contemplado en el art. 224 corresponde a un deber genérico¹⁵, puesto que comprende todos los deberes correspondientes a los progenitores por el hecho de la filiación. Es decir, comprende un universo de deberes que impone la ley a los padres, quienes tienen que cumplirlos de conformidad al art. 222 inc. 2º, que para el efecto constituye una declaración de principios en materia de relación filial, puesto que todos los derechos y deberes entregados a los padres deben ser ejercidos para la satisfacción de los derechos de los hijos, procurando su mayor realización espiritual y material posible, guiándolos en el ejercicio de los derechos fundamentales conforme a la evolución de sus facultades.

En consecuencia, determinada la filiación de un niño, compete a ambos progenitores el cumplimiento de este deber genérico denominado crianza, puesto que es la ley la que señala que por el hecho de la filiación, compete a ambos padres, de consuno, su cumplimiento. Por lo tanto, los titulares de este deber son los progenitores respecto de los cuales se encuentra determinada la filiación si ambos se encuentran vivos y en caso de fallecimiento de uno de ellos, corresponderá al progenitor sobreviviente.

En caso de niños cuya filiación se encuentre determinada mediante el reconocimiento de sólo uno de sus padres, corresponderá a éste su cuidado personal de la crianza y, de no estar determinada la filiación de un niño, será el juez quien tendrá que determinar la persona o institución que tendrá a su cargo este deber.

Obligaciones entre Padres e Hijos y la Patria Potestad. En: El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la Ley N° 19.585, pág.102; RAMOS Pazos, René. Derecho de Familia. 5ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. Tomo II, pág. 425.

¹⁵ SCHMIDT Hott, Claudia, *op. cit.* pág. 149.

2.2. Cuidado Personal de la Educación.

Se encuentra consagrado, fundamentalmente, en el art. 224 del Código Civil, que señala que toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la educación de sus hijos, lo cual se condice con el principio según el cual ambos padres tienen iguales responsabilidades en la educación de los hijos. Se trata por lo tanto de un deber atribuido a los padres, en quienes radica la responsabilidad de otorgar a sus hijos una educación adecuada, conforme a los principios y valores propios de una sociedad democrática.

Suele confundirse este deber con la instrucción del hijo, pensándose de tal manera que se satisface este deber con el otorgamiento de una buena instrucción, enviando al hijo a un buen establecimiento y complementando sus horas con el aprendizaje de otras materias o el conocimiento artístico¹⁶. Se diferencia de la mera instrucción, la cual constituye sólo un aspecto del deber de educación, en que la educación persigue no sólo el desarrollo intelectual del niño, sino que también su desarrollo físico, psíquico y social, conforme con sus intereses y aptitudes y dependiendo de las circunstancias.

Siendo el niño un ser en formación, durante los primeros años de vida requiere del molde formativo constituido principalmente por las figuras materna y paterna, con distinta incidencia según las edades por las que atraviese. Si ello no es así, la formación personal del menor quedará comprometida y requerirá moldes subsidiarios¹⁷.

Este deber también se encuentra reconocido por la Constitución, que en su art. 19 N° 10 inc. 3° señala que los padres tienen el deber de educar a sus hijos y, como contrapartida, los niños tienen el derecho a la educación, con el objeto del pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

¹⁶ D'ANTONIO, Daniel Hugo. Patria Potestad. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1979. pág. 96.

¹⁷ *Ibid.* pág. 97.

También goza de reconocimiento constitucional este derecho en el art. 28 párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación con el art. 5 inc. 2º de la Constitución, puesto que nuestro ordenamiento jurídico reconoce con jerarquía constitucional aquellos tratados que contienen derechos humanos, que estén ratificados por Chile y se encuentren vigentes. Así, el art. 28 párrafo 1 reconoce este derecho del niño a la educación, imponiendo al Estado el deber de implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos, fomentar la enseñanza secundaria y permitir el acceso igualitario, sobre la base de la capacidad, a la enseñanza superior. Del mismo modo, el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de toda persona a la educación, que debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, fortaleciendo el respeto por los derechos fundamentales. Es decir, nuestro ordenamiento jurídico hace responsable de la educación de los niños no sólo a sus progenitores, sino que también al Estado.

Vinculado a este deber de los padres de cuidar de la educación de sus hijos, se encuentra el derecho función o potestad de dirigir la educación de sus hijos, contenido en los arts. 236 a 239 del Código Civil, y en virtud del cual los padres pueden darle una orientación moral o religiosa conforme a sus convicciones, pero siguiendo las directrices impuestas en el art. 236¹⁸; art. 29 párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁹ y art. 13 del Pacto

¹⁸ Art. 236: “Los padres tendrán el derecho y el deber de educar a sus hijos, orientándolos hacia su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida”.

¹⁹ Art. 29.1: “Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

- a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
- b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;
- c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores (...);

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁰; referentes a la consecución del pleno desarrollo de las capacidades del niño, inculcándole el respeto por los derechos fundamentales. Es decir, si bien los padres pueden orientar la educación del hijo conforme a los valores propios del grupo familiar, tienen como límite el respeto al hijo en sus propias convicciones, según la edad y madurez de éste.

Este deber de cuidado personal de la educación de los niños corresponde de consuno a sus padres, o al padre o madre sobreviviente. En caso de que el niño sólo haya sido reconocido por uno de sus progenitores, corresponderá al que lo haya reconocido. Si no está determinada su filiación, será el juez quien determine el titular de este deber.

También existen normas al respecto en el Título XVIII del Libro I del Código Civil, a propósito del deber de alimentos a favor de los descendientes, donde los arts. 323 inc. 2º y 332 inc. 2º establecen reglas claras que determinan la extensión en el cumplimiento efectivo de este deber en lo referente a la escolaridad y estudios superiores. Conforme a estos artículos, el deber de dar alimentos al alimentario descendiente menor de veintiún años comprende la enseñanza básica y media, y la de alguna profesión u oficio, cesando a los veintiocho años en caso de encontrarse cursando estudios superiores²¹.

-
- d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;
 - e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.”

²⁰ Art. 13: “Los Estados Partes (...) convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz” .

²¹ SCHMIDT Hott, Claudia, *op. cit.* pág. 150.

Con relación a la persona que soporta el gasto de la educación de los hijos, el art. 230 del Código Civil señala que tales gastos son de cargo de la sociedad conyugal o, en su defecto, los padres contribuirán en proporción a sus respectivas facultades económicas.

2.3. El cuidado Personal o Tuición.

Esta potestad, conocida en la doctrina y Derecho Comparado como tenencia, guarda material, unidad de domicilio o deber de convivencia, corresponde al derecho deber de los padres de tener en su compañía a sus hijos, con un contacto material necesario para prestarles la atención personal que requieren según su edad y madurez.

En nuestro ordenamiento jurídico está tratado en los arts. 225 a 228 del Código Civil, aunque como señalamos a propósito del cuidado personal de la crianza, parte de la doctrina nacional²² lo ha confundido con aquel deber, regulado en el art. 224. En efecto, el art. 224 trata de los deberes de crianza y educación de los niños, deberes que corresponden de consuno a los padres, por lo que la separación, divorcio o nulidad de éstos no es causal para la suspensión o privación de estos deberes. Por el contrario, la ley facilita la relación directa y regular (antes llamada “visitas”) del padre que no vive con sus hijos, vale decir, que no detenta el cuidado personal, para poder cumplir con estos deberes, y pueda participar así de la crianza y del proceso educativo de sus hijos; lo que resulta del todo lógico, pues la separación entre los padres no podría significar, a su vez, una separación con sus hijos.

El art. 225 tiene el error lógico de comenzar a tratar este derecho deber bajo la hipótesis del hijo de padres separados, señalando que en esta situación será la madre a quien toca el cuidado personal. Tal vez este error del legislador sea la causa del mal entendido de parte de la doctrina que confunde dos

²² Ver nota N° 15.

esferas de la relación filial personal. Por ende, hubiera sido preferible comenzar por la situación de normalidad, es decir, que en caso que los progenitores vivan juntos, corresponde a ambos el cuidado personal de los hijos.

La ley ha optado por una atribución legal de la tuición a la madre, no obstante deja la posibilidad que, convencionalmente, los padres decidan de común acuerdo que el cuidado personal de uno o más hijos radique en el padre. Por último, cabe también una atribución judicial de la tuición cuando el juez, en razón del interés de los hijos, determine entregar el cuidado personal al otro progenitor, o bien a otra persona para el caso de que ambos progenitores resulten inhábiles.

2.3.1. Atribución Legal.

El art. 225 inc. 1º del Código Civil señala que, si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos, atribución que podrá modificarse por mutuo acuerdo entre los progenitores, lo que en situaciones de ruptura conyugal se dificulta. Por lo tanto, ante la separación, divorcio o nulidad de los progenitores, corresponderá, por mandato legal, a la madre el cuidado personal de ellos. El Código Civil originario entregaba el cuidado personal de los hijos menores de cinco años e hijas mayores de esa edad a la madre, y al padre el cuidado personal de los hijos mayores de cinco años. Con la Ley 10.271 se extendió a catorce años la edad en que es la madre quien tiene el cuidado de los niños de cualquier sexo, luego de lo cual la tuición de los hijos hombres pasaba al padre. La Ley 18.802 de 1989 entregó a la madre la tuición de todos los hijos menores, salvo que por la depravación de la madre sea de temer que los hijos se perviertan.

Esta atribución legal no encuentra respaldo, ni en el Derecho Comparado, ni en la doctrina. Al respecto, el art. 206 párrafo 2º del Código Civil argentino señala que los hijos menores de cinco años quedarán al cuidado de la

madre, salvo causas graves que puedan perjudicar al niño. Los mayores de esa edad, salvo acuerdo en contrario, quedarán a cargo de quien el juez estime más idóneo. Cabe destacar la evolución con respecto al texto originario de dicho Código, que en su art. 213 señalaba que “los hijos menores de cinco años quedarán siempre a cargo de la mujer”, es decir, atribuía a la madre la tuición de estos hijos en términos absolutos. Luego, la Ley 2.393 de matrimonio civil, en su art. 76 señalaba que “los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre”, eliminando el adverbio siempre. La Ley 17.711 introdujo una tercera modificación, prescribiendo que, “salvo causas graves, los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre”, por lo que se incorpora una excepción a la tuición materna, correspondiente a alguna causa grave que lo haga necesario. Finalmente, la ley 23.515 dejó el actual art. 206, donde se señala que la causa grave tiene que decir relación con el interés superior del niño²³. Al respecto, señala Mizrahi²⁴ que la *ratio legis* del precepto se halla en que en los primeros años de vida son fundamentales los cuidados y atenciones de la madre, debido al alto grado de indefensión primaria y biológica de los pequeños, sobre todo durante la lactancia. En este sentido, resulta importante el aporte hecho por este autor, quien hace una interpretación dinámica de la norma²⁵, atribuyendo a la expresión “madre” no su sentido biológico, sino un sentido funcional de “mamá”, rol que en casos puntuales puede estar desempeñado por el padre o, incluso, por una tercera persona, como por ejemplo una madre afín (madrastra). Por lo tanto, más que realizar un estudio de la realidad genética, el juez deberá preocuparse por conocer la realidad

²³ MIZRAHI, Mauricio Luís. Familia, Matrimonio y Divorcio: Divorcios Causados e Incausados, Acuerdos Conyugales, Liquidación de Bienes, Daños y Perjuicios en el Divorcio, Alimentos, Guarda de los Hijos, Derechos del Niño, Aspectos Procesales, Comunicación Paterno Filial, Operatividad de los Tratados Internacionales. Buenos Aires, Astrea, 1998. pág. 400.

²⁴ *Ibid.* pág. 401.

²⁵ *Ibid.* pág. 402.

fáctica del núcleo familiar, atribuyendo en definitiva la tenencia de los hijos a aquella persona que desempeñe el rol de madre, es decir, a aquella persona que entregue los cuidados propios de un menor de cinco años, lo que se condice con el principio de estabilidad que rige en materia de familia.

En el Derecho español, se señala como materia obligatoria para el convenio regulador, en caso de separación judicial y divorcio de los cónyuges, la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos; por lo que se prefiere la atribución convencional y, a falta de acuerdo entre los progenitores, será el juez quien decidirá qué progenitor convivirá con sus hijos²⁶.

En consecuencia, si los padres viven separados, la tendencia que se advierte en el Derecho Comparado en esta materia es una atribución convencional refrendada por el juez, o a falta de ésta, atribución judicial²⁷; puesto que se hace imposible determinar, *prima facie*, cuál de los padres es más idóneo para detentar la tuición de sus hijos.

La atribución legal de la tuición en nuestro ordenamiento jurídico puede ser modificado por un acuerdo entre las partes, o bien judicialmente, en casos en que el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, donde el juez podrá entregar el cuidado personal al otro de los padres (art. 225 inc. 3º). En esta norma se aprecia un derecho de la madre a la tuición de sus hijos, puesto que a pesar de que se habla del interés del niño para los efectos de atribuir la tuición al padre, los ejemplos que da el

²⁶ Art. 159: "Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años".

²⁷ SCHMIDT Hott, Claudia, *op. cit.* pág. 159.

legislador corresponden a sanciones por las cuales se puede privar a la madre del cuidado personal de sus hijos, por haberlos maltratado o descuidado, lo que es atentatorio contra el principio del interés superior del niño, contemplado por el art. 3 párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁸.

Existe acuerdo por parte de la doctrina sobre la inconstitucionalidad de este precepto, puesto que al optar por la madre como titular de la tuición de los hijos, se produce una discriminación arbitraria en contra del padre, lo que violenta el principio de igualdad ante la ley. Así lo ha manifestado Enrique Barros²⁹, quién sostiene que, “habida consideración del principio de igualdad ante la ley, tengo dudas de la constitucionalidad del art. 225 I y III, si esas normas fuesen interpretadas como constitutivas de un derecho de la madre, del que sólo puede ser privada a título de sanción; en verdad, también puede haber discriminación en contra del padre, aunque ello no suene “correcto” en el debate actual. Y ello es más grave si tal discriminación actúa, eventualmente, en perjuicio del hijo”. En efecto, dichas disposiciones, entendidas como un derecho de la madre a la tuición de sus hijos, es atentatoria contra el derecho a la igualdad ante la ley, contemplado en el art. 19 N° 2 inc. 2° de la Constitución, que establece que la ley no podrá establecer diferencias arbitrarias. También sería inconstitucional por el art. 16 N° 1 L. d de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer³⁰, en relación al art. 5

²⁸ Art. 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”.

²⁹ BARROS Bourie, Enrique. Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación. En: El Nuevo Estatuto de Filiación en el Código Civil Chileno. Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago, LOM Ediciones, 1998. pág. 47.

³⁰ Art. 16.1: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

inc. 2º de la Constitución, que asegura a hombres y mujeres los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil.

La interpretación de tal regla en este sentido favorece a que el niño sea usado, en caso de separación de sus padres, como pieza táctica en la negociación económica entre ellos³¹, puesto que la madre dificultará al padre su relación con los hijos, de no satisfacer las necesidades económicas de ésta, lo cual termina perjudicando a los niños. Además, al establecerse esta preferencia legal de la madre para el cuidado de los hijos hace que, en caso que el padre opte por recurrir ante el juez para obtener la tuición de sus hijos, el procedimiento se dificulte, puesto que el padre, en vez de destacar sus atributos e idoneidad para la obtención de la tuición, se verá obligado a destruir la imagen de la madre, siendo éste el único medio a su alcance para rebatir la presunción de superior idoneidad de ésta como custodio³², lo cual no hace más que exacerbar los conflictos propios de un quiebre en la pareja, lo que trae aparejado un mayor desgaste jurisdiccional para resolver el conflicto. Cabe destacar que el Honorable Senado fundamentó la atribución legal de la tuición, entre otras consideraciones, para evitar numerosas dificultades y por constituir ella una práctica frecuente, razones que si bien son ciertas, no son suficientes para fundar esta norma, que prescinde absolutamente del interés primordial de los hijos³³.

(...) d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”.

³¹ BARROS Bourie, Enrique. *op. cit.* pág. 48.

³² RAMOS Buonomo, Ivette. Discriminación por Género en las Determinaciones Judiciales de Custodia, Patria Potestad y Pensión Alimentaria. Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico. 69 (4): 1055-1125, 2000. pág. 1063.

³³ SCHMIDT Hott, Claudia, *op. cit.* pág. 160.

Esperamos que los operadores jurídicos den una correcta interpretación a esta norma, consistente en interpretar la “otra causa justificada” que señala el art. 225 inc. 3º en razón del interés superior del niño y no como sanción a la madre. Es decir, que otorguen el cuidado personal al padre no sólo cuando la madre incurra en alguna conducta reprochable, sino también cuando el interés superior del niño lo haga aconsejable, según el art. 3 N° 1 de la Convención sobre Derechos del Niño, y el art. 242 inc. 2º del Código Civil; lo cual implica también dar cumplimiento al derecho del niño a ser oído.

2.3.2. Atribución Convencional.

El art. 225 inc. 2º del Código Civil señala que, mediante escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponderá al padre, alterando así la atribución legal del art. 225 inc. 1º.

Se trata de un convenio solemne, cuya solemnidad consiste en constar por escritura pública o acta extendida ante oficial de Registro Civil. Por lo tanto, y en relación a los arts. 1681 y 1682, adolecerá de nulidad absoluta todo acuerdo que no cumpla con estas solemnidades, puesto que se habría omitido un requisito prescrito por la ley para el valor del acto en consideración a su naturaleza.

Para que tal convenio produzca efectos respecto de terceros, es decir, para su oponibilidad, es necesario que la escritura pública o acta extendida ante oficial de Registro Civil sea subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento. Se trata de un plazo de días corridos y fatal, por lo que transcurrido este plazo tales instrumentos serán ineficaces frente a terceros.

Esta solución tampoco es la adecuada bajo la óptica de los principios que rigen la materia, correspondientes al interés superior del niño y la igualdad entre los cónyuges, puesto que al no exigirse su aprobación judicial, no existe control alguno sobre los acuerdos, por lo que se podrían violar normas de orden público familiar. Es decir, en este convenio no se protegen los derechos de los hijos, ni menos al cónyuge o progenitor más débil, puesto que éste puede provocar un perjuicio para aquel progenitor que no desarrolló actividad económica alguna para dedicarse al cuidado del hogar y de los hijos, o bien desarrolló una actividad de menor remuneración, lo que implica que, ante una separación, no esté en condiciones de solventar los gastos propios de la familia, por lo que podría verse forzado a aceptar las condiciones impuestas por el otro progenitor, convenio que adolecería de nulidad relativa según el art. 1682 inc. 3º del Código Civil, puesto que el consentimiento estaría viciado por fuerza moral en los términos del art. 1456 del mismo cuerpo legal³⁴. En cuanto al interés superior del niño, éste no goza de protección en este tipo de convenios, ya que se ha dado total libertad a la autonomía de la voluntad de los progenitores, lo cual podría suponer la violación de normas sustantivas. Por estas razones es que no basta una mera homologación judicial, sino que es necesario una aprobación judicial, la que sólo cabría en los casos en que se dé cumplimiento a las normas imperativas que rigen en materia familiar, lo cual implica la modificación de aquellos pactos que puedan resultar lesivos para los hijos o perjudiciales para un progenitor; como por ejemplo sería aquel convenio que otorga la tuición al padre y éste carece de idoneidad para criar al hijo o hijos, o bien pretende su traslado a otra ciudad o país en contra de la voluntad de aquéllos. Cabe agregar que tampoco se exige la intervención del niño en la celebración del convenio, lo que implica la violación del derecho de éstos a ser oídos en todo asunto que los afecte, contenido en el art. 12 párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y que goza de jerarquía constitucional

³⁴ SCHMIDT Hott, Claudia, *op. cit.* pág. 161.

en virtud del art. 5 inc. 2º de la Constitución, por lo que el art. 225 inc. 2º sería inconstitucional al no dar cumplimiento a este derecho fundamental de los niños.

La Ley de Matrimonio Civil, N° 19.947, establece que, en los casos de separación judicial y divorcio por causal objetiva, cuando son ambos cónyuges conjuntamente los que lo solicitan, se les exige un acuerdo que regule de manera completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos (arts. 27 inc. 2º y 55 inc. 2º). El acuerdo será completo si regula cada una de las materias prescritas en el art. 21 de la misma ley, el cual señala que si hubieren hijos, se deberá regular el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél progenitor que no los tuviere bajo su cuidado. Será suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas entre los cónyuges. Por lo tanto, en caso de separación judicial y divorcio vincular, cuando son solicitados por ambos cónyuges de manera conjunta, sí se establece la existencia de un convenio regulador del cuidado personal que respeta los derechos fundamentales de los niños y de los cónyuges, puesto que se requiere su aprobación judicial, la que sólo será procedente en caso que se respete el interés superior del niño, lo que incluye el respeto de su derecho a ser oído en todo procedimiento que lo afecte; es decir, el juez no podrá sino desechar un convenio en el cual no se haya oído al hijo. Esto se confirma con la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, puesto que en su art. 8º N° 16 se señala que es materia de la competencia de estos tribunales las causas sobre separación, nulidad y divorcio, por lo que al momento de refrendar los convenios susodichos el juez de familia deberá dar cumplimiento a los

principios señalados en el Título III de esta ley, entre los cuales encontramos el interés superior del niño y su derecho a ser oído, contenidos en el art. 16³⁵.

Por lo tanto, este convenio regulado en el art. 225 inc. 2º del Código Civil, sólo rige en casos de hijos cuyos padres se encuentran separados de hecho y en caso de hijos no matrimoniales, donde se podrá acordar el cuidado personal de los hijos según la autonomía de la voluntad de los padres, lo que implica un tratamiento discriminatorio para los niños que se encuentren en estas circunstancias.

2.3.3. Atribución Judicial.

El art. 225 inc. 3º del Código Civil señala que el juez, en todo caso, cuando el interés del niño lo haga indispensable, podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres, por lo que podría modificar así la atribución legal de la tuición, o el acuerdo entre los progenitores según corresponda.

De acuerdo a la Ley N° 19.968, que crea los tribunales de familia, es éste el tribunal competente en razón de la materia, como así lo señala el art. 8 N° 1³⁶, lo cual significa que se deberán respetar los principios que informan dicho procedimiento de familia, contenidos en el Título III párrafo primero.

³⁵ Art. 16: "Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad".

³⁶ Art. 8º: "(...)Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias:

1) Las causas relativas al derecho de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes".

Las circunstancias bajo las cuales el juez podrá entregar el cuidado personal de los hijos al otro progenitor son las siguientes (arts. 225 inc. 3º, 226 y 238 del Código Civil)³⁷:

- i) Cuando el padre o la madre maltrate a sus hijos.
- ii) Cuando el padre o la madre descuide a sus hijos.
- iii) Cuando concorra “otra causa justificada” que haga necesario la modificación del titular de la tuición.
- iv) Cuando el padre o madre hubiere abandonado al hijo.
- v) Cuando a cualquiera de ellos afecte una inhabilidad física o moral. Si bien esta hipótesis se refiere al caso en que el juez debe confiar el cuidado personal de los hijos a un tercero, debido a que la inhabilidad afecta a ambos; cabe concluir que, en caso que afecte a sólo uno de los progenitores, se confiará el cuidado personal de los hijos al otro progenitor que sea hábil. El art. 42 de la Ley de Menores señala los supuestos bajo los cuales el progenitor se encuentra bajo inhabilidad física o moral³⁸, los cuales aunque son taxativos, el N° 7 contempla una norma genérica, correspondiente a cualquier causa que coloque al menor en peligro moral o material.

³⁷ SCHMIDT Hott, Claudia, *op. cit.* pág. 161.

³⁸ Art. 42: “Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

1.º Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;

2.º Cuando padeciere de alcoholismo crónico;

3.º Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;

4.º Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;

5.º Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;

6.º Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;

7.º Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.”

2.3.3.1. Limitaciones a la Atribución Judicial.

Si bien la ley ha contemplado casos específicos en los cuales el juez puede alterar la atribución legal o convencional de la tuición, ha agregado una norma de clausura, correspondiente a “otra causa justificada”, que le permite dictar sentencia según su íntima convicción³⁹.

Cabe destacar que la norma pareciera tener carácter facultativo, puesto que señala que, “cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa justificada, el juez **podrá** entregar su cuidado personal al otro de los padres”. Sin embargo, en el art. 16 de la Ley de Tribunales de Familia se contempla el principio del interés superior del niño, por lo que esta norma debe interpretarse sistemáticamente, no pudiendo sino entenderse con carácter imperativo, y por ende en los casos en que el interés del niño haga aconsejable otorgar la tuición al otro progenitor, el juez no puede más que modificar la atribución legal o convencional, lo que en concordancia con el art. 25 de la misma ley, en caso de incumplimiento acarrearía la nulidad procesal, puesto que existiría un vicio que provoca perjuicio al niño, consistente en haber sido violentado sus derechos como tal. Por lo tanto, el juez, al momento de decidir sobre el cuidado personal de los hijos, tendrá como criterio para tomar la decisión cuál progenitor sirva mejor los intereses y el bienestar de sus hijos, debiendo optar por aquél.

Para tomar una decisión, el juez deberá ponderar diversos factores tales como la preferencia del niño, su edad, sexo, cuidados que pueda requerir según su salud física y psíquica; con cuál de los progenitores tiene mejores relaciones, la idoneidad de los padres para lograr un desarrollo armónico del hijo, la adaptación del niño en el entorno social en que vive, lo cual incluye el colegio al que asiste, etc. También deberá tomar en cuenta si, al otorgar la tuición al otro progenitor, el niño verá alterado su modo de vida, como por ejemplo al incluirse

³⁹ SCHMIDT Hott, Claudia, *op. cit.* pág. 162.

en una familia ensamblada, caso en el cual el juez deberá estudiar la relación de este hijo con su madre o padre afín, y sus nuevos hermanos, afines o consanguíneos. Al respecto, se ha desarrollado por parte de la doctrina y jurisprudencia el principio de no innovar, de estabilidad o continuidad en una situación de guarda material, puesto que se presume beneficioso para el menor mantener la situación de guarda material existente, ante la posibilidad de un cambio. El fundamento de este principio se encuentra en tratar de evitar la ruptura de un vínculo afectivo existente entre el actual guardador material y el niño,⁴⁰ para lo cual será efectivo, en principio, no modificar su lugar de residencia ni su lugar de estudio; es decir, mantener el entorno social y cultural del hijo, sin que se modifiquen las costumbres y hábitos cotidianos ni sobrevengan desplazamientos bruscos de un medio a otro⁴¹; situación que puede encontrar excepciones tales como la falta de idoneidad del progenitor. Otro criterio que habrá de tener en cuenta el juez, recogido por el art. 92 párrafo 4º del Código Civil español, es el procurar no separar a los hermanos, también denominado unidad filial⁴²; criterio que por supuesto tampoco es absoluto.

Otro importante conflicto es la idoneidad de los padres o madres homosexuales o bisexuales para atribuirles el cuidado personal de sus hijos. Si bien toda discriminación que tenga como base la orientación sexual de la persona es abiertamente inconstitucional, el problema surge al analizar si tal orientación sexual produce daño o no a los hijos y, por ende, si se hace o no aconsejable que éstos tengan la tuición de sus hijos. En definitiva, lo que habría que investigar es si el niño criado por una pareja homosexual es capaz de asumir los procesos de identificación que, en el vínculo heterosexual, se

⁴⁰ PITRAU, Osvaldo Felipe. La Guarda de Menores. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia (4): 45-65, 1990. pág. 63.

⁴¹ MIZRAHI, Mauricio Luís. *op. cit.* pág. 412.

⁴² *Ibid.* pág. 409.

producen respecto de los roles de “padre” y “madre”⁴³; investigación que no se acota con su aspecto jurídico, sino que requiere la ayuda de otras áreas del saber científico. Por el momento, conviene analizar caso a caso, evitando actitudes prejuiciosas ni estereotipos por parte del juzgador que terminen vulnerando el principio del interés superior del niño.

En el art. 225 inc. 3º encontramos una norma que prohíbe al juez otorgar la tuición al progenitor que no ha contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. En este caso el legislador ha entendido que aquel progenitor que ha descuidado a sus hijos, mediante el incumplimiento de su deber de manutención, carece de idoneidad para tenerlos bajo su cuidado, razón por la cual se prohíbe otorgarle la tuición de sus hijos. Esta norma tiene como problema su carácter absoluto, puesto que en determinados casos puede ser aconsejable que sea éste el titular del cuidado personal, pues en la práctica el no cumplimiento de su deber de alimentos puede atribuirse a su porfía, y no necesariamente al descuido de sus hijos. Se hubiere preferido que el legislador establezca una presunción simplemente legal consistente en la inconveniencia de entregar a este progenitor el cuidado personal de sus hijos y que en definitiva el juez sea quien pondere en razón del interés superior del niño, lo cual implica tener debidamente en cuenta las opiniones de los hijos involucrados, en razón de su edad y madurez.

2.3.3.2. Competencia y procedimiento.

Con la entrada en vigencia de la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, las causas relativas al derecho de cuidado personal de los niños serán de competencia de los juzgados de familia.

⁴³ *Ibid.* pág. 417.

El procedimiento que aplicarán los juzgados de familia será oral, concentrado y desformalizado, donde primarán los principios de la inmediatez, actuación de oficio y la búsqueda de soluciones colaborativas entre las partes, para lo cual se ha favorecido la mediación familiar, cuyo procedimiento está regulado en el Título V de la ley N° 19.968, de carácter facultativo, y puede recaer sobre cualquier asunto cuya competencia recaiga sobre los juzgados de familia, a excepción de materias de mediación prohibida, por tratarse de materias donde está involucrado el orden público. Por lo tanto, los procedimientos sobre cuidado personal de los hijos pueden solucionarse por medio de esta alternativa, donde el mediador debe dar cumplimiento a los principios del interés superior del niño y la igualdad entre los cónyuges, de manera que éstos se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos y así éstos no adolezcan de nulidad por estar viciado el consentimiento. De no ser ello posible, el mediador está obligado a declarar terminada la mediación (art. 106 Ley N° 19.968).

Tanto en el procedimiento ordinario como en la mediación se exige el respeto al interés superior del niño, lo cual implica el respeto a éstos de su derecho a ser oídos e intervenir en todo trámite en el cual estén involucrados. Por lo tanto, de no respetarse este derecho de los niños, en caso alguno el juez podrá aprobar el acta de mediación, puesto que el art. 109 de la misma ley exige su aprobación por parte del tribunal, siempre y cuando no sea contrario a Derecho; de lo que se deduce que, al no haber oído a los niños involucrados, la mediación sería contraria a Derecho, *ergo* el tribunal no deberá aprobar tal acta. El acta conforme a Derecho será aprobada por el tribunal, teniendo mérito de sentencia ejecutoriada.

En cuanto al procedimiento ordinario, la citada ley contempla, en su art. 25, la procedencia del Recurso de Nulidad para los casos en que se haya incurrido en un vicio que haya ocasionado perjuicio al solicitante. En el inc. 3º del mismo artículo se señala que se entiende que existe perjuicio cuando el

vicio hubiere impedido el ejercicio de derechos por el litigante que reclama, por lo que el hijo que vea menoscabados sus derechos podrá solicitar que se declare la nulidad del procedimiento.

El art. 225, en su último inciso, señala que todo acuerdo o resolución relativa al cuidado personal del hijo será inoponible mientras no se subinscriba al margen de su inscripción de nacimiento.

2.3.4. Tuición compartida.

Para evitar errores terminológicos que puedan llevar a confusiones, en el presente trabajo, al hablar de tuición, cuidado personal, guarda material o tenencia, se hace referencia a la efectiva convivencia entre progenitores e hijos.

Es necesaria la distinción entre la tuición compartida y la relación directa y regular, puesto que en determinados casos puede llegar a confundirse. En efecto, un régimen de relación directa y regular puede implicar que el niño pase el fin de semana en casa de su padre, además de una semana de vacaciones de invierno y un mes de las vacaciones de verano, y de lunes a viernes en casa de su madre, lo cual no implicaría una tuición compartida. Sin embargo, en caso que este régimen implique que el niño pasará tres días a la semana con un progenitor, y los restantes cuatro con el otro, excedería una relación directa y regular y pasaría a ser tenencia compartida, puesto que la rutina del niño se realizaría desde dos hogares indistintamente. Es decir, para determinar si corresponde a una relación directa y regular, o a una tuición compartida, hay que estar no sólo a la cantidad de días, sino que también al tipo de actividades que el niño desarrolla durante esos días.

El art. 225 del Código Civil, señala que, en caso que el interés del niño lo haga indispensable, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Lo mismo sucede con la atribución convencional, la cual sólo puede

consistir en atribuir la tuición al otro progenitor. Por lo tanto, y según la redacción de esta norma, nuestro Derecho Positivo no contempla la tuición compartida para los hijos de padres separados.

Se ha discutido por parte de la doctrina sobre la conveniencia de la tenencia compartida del hijo, lo cual implica que éste viva con ambos padres, de manera alternada; es decir, que el hijo viva períodos de tiempo (una semana, un mes, etc.) con cada progenitor. Esto implicaría que el niño tendría dos casas, por lo que cabe analizar la conveniencia de este sistema a la luz del principio del interés superior del niño.

Como argumento a favor de la tenencia compartida se podría decir que es favorable para mitigar los efectos negativos propios de la ruptura de los progenitores, principalmente el quiebre en la convivencia con el progenitor que no tenga la tuición. Es decir, favorecería a que los padres asuman con igualdad sus deberes en lo que respecta a la crianza y educación de sus hijos, lo cual implicaría el reconocimiento al principio de coparentalidad.

Sin embargo, y sobre todo en niños que no han alcanzado madurez suficiente, sostenemos que tal régimen no se condice con el principio del interés superior del niño, puesto que al establecer un régimen en el cual el niño tiene dos hogares, es hacerlo ingresar a formas de vida distintas, problemáticas familiares, criterios, directivas, rutinas y horarios diferentes, a lo cual el hijo debe adaptarse constantemente⁴⁴. Es decir, implica seguir tratándolo como un objeto de derecho, puesto que se está privilegiando el derecho de los padres a tener sus hijos consigo, trasladándolo de una casa a otra, lo cual impide la adaptación del niño con su entorno social. Este problema se acentuaría en caso que sus progenitores formen nuevas familias, puesto que este niño se sentiría

⁴⁴ VELÁZQUEZ, Alejandra Claudia. Tenencia Compartida y el Interés Superior del Niño. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia: "Perspectivas del Derecho de Familia en el Siglo XXI". (13º: 18-22 de octubre de 2004: Sevilla-Huelva, España).

como una mera visita en ambas casas, lo que le terminaría provocando grandes inseguridades al carecer en la práctica de un hogar.

Por estos argumentos es que adherimos a la tesis de Mizrahi⁴⁵, según la cual la tenencia compartida sólo se justifica en determinados casos, donde los hijos ya han adquirido una madurez suficiente (doce o trece años) y considerando las particularidades del caso, lo cual se logra dilucidar mediante un adecuado contacto entre el tribunal y el hijo. Aunque esta solución se ha criticado por ser elitista, parece adecuada su aceptación si el interés superior del adolescente lo justifica.

2.3.5. Situación del art. 228 del Código Civil.

Este artículo señala que la persona casada a quien corresponda el cuidado personal de un hijo que no ha nacido de ese matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común, con el consentimiento de su cónyuge; lo que representa un tratamiento discriminatorio para los hijos no matrimoniales y una vulneración de sus derechos consagrados por diversos tratados internacionales ratificados por Chile y plenamente vigente, como el art. 9 párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual señala que los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, puesto que la ley deja al criterio del cónyuge del padre o madre a cargo del cuidado personal de un hijo concebido fuera de ese matrimonio, la permanencia de éste en aquel hogar. También es contrario al art. 17 del Pacto de San José de Costa Rica, titulado Protección a la Familia, que en su N° 5 establece que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.⁴⁶

⁴⁵ MIZRAHI, Mauricio Luís. *op. cit.* pág. 423.

⁴⁶ SCHMIDT Hott, Claudia, *op. Cit.* p.164.

Tal vez sea recomendable que, ante nuevas nupcias de un progenitor a cargo de la tuición de un hijo que no es fruto de ese matrimonio exista una revisión judicial sobre la conveniencia para este hijo de seguir al cuidado de este progenitor que ha decidido formar una nueva familia, pero tal revisión tiene que hacerse en sede judicial y no dejársela al mero capricho del nuevo cónyuge, puesto que la ley no exige expresión de causa alguna. Esta situación es inaceptable a la luz del principio del interés superior del niño, contemplado en el art. 222 inc. 2º del Código Civil, y el art. 3 N° 1 de la Convención sobre Derechos del Niño, de jerarquía constitucional, por lo que su inconstitucionalidad es patente.

CAPÍTULO III

DEBERES VERSUS DERECHOS FUNCIONES: IMPLICANCIAS.

El cuidado personal de la crianza y el cuidado personal de la educación, según lo señalado en páginas anteriores, corresponde a un deber desde la óptica de la relación jurídica de Derecho Privado, y el cuidado personal o tuición corresponde a un derecho función. Esta distinción tiene importancia para determinar la consecuencia jurídica del incumplimiento de estos deberes por parte de los padres, puesto que tratándose de deberes, su incumplimiento acarrea la responsabilidad civil de éstos, sin ser la misma consecuencia tratándose de derechos funciones o potestades, puesto que ante su incumplimiento, no acarrea directamente la responsabilidad, sino su pérdida o limitación.

La responsabilidad corresponde a una situación jurídica pasiva, consistente en “un deber jurídico sucedáneo de un deber primario. Es la sujeción a la sanción contenida en la norma violada o, como dicen otros, es la sujeción a los efectos reactivos del ordenamiento jurídico dimanante del incumplimiento de un deber anterior”⁴⁷. Es decir, la responsabilidad se origina por el incumplimiento de un deber jurídico, consistente en este caso en los deberes de cuidado personal de la crianza y educación de los hijos, lo cual origina el deber de reparar la consecuencia del incumplimiento de estos deberes primarios.

En efecto, el incumplimiento del deber de crianza y educación de los hijos por parte de los progenitores, acarrea la responsabilidad civil de éstos frente a aquéllos, por lo que los hijos podrían demandar por el daño moral sufrido por tal incumplimiento, puesto que los niños que tienen un contacto

⁴⁷ ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. *op. cit.* pág. 301.

regular con ambos progenitores y mediante tal contacto éstos dan cumplimiento a sus deberes de crianza y educación, muestran un mejor nivel de desarrollo emocional que aquellos niños pertenecientes a una familia monoparental donde tales deberes son llevados a cabo por un sólo progenitor, que generalmente corresponde a la madre; por lo que, en caso que esta omisión de sus deberes por parte del progenitor provoque daños a sus hijos, éstos podrán demandarlos por daño moral, cumpliendo para ello con los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual. “Compete a los padres canalizar el accionar inmaduro de sus hijos evitando toda conducta que pueda resultar nociva para sus propios intereses o para los de las terceras personas”⁴⁸, puesto que “la falta de madurez y la propia naturaleza evolutiva del menor, hacen necesaria la función socializadora de los padres, destinada, entre otras cosas, a protegerlos de actos, tanto propios como de terceros, que pudieran perjudicarlos”⁴⁹; función que está implícita en el cuidado personal de la crianza de los niños.

El Código Civil, en su art. 2320⁵⁰ hace responsable a los padres por los delitos o cuasidelitos que hubieren ocasionado los hijos menores que habiten en la misma casa. Por hijos menores se debe entender, en concordancia con el art. 26 del mismo código, a aquellos niños de entre catorce y dieciocho años si es de sexo masculino, o de entre doce y dieciocho si es de sexo femenino; distinción un tanto anticuada y que se ha criticado por su arbitrariedad y trato

⁴⁸ D'ANTONIO, Daniel Hugo. Patria Potestad. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1979. pág. 93.

⁴⁹ GORVEIN, Nilda Susana y POLAKIEWICZ, Marta. La Autonomía del Niño con Relación al Ejercicio de sus Derechos Humanos Personalísimos. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia: “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”. (10º: 20-24 de septiembre de 1998. Mendoza, Argentina).

⁵⁰ Art. 2320: “Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.

Así el padre, y a falta de éste la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa (...).”

Esta norma establece una responsabilidad subsidiaria de la madre, pues sólo responde a falta de padre, lo cual no se explica en virtud del principio según el cual padre y madre tienen iguales responsabilidades respecto de sus hijos.

desigual tanto en razón del sexo como de la edad de los niños, quitando importancia a la madurez de éstos al momento de determinar su responsabilidad civil. El inciso final del mismo artículo señala como eximente de responsabilidad la imposibilidad de haber impedido el hecho dañoso con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe; sin embargo, en conformidad con el art. 2321⁵¹, si tal hecho se puede imputar a la mala educación o los hábitos viciosos que los padres les han dejado adquirir a sus hijos, no habrá eximente y los padres serán siempre responsables. En estos casos se tratará de una responsabilidad por el hecho ajeno, puesto que el hecho dañoso es cometido por el niño o adolescente que, en nuestro ordenamiento jurídico, se les reconoce capacidad en materia de delitos o cuasidelitos civiles; pero el art. 2319⁵² hace responsable a los padres o las personas que estén a cargo del cuidado de niños menores de siete años, por los daños que éstos hubieren ocasionado, debido a su propia negligencia, cuyo fundamento será la *culpa in vigilando*, puesto que existió una falta al deber de crianza, deber que como se señaló en el primer capítulo, incluye la prestación de los más diversos cuidados; es decir, en este caso se trata de una responsabilidad por el hecho propio, consistente en la omisión del deber de crianza contenido en el art. 224 del mismo código.

Al asignar este tipo de responsabilidades a los padres, la ley reconoce en el deber de crianza la posibilidad de éstos para participar en la toma de decisiones de sus hijos, con la finalidad de evitar que éstos realicen actos que puedan provocarle un perjuicio, ya sea físico o psíquico. Tal facultad tiene como limitación la de favorecer la toma de sus propias decisiones según el nivel de

⁵¹ Art. 2321: “Los padres serán siempre responsables de los delitos o cuasidelitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir”.

⁵² Art. 2319: “No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia.

discernimiento que demuestren y respetando sus derechos fundamentales. En efecto, el cumplimiento del deber de crianza permite al padre intervenir, por ejemplo, en la elección de las amistades de su hijo, puesto que podrían ser mal ejemplo para éste y llevarlo a tomar decisiones equivocadas. En estos casos el padre se encuentra legitimado para intervenir y podría llegar a prohibirle este tipo de amistades, de modo de proteger al niño de decisiones que puedan provocarle un menoscabo. Sin embargo, tal facultad debe realizarla en forma responsable y sólo en razón del interés superior del niño, es decir, las decisiones de los padres deben perseguir la protección de sus derechos, pues en caso contrario y por un ejercicio arbitrario de las facultades que implica el deber de crianza, el niño podría recurrir ante los Tribunales de Familia, en virtud del art. 8 N° 19, para poner fin a este ejercicio abusivo de la autoridad paterna, como por ejemplo en caso que los progenitores obliguen al niño a adoptar un estilo de vida, religión, vestimentas o colegio que no estén acordes a la identidad de éste. Si bien es difícil establecer, *a priori*, un límite entre el legítimo ejercicio del deber de crianza de los padres y el respeto al derecho a la identidad, libertad de conciencia y de religión de los niños o adolescentes, contenidos en los arts. 8.1 y 14.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se deberá considerar la madurez psicológica de los niños al momento de tomar una decisión, lo cual incluye el respeto de su derecho a ser oído.

Respecto del cuidado personal, al ser un derecho función o potestad y por lo tanto una situación jurídica activa, su incumplimiento por parte del sujeto activo o progenitor no acarrea responsabilidad civil, sino que sólo podrá originar alguna de las sanciones expresamente contempladas en la ley, la que en el caso de la tuición será su pérdida y, como consecuencia de ello, la radicación de ésta en el otro progenitor o, a falta de éste o ante su falta de idoneidad, en un tercero. El art. 225 inc. 3° del Código Civil así lo indica, al señalar que cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa justificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los

padres, o bien de conformidad con el art. 226, y para el caso que ambos progenitores se encuentren en una inhabilidad física o moral, el juez podrá confiar el cuidado personal de los hijos a un tercero idóneo, prefiriéndose a sus parientes más próximos.

Estas materias serán de competencia de los Tribunales de Familia, en virtud del art. 8º N° 1 de la Ley 19.968, correspondiente a las causas relativas al derecho de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes.

Es por ello que resulta necesaria la calificación de los aspectos de la responsabilidad parental bajo la óptica de la relación jurídica de Derecho Privado, puesto que tradicionalmente estos aspectos de la relación filial personal se han tratado como derechos de los progenitores o, en el mejor de los casos, como derechos deberes o potestades, lo que implicaría que los padres serían irresponsables frente al incumplimiento de sus deberes parentales. En efecto, sólo es posible establecer una responsabilidad parental entendiendo el cuidado personal de la crianza y educación como una situación jurídica pasiva, y dentro de éstas, como un deber personal, de contenido esencialmente ético y cuyo incumplimiento origina el nacimiento de un deber jurídico secundario, denominado responsabilidad⁵³.

En cambio, el cuidado personal corresponde a una situación jurídica activa, y dentro de éstas a un derecho deber, derecho función o potestad, el que se caracteriza por consistir en un poder otorgado a una persona, para obrar en satisfacción de otra. Una de las características de la potestad es que su ejercicio siempre debe inspirarse en el cuidado del interés ajeno⁵⁴, correspondiente en este caso al mejor desarrollo de la personalidad del hijo. Por lo tanto, su incumplimiento no acarrea directamente una responsabilidad sobre

⁵³ ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. *op. cit.* págs. 297-299.

⁵⁴ *Ibid.*

el progenitor, sino que su sanción deberá estar expresamente señalada en la ley, lo que consistirá normalmente en la pérdida de este poder, como ocurre en el caso del art. 225 inc. 3º y 226 del Código Civil.

Por lo tanto, la doctrina que sólo reconoce situaciones jurídicas activas en la relación filial personal vulnera los derechos de los niños, consistente en perseguir la responsabilidad de sus progenitores en caso de incumplimiento de sus deberes como tales establecidos por la ley. En efecto, la doctrina tradicional sólo les reconoce a los progenitores derechos deberes⁵⁵ en el aspecto personal de la relación filial con sus hijos, y por ende sólo serían sujetos activos en esta relación jurídica, no reconociéndoles la calidad de sujeto pasivo. Por lo tanto, y de acuerdo a esta concepción, sería imposible poner a los padres en una situación jurídica pasiva como lo es el deber personal, y por ende el incumplimiento de estos deberes impuestos por la ley no acarrearía la responsabilidad de los progenitores, que equivale a la sanción por la inobservancia del deber anterior.

Esta distinción entre deberes y potestades correspondientes a los progenitores tiene como principal consecuencia que éstos son responsables del cumplimiento de una prestación a favor de sus hijos consistente en cuidar de su crianza y educación, como consecuencia de la relación jurídica que los liga producto del hecho de la filiación, y tienen una potestad consistente en tener consigo a sus hijos, denominado cuidado personal, y cuyo incumplimiento genera la pérdida de este derecho función y por ende la radicación de esta potestad en manos de una persona idónea, que podrá ser el otro progenitor, otro pariente, o un tercero.

⁵⁵ Cfr. CORRAL Talciani, Hernán Felipe. *op. cit.* págs. 313-343; ETCHEBERRY Court, Leonor. *op. cit.* págs. 97-132; LATHROP Gómez, Fabiola. *op. cit.* pág. 8; RAMOS Pazos, René. *op. cit.* Tomo II.

La potestad de cuidado personal no sólo se pierde por la falta de idoneidad de los progenitores, puesto que en caso de su separación, uno de éstos perderá esta potestad, ejerciéndola entonces el progenitor cuyas características aseguren al niño el cabal respeto de sus derechos, es decir, para tomar esta determinación se tendrá que estar al principio del interés superior del niño, lo que, según lo visto en el capítulo anterior, incluye el respeto de su derecho a ser oído, situación que está conforme con el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala que los Estados Partes velarán porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando las autoridades determinen que tal separación es necesaria en razón del interés superior del niño, como será el caso en el cual éste sea maltratado por sus padres, o éstos no les presten los cuidados y atenciones que el hijo requiera, según su edad y madurez. Por lo tanto, la única limitación que reconoce el derecho de los hijos a mantener adecuado contacto con ambos padres, está dispuesto en su propio beneficio. En los procedimientos de esta naturaleza, la Convención exige, en el art. 9.2, que se respete la oportunidad de toda persona interesada para emitir su opinión e intervenir en dicho procedimiento, norma que se repite en el art. 227 de nuestro Código Civil; lo cual si bien puede estar en contradicción con el principio de la economía procesal, se justifica en razón de tomar las decisiones correctas.

Sin embargo, esta pérdida de la potestad de cuidado personal no exime a este progenitor de los demás deberes que conforman la autoridad paterna o relación filial personal, correspondientes al deber de socorro, cuidado personal de la crianza y educación, y el deber de establecimiento, los que en caso de incumplimiento, podrán acarrear la responsabilidad civil de aquel progenitor. Tratándose del cuidado personal de la crianza y educación, la ley, en el art. 229 del Código Civil⁵⁶, ha establecido una potestad a favor de los progenitores que

⁵⁶ Art. 229: “El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y

no son titulares del cuidado personal, consistente en la relación directa y regular con su hijo, lo cual se confirma por el art. 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo como única limitación que ello sea contrario al interés superior del niño. De este modo, los padres podrán tener un contacto con sus hijos de tal extensión que les permita el cumplimiento de estos deberes de crianza y educación, puesto que “no parecería justificado que el principio de igualdad de los padres en las responsabilidades y beneficios propios de la parentalidad, deba modificarse en razón de su estado de casados o divorciados, o de su convivencia”⁵⁷.

Respecto a los deberes de crianza y educación, al constituir deberes jurídicos para los progenitores por el hecho de su filiación, no existen en nuestra legislación causales eximentes de éstos. En efecto, el art. 203 del Código Civil señala que cuando la filiación se haya determinado judicialmente contra la oposición del padre o madre, aquél o ésta quedará privado de la patria potestad y, en general, de todos los derechos que la ley le confiere respecto de la persona y bienes del hijo. Por lo tanto, y al comprenderse bajo la patria potestad sólo el aspecto patrimonial de la relación filial, aquel padre o madre no estará privado del aspecto moral de esta relación, denominada por nuestra doctrina autoridad paterna, excepto con relación a los derechos que ésta confiere, puesto que tal norma priva de todos los derechos conferidos por la ley, subsistiendo por ello todos los deberes contenidos en este ámbito de la relación filial. Esto se confirma con el inc. 2º del mismo artículo, que señala que “el padre o madre conservará, en cambio, todas sus obligaciones (léase deberes) legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio del hijo o sus descendientes”. Por

regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.

⁵⁷ POLAKIEWICZ, Marta. El Derecho de los Hijos a la Parentalidad. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia: “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”. (10º: 20-24 de septiembre de 1998. Mendoza, Argentina).

lo tanto, al determinarse la filiación de esta forma, sólo subsistirán aquellos deberes que integran la autoridad paterna y cuyo ejercicio vaya en beneficio de los hijos y del mejor desarrollo de su personalidad, por lo que cabe preguntarse si subsisten los derechos deberes de este padre o madre, como el cuidado personal o la relación directa y regular, los cuales si bien consisten en situaciones jurídicas activas, su ejercicio se inspira en el cuidado del interés del hijo. Estos derechos deberes no conforman en sentido técnico un derecho subjetivo, donde se justificaría esta sanción, sino que se trata de potestades, las cuales son instrumentales y estrechamente ligadas con el cumplimiento de los deberes de sus titulares⁵⁸, por lo que la sanción de la pérdida de derechos con respecto a sus hijos no parece justificarse en relación a los derechos funciones contenidos en la autoridad paterna, puesto que de otro modo la sanción sería excesiva e impediría el cumplimiento de los deberes integrantes de este aspecto de la relación filial. Además, se ha criticado esta sanción por su dureza, puesto que “el progenitor demandado en reclamación judicial de su filiación por el hijo puede tener legítimamente duda sobre su paternidad o convencimiento de que no le corresponde”⁵⁹, lo cual no implica necesariamente que, una vez confirmada su paternidad, éste no quiera hacerse cargo de su hijo. En efecto, el padre que tuvo legítimas dudas sobre su paternidad y que luego cumplió ejemplarmente con sus deberes como padre, tendrá de todas formas esta sanción, puesto que para restituir al padre o madre en todos los derechos de los que está privado, es necesaria una declaración de voluntad en tal sentido por el hijo, lo cual sólo se podrá llevar a cabo una vez que éste alcance su plena capacidad.

Otra norma de similares consecuencias encontramos en los arts. 238 y 239 del Código Civil, que priva de los derechos señalados en los artículos

⁵⁸ DÍEZ-PICAZO, Luís y GUILLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. 7ª ed. Madrid, Editorial Tecnos, 1998. Vol IV. pág. 288.

⁵⁹ *Idem.* pág. 289.

anteriores al progenitor que haya abandonado a su hijo, o que por su inhabilidad moral haya dado motivo a la decisión de separar a los hijos de su lado, a menos que ésta haya sido luego revocada. Estas normas se refieren a la privación de la potestad de dirigir la educación de sus hijos, lo que tiene como fundamento las conductas que ha tenido el progenitor, con lo cual implícitamente demuestra su falta de interés o idoneidad para dirigir la educación de sus hijos, conforme a las directrices establecidas en el art. 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por lo tanto, el progenitor está siempre obligado al cumplimiento de sus deberes para con sus hijos, so pena de incurrir en responsabilidad, la que consistirá en el deber jurídico de reparar los daños causados a sus hijos producto de la inobservancia de los deberes que impone la ley con motivo del hecho de la filiación. Para poder llevar a cabo tales deberes, resulta necesaria la conservación de ciertas derechos funciones como la relación directa y regular o el cuidado personal, cuya suspensión sólo será posible para casos graves donde cualquier tipo de relación del niño con su padre o madre sea perjudicial para el desarrollo de la personalidad de aquél, lo cual ocurrirá en casos excepcionalísimos, como por ejemplo la condena por un delito que le haga indigno de ejercer la función paterna, representando un peligro a la integridad del niño o adolescente.

CAPÍTULO IV

IMPORTANCIA DE LA NECESIDAD DE LA DIFERENCIA.

Nuestro ordenamiento jurídico, al distinguir los aspectos patrimonial y personal de la relación filial, deja subsistente la autoridad paterna y todos los deberes que ésta contiene para ambos progenitores en caso que ellos no convivan, lo cual no ocurre con el aspecto patrimonial de la relación filial, puesto que el art. 245 del Código Civil entrega la patria potestad del hijo al progenitor que tenga el cuidado personal de acuerdo a las normas del art. 225 del mismo cuerpo, lo que corresponderá normalmente a la madre, al existir el mecanismo de atribución legal ya descrito.

Si bien el art. 245 acepta la modificación de esta atribución de la patria potestad convencionalmente por los progenitores, en momentos donde éstos difícilmente puedan ponerse de acuerdo, como ocurre en los procesos de separación, la realidad será que la madre ejerza el cuidado personal y la patria potestad de sus hijos. “Con esta fórmula, se crea la sensación de que la separación se ha resuelto en vencedores y vencidos, de que uno es el dueño del hijo y que al otro sólo le queda la obligación del pago de la cuota de alimentos y un miserable tiempo para el cariño y disfrute mutuo del hijo”⁶⁰, lo cual se acrecienta con la confusión existente en la doctrina y jurisprudencia nacional⁶¹ entre los deberes de crianza y educación, contenidos en el art. 224

⁶⁰ BASILLE, Carlos Alberto. El Ejercicio de la Autoridad de los Padres: Dualidad o Unitarismo. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia: “Perspectivas del Derecho de Familia en el Siglo XXI”. (13º: 18-22 de octubre de 2004: Sevilla-Huelva, España).

⁶¹ Al respecto la sentencia de la Corte Suprema dictada con fecha treinta y uno de mayo de dos mil cuatro, caso Atala Riffo con López Allende, con motivo de un recurso de queja, contiene errores tales como: en el considerando cuarto N° 2 sostiene que “por acuerdo de los cónyuges quedó a cargo de la madre la tuición y cuidado personal de las menores”, cuando ambos términos son sinónimos en nuestro ordenamiento jurídico; y en el considerando séptimo sostienen que “los incisos primeros de los artículos 224 y 225 versan sobre el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos, el (los) que radica(n) de consuno en los dos padres o únicamente en la madre (...)”, lo cual demuestra la confusión criticada en la presente memoria, entre el cuidado personal o tuición, contenido en el art. 225, y los cuidados personales de la crianza y educación, contenidos en el art. 224 y que corresponden a deberes de los cuales los progenitores no se eximen por el sólo hecho de no convivir con sus hijos.

del Código Civil, con el derecho función de cuidado personal o tuición, contenido en el art. 225, puesto que con tal interpretación, los progenitores que no conviven con sus hijos se verían totalmente desligados de éstos, porque comúnmente se señala que los artículos 224 y 225 del Código Civil se refieren al cuidado personal de la crianza y educación de los hijos, los cuales radicarían de consuno en los dos padres si éstos viven juntos, o únicamente en la madre en caso de separación, no quedándole al padre más que verlos un fin de semana cada dos y la mitad de las vacaciones, perdiendo así la posibilidad de una relación afectiva que permita una relación armónica entre padres e hijos. De modo que, con esta errónea interpretación, los padres, luego de la separación, sólo tendrían como deber el pago de la pensión alimenticia producto de su deber de socorro, y el deber de establecimiento, eximiéndolos de sus deberes de crianza y educación.

Tal interpretación es atentatoria contra el principio de la coparentalidad, que doctrinariamente se define como el “mecanismo conforme al cual la pareja de padres aún viviendo separadamente, participa de la cotidianidad del hijo compartiéndose todas las tareas y requerimientos relativos a la conducción de su educación y a la toma de decisiones, de manera que el niño sienta la presencia de ambos padres en su desarrollo y crianza”⁶², puesto que a los padres se les estaría eximiendo de los deberes de crianza y educación de sus hijos, con lo cual la responsabilidad parental estaría pesando de manera desequilibrada en el progenitor que convive con los hijos, que en la generalidad de los casos será la madre.

Es decir, sólo haciendo la distinción entre deberes y derechos deberes o funciones en la relación filial personal se estaría reconociendo que los cuidados

⁶² BARLETTA Villarán, María Consuelo. La Patria Potestad y el Rol Garante de los Padres. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia: “Perspectivas del Derecho de Familia en el Siglo XXI”. (13º: 18-22 de octubre de 2004: Sevilla-Huelva, España), citando a MORALES, Georgina. Las Relaciones Paterno-filiales bajo el régimen de la Patria Potestad en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. En el XII Congreso Internacional del Derecho de Familia. La Habana, 2002. pág. 28.

personales de crianza y educación, contenidos en el art. 224 del Código Civil, corresponden a deberes impuestos a ambos progenitores por el hecho de la filiación, por lo que su ejercicio será exigible durante la minoría de edad del hijo y mientras éste no se haya emancipado, lo cual trae como consecuencia romper con la idea que subyace en la sociedad, consistente en que el progenitor que no convive con sus hijos, no educa.

Por lo tanto, y como prescribe el citado artículo, corresponderá a ambos padres, de consuno, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos, lo cual significa dar cumplimiento al principio de la coparentalidad, contenido en el art. 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y según el cual ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño.

Esta diferenciación tiene como principal importancia el que los progenitores, luego de su separación, continúen con su relación paterno filial y así participen realmente del desarrollo de sus hijos, cumpliendo así con sus deberes de crianza y educación, para lo cual la ley, en el art. 229 del Código Civil, ha establecido una potestad para el padre que no convive con sus hijos, consistente en una relación directa y regular, que le permita dar cumplimiento a sus cometidos como tal, consistentes en los deberes de crianza y educación. Esta potestad suele llamarse todavía “derecho de visitas”, obedeciendo a la terminología que se utilizaba con anterioridad a la dictación de la Ley N° 19.585. Esta ley no introdujo sólo un cambio terminológico, puesto que al hablar de “derecho de visitas” se está reconociendo un derecho de los padres a visitar a sus hijos, lo que significa un desentendimiento del principio del interés superior del niño, que implica darles un trato como sujeto de derechos y no como un objeto susceptible de ser visitado, por lo que no es aceptable seguir hablando de “derecho de visitas”, sino del derecho deber a una relación directa y regular, que “no es otra cosa que la adecuación del ejercicio de la parentalidad después

de la ruptura conyugal⁶³. Al respecto cabe criticar que en algunos proyectos de ley se siga hablando del derecho a visitas, aunque la intención de los mismos pueda ser loable, como el proyecto de ley que inhabilita para tener la tuición de un hijo al progenitor que injustificadamente impida las visitas⁶⁴, proyecto que pretende incluir como causal de inhabilidad física o moral de los padres para tener la tuición de sus hijos el impedir injustificadamente las “visitas” del otro progenitor. En relación a una norma de tales características, “la situación no puede ser resuelta exclusivamente con disposiciones punitivas, debiendo recurrir al auxilio terapéutico que corrija la dinámica familiar distorsionada”⁶⁵, por lo que una solución de tal magnitud sólo podrá recomendarse para situaciones extremas.

De este modo, la conservación a cabalidad de los deberes de los progenitores para con sus hijos, luego de su separación, implicaría que ambos padres se concienticen sobre las responsabilidades que pesan sobre ellos respecto a los cuidados de crianza y educación de sus hijos, no obstante la falta de convivencia, para lo cual es necesario igualar los derechos de ambos progenitores en la atribución del cuidado personal y de la patria potestad, puesto que con el sistema de atribución legal que rige en la actualidad, los padres se ven en una notable desventaja frente a las madres en cuanto a la relación con sus hijos luego de la separación, divorcio o nulidad matrimonial, o simple cese de la convivencia en caso de no existir matrimonio.

Para el caso que sean los propios hijos quienes se niegan a mantener una relación directa y regular con el progenitor con quién no conviven, cabe

⁶³ POLAKIEWICZ, Marta. *op. cit.*

⁶⁴ Boletín N° 3839-18, Proyecto de Ley que inhabilita para tener tuición de un hijo al progenitor que injustificadamente impida visitas. Cámara de Diputados, 13 de abril de 2005.

⁶⁵ POLAKIEWICZ, Marta. *op. cit.*, citando a GROSMAN, Cecilia P. Intercambio interdisciplinario...” *Terapia Familiar* N° 15, pág. 256 y “El proceso de Divorcio derecho y realidad”. Bs. As. Abaco pág. 198 y 254.

analizar si tal negativa tiene como causa una alienación parental, consistente en programar un hijo para que odie a uno de sus padres sin que tenga justificación⁶⁶, o bien si tal negativa tiene realmente justificación, para lo cual deberá existir un análisis del caso por personas calificadas técnicamente para ello, de modo de desentrañar si los hechos motivos de la negativa tienen una magnitud tal que justifique la suspensión o restricción de la relación directa y regular, lo que implica el incumplimiento forzado de los deberes de crianza y educación, o bien los motivos son sólo subjetivos, lo cual se podría solucionar con una adecuada terapia familiar, para así resolver los problemas y poder llevar a cabo el principio de la coparentalidad. Por tal motivo es que uno de los elementos para determinar cuál de los progenitores será titular del cuidado personal de sus hijos debiera ser si garantiza o no la coparentalidad, es decir, se debiera preferir a aquél progenitor que facilite la relación de sus hijos con el otro progenitor, lo cual está implícito en el art. 225 del Código Civil, que señala que el juez, en razón del interés superior del niño, podrá modificar la atribución legal del cuidado personal, por lo que tendrá que preferir aquél progenitor que mejor garantice los derechos de sus hijos.

Para tal efecto es que urge un tratamiento unitario entre patria potestad y autoridad paterna, correspondiéndole a ambos padres la titularidad de esta relación filial, que en el Derecho Comparado se denomina indistintamente como Autoridad Parental, o Patria Potestad, y cuyo ejercicio corresponderá a ambos progenitores, de modo que sean ambos padres quienes tomen las decisiones atinentes a la vida y patrimonio de los hijos, lo cual significaría el respeto al derecho fundamental de los niños consistente en ser criados por ambos padres, denominado derecho a la coparentalidad, puesto que sólo de este modo estarían equilibradas las responsabilidades de ambos progenitores con

⁶⁶ TAPIA Mejía, Juan. Eficacia Jurídica para Regular la Guarda y Custodia y la Convivencia de Hijos de Padres Separados. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia: "Perspectivas del Derecho de Familia en el Siglo XXI". (13º: 18-22 de octubre de 2004: Sevilla-Huelva, España), citando a Gardner.

respecto a sus hijos. No resulta justificable que el derecho de los niños a la parentalidad resulte alterado según si sus progenitores conviven o no, puesto que en todo caso los padres deberán dar cumplimiento a las responsabilidades propias originadas con la filiación, independientemente de la relación que tengan con el otro progenitor, lo que se garantiza también mediante el art. 2º de la Convención sobre los Derechos del niño, que establece el principio de no discriminación, según el cual los derechos que proclama tal Convención serán aplicados a todos los niños, sin distinción alguna, para lo cual los Estados Partes adoptarán todas las medidas conducentes para garantizar la protección del niño contra todo tipo de discriminación producto de la condición de sus padres⁶⁷, como podría ser su divorcio, o falta de convivencia.

Además del principio de la coparentalidad, contenido en el art. 18.1 de la Convención, se encuentra el art. 9 de la misma, que garantiza el derecho de los hijos a no ser separados de sus padres, con las excepciones que dicen relación con el interés superior del niño. “La separación a que hace referencia la convención es la que impide de modo insalvable el funcionamiento del principio general de que ambos padres son responsables por la crianza y educación de sus hijos. Entender lo contrario significa introducir una violación al principio de no discriminación, en función del estado civil o la decisión de los padres de convivir o no, respecto del derecho de los hijos a ser criados por ambos padres, sin supremacías de uno respecto del otro”⁶⁸, puesto que el único límite del

⁶⁷ Art. 2: “1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.

⁶⁸ POLAKIEWICZ, Marta. *op. cit.*

derecho de los hijos a mantener contacto con ambos padres, es que tal contacto sea perjudicial para aquellos.

CAPITULO V

SITUACION EN EL DERECHO COMPARADO.

En el Derecho Comparado se le da un tratamiento unitario a la relación filial, cuya denominación generalmente corresponde a la de patria potestad. Esta unidad produce un tratamiento más sistemático que en nuestro país, lo que en conjunto con el proceso codificador en materia de familia que se ha llevado a cabo en América Latina, produce grandes diferencias en comparación a nuestro Derecho⁶⁹.

En Latinoamérica se ha llevado a cabo la privatización del Derecho Constitucional, dejando de regular éste sólo la relación del Estado con las personas, para regular también el ámbito privado. A este proceso le sigue la constitucionalización del Derecho de Familia⁷⁰, de manera que ésta goza de protección constitucional, garantizándoles ciertos derechos, con especial énfasis en la protección de los niños, contemplando derechos tales como el interés superior del niño, igualdad y no discriminación.

De esta forma se observa que la actividad legislativa de los países de nuestra región se ha focalizado en darle una especial protección a las familias y, dentro de ésta, a los niños y adolescentes, para lo cual han llevado a cabo procesos codificadores, que tienen por objeto la regulación sistemática y ordenada de la materia, terminando así con la diversidad de leyes satelitales como ocurre en nuestro país.

A continuación se describirá la regulación de la materia de esta memoria en el Derecho Comparado.

5.1. Derecho Ecuatoriano.

⁶⁹ La mayoría de los países latinoamericanos han llevado a cabo procesos codificadores en el Derecho de Familia, para lo cual han dictado códigos de familia y códigos de la niñez y adolescencia. Así por ejemplo, en Ecuador se dictó el Código de la Niñez y Adolescencia, el Código de los Niños y Adolescentes de Perú, etc.

⁷⁰ Así por ejemplo la Constitución Política de Panamá dedica un capítulo de su Título III a la Familia, y en Bolivia el Título V de su Constitución se denomina Régimen Familiar.

En este país la relación filial es regulada por el Código de la Niñez y Adolescencia, cuya finalidad se señala en su art. 1º, correspondiendo a la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños y adolescentes que habitan el territorio ecuatoriano, para lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad. En lo no contemplado por este Código se aplican las demás normas del ordenamiento jurídico, siempre y cuando no contradigan los principios y derechos reconocidos por este cuerpo legal, por lo que sólo supletoriamente tendrá aplicación el Código Civil, de contenido idéntico al nuestro como se verá más adelante.

En su Título II contempla una declaración de principios, dentro de los cuales podemos señalar la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia para la adopción de las medidas necesarias para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes, el interés superior del niño, la igualdad y no discriminación, prioridad absoluta⁷¹, ejercicio progresivo

⁷¹ Art. 12: “**Prioridad absoluta.**- En la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, debe asignarse prioridad absoluta a la niñez y adolescencia, a las que se asegurará, además, el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran.

Se dará prioridad especial a la atención de niños y niñas menores de seis años.

En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás”.

de los derechos y garantías según la edad y madurez⁷², y el principio de la aplicación e interpretación más favorable al niño y adolescente⁷³.

El Título III contempla un catálogo de derechos de los niños y adolescentes, como por ejemplo el derecho a la vida, a conocer sus progenitores y mantener relaciones con éstos, a una vida digna, a la identidad, y, con especial énfasis, el derecho a la salud y educación.

En cuanto al aspecto de la relación filial que nos ocupa, el Libro Segundo regula al niño y adolescente en sus relaciones de familia, para lo cual contempla el principio general de la corresponsabilidad parental⁷⁴ o coparentalidad, según el cual el padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, y en el cuidado, crianza y educación de sus hijos. Dicho principio goza también de protección constitucional⁷⁵, imponiendo al Estado el deber de promoverlo y vigilar el cumplimiento de los deberes y derechos que otorga la relación filial.

⁷² Art. 13: “**Ejercicio progresivo.**- El ejercicio de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes se harán de manera progresiva, de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez. Se prohíbe cualquier restricción al ejercicio de estos derechos y garantías que no esté expresamente contemplado en este Código”.

⁷³ Art. 14: “**Aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente.**- Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”.

Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño.

⁷⁴ Art. 100: “**Corresponsabilidad parental.**- El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes”.

⁷⁵ Art. 40: “El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones. Promoverá la corresponsabilidad paterna y materna y vigilará el

La regulación de la relación filial se realiza en el Título II denominado “De la Patria Potestad”, definida como los derechos y obligaciones⁷⁶ de los padres relativos a sus hijos no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, y la defensa de derechos y garantías de conformidad a la Constitución y las leyes. En esta materia este Código modifica al Código Civil, puesto que este último, bajo el título “De la Patria Potestad”, sólo contempla el aspecto patrimonial de la relación filial, por lo que el Código de la Niñez y Adolescencia unifica el tratamiento de la relación filial en sus aspectos personal y patrimonial.

El ejercicio de la patria potestad radica en ambos progenitores y, en caso de separación o divorcio de éstos, corresponderá al juez decidir, luego de haber oído a los niños o adolescentes que estén en condiciones de expresar sus opiniones, sobre quién cuidará de la persona y bienes del niño o adolescente. Esta decisión se encuentra reglada, por lo que en primer término deberá respetar el acuerdo de los padres siempre que ello no perjudique al hijo; a falta de acuerdo, o si lo acordado es perjudicial para los hijos, el juez otorgará la patria potestad de los hijos menores de doce años a la madre, salvo que se pruebe que ello sea perjudicial para ellos. Tratándose de hijos de doce o más años, el juez decidirá por aquel progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones para prestar la dedicación y el ambiente familiar que sus hijos requieren para lograr un desarrollo integral. En caso que los progenitores demuestren iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no se afecte el interés superior del niño o adolescente.

cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos. Los hijos, sin considerar antecedentes de filiación o adopción, tendrán los mismos derechos”.

⁷⁶ Cabe recordar la crítica hecha en el primer capítulo sobre utilizar el término obligación para denominar una situación jurídica pasiva cuyo contenido es personal y no patrimonial.

De acuerdo a estas reglas, al parecer el legislador presume que la atribución de la patria potestad a la madre otorga un mayor beneficio a los hijos, y no lo mira como un derecho de la madre a la patria potestad sobre ellos. Esta atribución legal respeta el principio del interés superior del niño tratándose de niños de doce o más años, puesto que en ese caso se analiza la idoneidad de ambos progenitores, y sólo en caso que ambos sean igualmente capaces y hábiles para llevar a cabo esta tarea se contempla la atribución legal a la madre, sin perjuicio de ser atentatorio contra el principio de igualdad en razón del sexo. Sin embargo, no resulta adecuada la atribución legal para los niños menores de tal edad, puesto que en tal caso se prefiere a la madre sin analizar la idoneidad del padre, aunque por razones del interés superior del niño puede modificarse esta atribución, para lo cual la ley contempla tomar en cuenta la opinión de los hijos, donde el juez deberá valorarlas considerando el grado de madurez de éstos. Hubiere sido preferible obviar esta distinción arbitraria de los niños en razón de su edad, de manera que se respete el principio de igualdad propugnado por el art. 6º del mismo Código.

Respecto a la tenencia⁷⁷, el art. 118 señala que ésta será atribuida a uno de los progenitores en caso que el juez lo estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija, independientemente que pueda existir un ejercicio conjunto de la patria potestad. El Código no da ejemplos o situaciones de hecho en las cuales sea más conveniente para los niños convivir con uno solo de sus progenitores, pero se entiende que ello será necesario cuando los padres cesen su convivencia. En este caso señala el citado artículo que se confiará el cuidado y crianza a tal progenitor, lo que se contradice con el art. 282 del Código Civil, que señala que corresponde de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos. Desde el punto de vista del principio de la corresponsabilidad

⁷⁷ Este término ha sido criticado por parte de la doctrina, pues es más adecuado para referirse a las cosas que a las personas.

parental, debe entenderse que el art. 118 se refiere a la crianza según su acepción cotidiana y no jurídica, puesto que el deber de crianza de los padres no termina con la pérdida de la tenencia.

Respecto al derecho a la educación, el Código de la Niñez y Adolescencia señala que deberá asegurar los conocimientos, valores y actitudes indispensables para desarrollar la personalidad, aptitudes, capacidad mental y física, promover la paz, el respeto por los derechos humanos, etc. Para el logro de esta meta se les imponen deberes a los progenitores, a los establecimientos educativos y al Estado, para lo cual se crean tipos infraccionales contenidos en el Capítulo II del Título IX, Libro Tercero; donde se contemplan multas pecuniarias, en especial para los establecimientos educacionales que infrinjan estas directrices⁷⁸.

⁷⁸ Art. 248: “**Sanción general.-** El que de cualquier forma amenace o viole alguno de los derechos o garantías contemplados en este Código y más leyes, en favor de un niño, niña o adolescente, y cuya conducta de acción u omisión no tenga asignada una sanción especial, será condenado al pago de una multa de 100 a 500 dólares, por cada amenaza o violación de éstos”.

Art. 249: “ **Infracciones contra el derecho a la educación.-**Serán sancionados con multa de 100 a 500 dólares:

1. Los establecimientos educativos que nieguen o dificulten la participación organizada de sus alumnos adolescentes en la planificación y ejecución de sus programas, o que permitan prácticas disciplinadas que afecten los derechos y la dignidad de los niños, niñas o adolescentes que estudian en sus establecimientos;
2. Las autoridades y docentes de establecimientos de educación, que se nieguen a oír a un niño, niña o adolescente, que estén en condiciones de expresar su opinión, en aquellos asuntos que son de su interés;
3. Los establecimientos educativos que nieguen o dificulten el ingreso de niños, niñas y/o adolescentes por razones de salud, discapacidad, etnia, embarazo, condición social, religiosa, política o ideológica, suyas o de sus padres o representantes legales;
4. Los establecimientos educativos que nieguen injustificadamente la matrícula a un niño, niña o adolescente;
5. Los establecimientos educativos que expulsen injustificadamente a un niño, niña o adolescente, no permitan su derecho a la defensa y nieguen las garantías del debido proceso;

El conocimiento de estas materias se entrega a una justicia especializada para tal efecto, integrada a la Función Judicial, denominada Juzgados de Niñez y Adolescencia, la cual deberá actuar en cumplimiento de los principios, derechos y garantías que el Código de la Niñez y Adolescencia contiene, lo que incluye el estricto cumplimiento del derecho de los niños y adolescentes a ser oídos. En los casos sobre tenencia, la resolución del juez no podrá revelar lo que el niño declaró en ejercicio de su derecho a ser oído.

Para el ejercicio de sus cometidos cuenta con un órgano auxiliar denominado Oficina Técnica, la cual estará integrada por médicos, psicólogos, trabajadores sociales y demás profesionales especializados en el trabajo con la niñez y adolescencia. Con respecto a la tenencia, la Oficina Técnica deberá, por disposición del juez, hacer un seguimiento periódico de ella e informar sobre los resultados.

5.2. Derecho Peruano.

En el Derecho peruano el art. 4º de la Constitución señala que el Estado y la comunidad protegen especialmente al niño, al adolescente y a la madre en situación de abandono y a la familia. El art. 6º señala que las políticas públicas deberán tener como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables, estableciendo que es deber de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. También establece el principio de la igualdad de los hijos,

6. Los establecimientos educativos que impongan sanciones disciplinarias injustificadas a un niño, niña o adolescente, no permitan su derecho a la defensa y nieguen las garantías del debido proceso; y,

7. Los establecimientos y autoridades que violen el ejercicio del derecho de la diversidad o identidad cultural.

El pago de la multa no exime a los establecimientos educativos de restituir el derecho violado”.

por lo que la ley no podría establecer diferencias arbitrarias entre ellos, prohibiendo además toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

En cuanto a la normativa civil, se le da un tratamiento unitario a la relación filial, al definirse la patria potestad como el derecho y deber de los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, la cual se ejerce de manera conjunta por ambos progenitores durante el matrimonio de éstos. En caso de cese de la convivencia, la patria potestad se ejerce por el progenitor a quien se confían los hijos. En el caso de los hijos extramatrimoniales, el Código Civil señala que se ejerce por el progenitor que los ha reconocido y, si ambos los han reconocido, será el juez quien determinará a quién corresponderá la patria potestad, no existiendo la posibilidad que sea ejercida de manera conjunta, lo cual resulta discriminatorio para los hijos cuyos padres no han contraído matrimonio, puesto que ello implica el desconocimiento del principio de la corresponsabilidad parental.

La patria potestad contiene una serie de deberes y derechos que se señalan en el art. 74 del Código de los Niños y Adolescentes, como por ejemplo velar por el desarrollo integral, proveer su sostenimiento y educación, tenerlos en su compañía y darles buenos ejemplos de vida. En caso de separación o divorcio de los progenitores, ninguno de ellos queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad⁷⁹, lo que significa que éstos conservan todos los derechos y deberes que se originan con el hecho de la filiación, lo que implica respetar a cabalidad el principio de la coparentalidad.

⁷⁹ Art. 76: "Vigencia de la Patria Potestad.- En los casos de separación convencional y divorcio ulterior, ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la Patria Potestad".

La tenencia de los hijos, en casos de separación de los progenitores, se determina de común acuerdo por éstos, con el requisito de tomar en cuenta el parecer del niño o adolescente. De no existir acuerdo o éste resulte perjudicial para los hijos, la tenencia será resuelta por el juez, teniendo en cuenta las directrices contenidas en el art. 84 del Código de los Niños y Adolescentes, entre las cuales se encuentra una atribución legal a la madre de los hijos menores de tres años, lo que debiera interpretarse según la tesis del concepto funcional de madre desarrollada por Mizrahi⁸⁰, para que tal atribución pueda justificarse desde la óptica de los derechos de los niños.

Estas materias son de competencia del Juez de Familia, el cual tiene las atribuciones señaladas en el art. 137 del Código de los Niños y Adolescentes⁸¹. También se contempla la figura del Fiscal de Familia, el que tiene por función velar por el respeto de los derechos y garantías del niño y del adolescente,

⁸⁰ MIZRAHI, Mauricio Luís. *op. cit.* pág. 402.

⁸¹ Art. 137: "Atribuciones del Juez.- Corresponde al Juez de Familia:

- a) Resolver los procesos en materias de contenido civil, tutelar y de infracciones, en los que interviene según su competencia;
- b) Hacer uso de las medidas cautelares y coercitivas durante el proceso y en su etapa de ejecución, requiriendo el apoyo policial si fuere el caso;
- c) Disponer las medidas socio - educativas y de protección en favor del niño o adolescente, según sea el caso;
- d) Remitir al Registro del Adolescente Infractor de la Corte Superior, sede del Juzgado, copia de la resolución que dispone la medida socio- educativa;
- e) Aplicar sanciones sobre las contravenciones a los derechos del niño y del adolescente. La sanción podrá ser hasta de diez Unidades de Referencia Procesal; y
- f) Cumplir las demás funciones señaladas en este Código y otras leyes.

El Juez está facultado para fijar la pensión de alimentos, dentro del mismo proceso, en los casos de litigios por Patria Potestad, Tenencia y Régimen de Visitas".

promoviendo las acciones legales, judiciales o extrajudiciales correspondientes; lo que sumado a la existencia del Abogado Defensor, encargado de brindar asistencia judicial integral y gratuita a los niños o adolescentes que la requieran, produce una protección integral y efectiva de los derechos de los niños, puesto que cualquier persona puede concurrir a la Justicia ante el conocimiento de un hecho que vulnere los derechos del niño o adolescente, para lo cual contará con la asistencia jurídica de un abogado.

También se contempla un Equipo Multidisciplinario conformado por médicos, psicólogos y asistentes sociales, los que deberán emitir los informes solicitados por el Juez o el Fiscal, y hacer el seguimiento de las medidas que se adopten y recomendar la adopción de las que correspondan.

5.3. Derecho Venezolano.

El principio de la coparentalidad tiene jerarquía constitucional, al estar contenido en el art. 76 inc. 2º de la Constitución, el que señala que el padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas. Lo mismo sucede con el interés superior del niño, contenido en el art. 78, el que señala que los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados.

Bajo el concepto de patria potestad se regulan las relaciones filiales tanto personales como patrimoniales entre padres e hijos, y es definida como el conjunto de deberes y derechos de los padres en relación con los hijos que no hayan alcanzado la mayoría de edad, y que tiene por objeto el cuidado, desarrollo y educación de éstos.

La titularidad corresponde, de manera conjunta, a ambos padres durante el matrimonio de éstos⁸², y se deberá ejercer en interés y beneficio de los hijos. En caso de desacuerdo se resolverá según las prácticas que les haya servido para resolver situaciones similares y, de no existir estas prácticas, cualquiera de los progenitores podrá recurrir ante el Juez de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y Adolescente, quien decidirá en subsidio de una posible conciliación entre aquéllos.

Para el caso que los progenitores no estuvieran casados, la patria potestad corresponderá también a los dos si la filiación se hubiere determinado simultáneamente respecto de ambos, o bien si dicho reconocimiento se produce dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo. En los demás casos la patria potestad será ejercida por el progenitor respecto del cual se determinó primero la filiación. Sin embargo, el juez puede conferir la patria potestad al otro progenitor que reconoce voluntariamente al hijo, para lo cual debe estar en posesión de estado y previamente oír la opinión del hijo y del otro progenitor, y siempre que ello resulte conveniente a los intereses del hijo.

La sentencia de divorcio o de separación de cuerpos de los progenitores, conforme a lo prescrito por el art. 192 inc. 2º del Código Civil, no produce la privación de la patria potestad, excepto cuando el divorcio o la separación se hubiere producido por las causales señaladas en el art. 351 párrafo segundo de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, causales que

⁸² **Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, art. 349: “Titularidad Durante el Matrimonio.** La patria potestad sobre los hijos comunes corresponde al padre y a la madre durante el matrimonio, y la misma se ejerce de manera conjunta, fundamentalmente en interés y beneficio de los hijos. En caso de desacuerdo respecto a lo que exige el interés de los hijos, los padres deben guiarse por la práctica que les haya servido para resolver situaciones parecidas. Si tal práctica no existe o hubiese duda bien fundada sobre su existencia, cualquiera de los padres puede acudir ante el Juez de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente, quien decidirá, previo intento de conciliación entre las partes”.

el legislador considera de mayor gravedad especialmente para la relación con los hijos, correspondiente a los números 4º y 6º del art. 185 del Código Civil⁸³.

Respecto del cuidado personal, denominado guarda, comprende, según el art. 358 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, la custodia, la asistencia material, la vigilancia y la orientación moral y educativa de los hijos, así como la facultad de imponerles correcciones adecuadas a su edad y desarrollo físico y mental. Su ejercicio corresponderá a aquél progenitor que ejerza la patria potestad, siendo civil, administrativa y penalmente responsables por el adecuado cumplimiento de su contenido. Si éstos no conviven, será el juez quien, a falta de acuerdo entre los padres, determinará cual de ellos tendrá la guarda de los hijos, debiendo otorgársela a la madre cuando los hijos fueren menores de siete años, siempre que el interés del hijo lo permita.

El art. 362 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente⁸⁴ señala que no podrá otorgársele la guarda al padre o madre que ha incumplido injustificadamente con su obligación alimentaria impuesta judicialmente, pese a contar con recursos para hacerlo. Esta norma es similar a la contenida en el art. 225 inc. 3º de nuestro Código Civil, con la diferencia que la norma venezolana contempla un método de rehabilitación judicial para este progenitor, la que procederá cuando ha cumplido fielmente, durante un año, los deberes inherentes a la obligación alimentaria, y siempre que ello resulte

⁸³ Art. 185: "Son causales únicas de divorcio:

(...)4º El conato de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución.

5º La condenación a presidio.

6º La adición alcohólica u otras formas graves de fármaco-dependencia que hagan imposible la vida en común".

⁸⁴ Art. 362: "**Improcedencia de la Concesión de la Guarda.** Al padre o la madre a quien le haya sido impuesto por vía judicial el cumplimiento de la obligación alimentaria, por haberse negado injustificadamente a cumplirla, pese a contar con recursos económicos, no se le concederá la guarda del respectivo hijo, a menos que se declare judicialmente su rehabilitación y sea conveniente al interés del hijo. La rehabilitación procede cuando el respectivo padre ha cumplido fielmente, durante un año, los deberes inherentes a la obligación alimentaria".

conveniente al interés del hijo. Esta rehabilitación es necesaria para evitar una sanción tan dura y absoluta como privar al progenitor de tener el cuidado personal de sus hijos por no haber contribuido a la mantención del hijo, aunque la rehabilitación debería otorgarse cuando este progenitor haya cumplido fielmente todos los deberes inherentes a la patria potestad, y no sólo a un aspecto de ésta como es la obligación de alimentos.

Es destacable la normativa sobre la relación filial del Derecho venezolano, puesto que otorga la patria potestad de los hijos en la mayoría de los casos a ambos padres, aún después de la separación o divorcio de éstos, lo que significa un fiel entendimiento de la corresponsabilidad filial o coparentalidad. En caso que los progenitores cesen en su convivencia, lo único que se debe resolver es la guarda o cuidado personal de los hijos, subsistiendo todos los otros aspectos de la patria potestad en ambos progenitores, como el deber de educación, el deber alimentario y el todavía llamado deber de visitas.

5.4. Derecho Colombiano.

Debido al proceso de privatización del Derecho Constitucional mencionado con anterioridad, la Constitución de Colombia señala que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, dando igual protección a aquellas constituidas por vínculos naturales o jurídicos; es decir, no sólo da protección a la familia matrimonial, sino que también a aquella que se constituye, de hecho, por la convivencia de la pareja, cuando exista la voluntad de conformarla.

También establece, en su art. 44⁸⁵, los derechos fundamentales de los niños, como el derecho a la igualdad, a la vida, a la salud y seguridad social, a

⁸⁵ Art. 44: "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o

tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y amor, a la educación y cultura, a la recreación y la libre expresión de su opinión; imponiendo el deber de protegerlos contra toda forma de abandono y violencia, de asistirlos y protegerlos para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

En cuanto a la normativa civil, el Código del Menor también se encarga de desarrollar los derechos de los niños y adolescentes. Así el art. 3º establece el derecho de todo niño al cuidado, protección y asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social. El art. 18 señala que las normas de este Código son de orden público, por lo que los principios en él consagrados son irrenunciables y se aplicarán con preferencia a otras normas civiles. La interpretación de sus normas se hará teniendo presente que su finalidad es la protección del menor.

Para la protección de los niños que se encuentran en situaciones irregulares, se creó un Sistema Nacional de Bienestar Familiar y un Defensor de Familia, cuyas finalidades son amparar a estos niños y darle asistencia legal cuando lo requieran. Además la Policía cuenta con un cuerpo especializado encargado de auxiliar y colaborar con los organismos del Estado destinados a la educación, prevención y protección del menor.

Si bien es destacable tal nivel de protección de los niños, para lo cual se crean órganos estatales encargados de llevar a la práctica todos los derechos que se le garantizan, hace falta una adecuación terminológica. En efecto, la

moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

doctrina moderna de Derecho de Familia critica la utilización del término menor, puesto que resulta discriminatorio y tiene una connotación despectiva, al denotar una inferioridad o menor importancia que el resto de las personas. Además, si bien toda clase de discriminación entre los niños en razón de su raza, color, sexo, idioma, religión, o cualquier otra condición suya, de sus padres o de sus representantes legales resulta inconstitucional; el Código Civil sigue hablando de hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos.

En cuanto al tratamiento que se le da a la relación filial, si bien la patria potestad se define por el art. 288 del Código Civil como el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone, su regulación sólo se refiere al aspecto patrimonial de esta relación. En efecto, la patria potestad se regula en el Título XIV del libro I, y el Título XII se refiere a los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos. La relación filial respecto de los hijos naturales la regulaba el derogado Título XVI, denominado "DE LOS HIJOS NATURALES". Dado el principio de igualdad y no discriminación de los niños, se entiende que todos los hijos tienen un mismo estatuto jurídico, correspondiente al Título XII.

Respecto de la relación filial personal, el art. 253 del Código Civil señala que el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, lo cual es corroborado por el art. 264⁸⁶, que señala que ambos padres, de común acuerdo, dirigirán la educación de sus hijos y su formación moral e intelectual, y colaborarán conjuntamente en su crianza, sustentación y establecimiento. Es decir, la norma es similar al art. 224 de nuestro Código Civil, por lo que estos deberes corresponden a ambos

⁸⁶ Art. 264: "**Dirección de la educación.** Artículo modificado por el artículo 4º del Decreto 772 de 1975. El nuevo texto es el siguiente: Los padres, de común acuerdo, dirigirán la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual, del modo que crean más conveniente para éstos; asimismo, colaborarán conjuntamente en su crianza, sustentación y establecimiento".

progenitores de manera conjunta, lo cual implica el reconocimiento al principio de la coparentalidad. El art. 265⁸⁷ señala que el derecho a dirigir la educación y la formación moral de sus hijos cesa respecto al padre que ha sido separado de éstos debido a su mala conducta. Los arts. 266 y 267 señalan que, en caso de abandono o mala conducta por parte del padre, cesarán todos los derechos que las normas anteriores les otorgan. Esta norma despoja de los derechos con respecto a sus hijos del padre que incurre en estas prácticas reprochables, pero no debe entenderse que se les exima de los deberes de crianza y educación, puesto que corresponden a situaciones jurídicas pasivas que el progenitor deberá cumplir por imperativo legal, lo cual se reafirma por el art. 310 inc. 3º, el que señala que la suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes como tales para con sus hijos.

Respecto del cuidado personal o custodia, el art. 161 del Código Civil, que regula los efectos del divorcio respecto de los hijos, señala que el juez en su sentencia deberá regular la custodia y patria potestad de los hijos comunes, decisión que deberá estar motivada en razón de los derechos que la Constitución y las leyes garantizan a los niños y adolescentes.

5.5. Derecho Panameño.

⁸⁷ Art. 265: "**Cesación del derecho de dirección.** El derecho que por el artículo anterior se concede al padre o madre, cesará respecto de los hijos que, por mala conducta del padre o madre, hayan sido sacados de su poder y confiados a otra persona; la cual ejercerá este derecho con anuencia del tutor o curador, si ella misma no lo fuere".

La Constitución de Panamá destina su Capítulo 2º del Título III a la familia, por lo que también es posible observar la privatización del Derecho Constitucional.

El art. 55 de la Constitución define la patria potestad como el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres en relación con los hijos⁸⁸, cuya finalidad es lograr una buena crianza y un adecuado desarrollo físico y espiritual. El art. 316 del Código de la Familia la define como el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres con respecto a la persona y los bienes de los hijos o hijas, en cuanto sean menores de edad y no se hayan emancipado, por lo que el Derecho panameño da un tratamiento unitario a la relación filial, denominándola patria potestad o relación parental.

La Constitución garantiza también la igualdad de derechos de los hijos, al señalar que los padres tienen para con sus hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos dentro de él. Esta norma se repite en el art. 237 del Código de la Familia, el que extiende tal igualdad de derechos y deberes a los hijos de filiación adoptiva⁸⁹.

El Código de la Familia señala como principios para la aplicación e interpretación de este cuerpo legal el de unidad familiar, la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, la igualdad de los hijos y la protección de los menores de edad. Además, los jueces al conocer asuntos familiares, deberán tener presente el principio del interés superior del niño. También se establece el carácter de orden público de las normas de esta ley, por lo que no pueden ser alteradas por la voluntad de los particulares, so pena de nulidad.

⁸⁸ Art. 55: “La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres en relación con los hijos. Los padres están obligados a alimentar, educar y proteger a sus hijos para que obtengan una buena crianza y un adecuado desarrollo físico y espiritual, y éstos a respetarlos y asistirlos”.

⁸⁹ Art. 237: “Todos los hijos e hijas son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos y deberes con respecto a sus padres, sean consanguíneos o adoptivos”.

En cuanto al contenido de la patria potestad, el art. 319 del Código de la Familia señala que comprende los siguientes deberes y facultades:

- i) Velar por su vida, tenerlos en su compañía, suplir sus necesidades afectivas, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- ii) Corregirlos razonablemente y moderadamente, y
- iii) Representarlos y administrar sus bienes.

Su ejercicio radica en ambos progenitores. En caso de desacuerdo, cualquiera de ellos podrá acudir al juez, quien decidirá lo que más convenga al interés superior del hijo o hija, no sin antes escuchar a todos los interesados, es decir, al menos a ambos padres y al hijo o hija. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquiera otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, el Juez podrá suspenderla, total o parcialmente, respecto de uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones, para lo cual deberá fallar con conocimiento de causa y luego de haber oído también a los parientes del hijo y al Defensor del Menor. Esta medida tendrá una vigencia máxima de dos años.

En caso que los progenitores vivan separados, deberán acordar el ejercicio de la guarda y el régimen de comunicación y visita. De no haber acuerdo o ser éste atentatorio a los intereses de los hijos, se deberá resolver por la autoridad competente, quien se guiará para resolver por lo que resulte más beneficioso para éstos.

El art. 328 establece los criterios que tendrán que tomarse en cuenta para resolver sobre el cuidado personal de los niños. Estos criterios son conservar el *statu quo*, es decir, que queden al cuidado del progenitor con el cual vivían al momento del desacuerdo, y la preferencia de la madre si los niños se encontraban en compañía de ambos, salvo que en cualquier hipótesis las

circunstancias indiquen otra solución. En este caso no es posible hablar de una atribución legal del cuidado personal a la madre, sino de una mera recomendación para ser tenida en cuenta por el juez al momento de adoptar su decisión.

El art. 329 señala que la autoridad competente deberá disponer de las medidas pertinentes para que aquél de los padres que no tenga la guarda y crianza de sus hijos, conserve el derecho de comunicación y de visita con ellos. El incumplimiento de lo que se disponga al respecto, podrá ser causa para que se modifique lo resuelto en cuanto a la guarda, sin perjuicio de la responsabilidad penal que se origine por tal conducta. Es decir, se sanciona al progenitor que obstaculiza la relación de su hijo con el otro progenitor que no tiene consigo a sus hijos, y la sanción será la pérdida de la guarda e incluso sanciones penales. Esta norma tiene el defecto de asimilar la guarda con la crianza, los cuales son aspectos de la relación filial totalmente distintos, como ya se vio en su oportunidad.

Para el conocimiento de estas causas se establece la Jurisdicción de Familia y la Jurisdicción de Menores, que será ejercida por la Corte Suprema de Justicia; por los Tribunales Superiores de Familia y los Tribunales Superiores de Menores; y por los Juzgados Seccionales de Familia, los Juzgados Seccionales de Menores y por los Juzgados Municipales de Familia.

Para los procedimientos de jurisdicción familiar se contempla la intervención obligatoria del Ministerio Público, como representante de la sociedad y del Estado, y del Defensor de Menores para el caso que se trate de un procedimiento de menores. La sanción para el caso que estos órganos no intervengan, debiendo hacerlo, es la nulidad de lo obrado. Para estos procedimientos se establece la reserva relativa, puesto que sólo tendrán acceso al proceso las partes, los apoderados, los familiares y las personas que demuestren interés legítimo en la causa.

En todos los distritos donde funcionen Juzgados de Familia y Juzgados de Menores serán nombrados abogados de oficio, cuya función es asumir la representación gratuita ante tales juzgados, de todos los ciudadanos, familias y menores que carezcan de medios económicos para pagar los servicios de un abogado. También se contempla la existencia de Orientadores y Conciliadores de Familia, quienes actuarán aconsejando y, en cuanto fuera posible, conciliando las cuestiones planteadas, en beneficio de la integridad de la familia, y con especial prevalencia del interés superior del niño.

5.6. Derecho Argentino.

En el Derecho argentino es posible observar el fenómeno de la constitucionalización del Derecho de Familia, puesto que la Constitución Nacional en su art. 75 N° 22⁹⁰ señala los tratados internacionales que tienen

⁹⁰ Art. 75: “Corresponde al Congreso:

(...)22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

jerarquía constitucional, por lo que se entienden parte integrante de ésta, como por ejemplo la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, etc. Además las constituciones provinciales contemplan también un desarrollo de los derechos y garantías fundamentales, como por ejemplo la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que contempla en su art. 36 la protección de la familia, señalando que es el núcleo fundamental de la sociedad, por lo que la Provincia deberá establecer políticas tendientes a su fortalecimiento. Además asegura a los niños el derecho a la protección y formación integral, al cuidado preventivo y supletorio del Estado en situaciones de desamparo y a la asistencia tutelar y jurídica en todos los casos; y a los jóvenes, el derecho al desarrollo de sus aptitudes y a la plena participación e inserción laboral, cultural y comunitaria.

En cuanto a los tratados internacionales, éstos tienen reconocimiento también en las constituciones provinciales, como por ejemplo la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, cuyo art. 10 señala que rigen todos los derechos y garantías señalados en la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales que se encuentren ratificados. Por lo tanto, los derechos reconocidos por tales tratados internacionales gozan de aplicación directa.

El Derecho argentino regula la relación filial de manera unitaria, bajo el concepto de patria potestad. Ésta es definida por el art. 264 del Código Civil como el conjunto de deberes y derechos correspondientes a los padres, sobre la persona y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. Al respecto cabe señalar que esta misma norma se contemplaba

en el proyecto original de nuestra Ley N° 19.585⁹¹, en su art. 211 del Título IX denominado “DE LA PATRIA POTESTAD”, iniciativa que en definitiva no prosperó, como se señaló en páginas anteriores.

El ejercicio de la patria potestad corresponde, en el caso de hijos matrimoniales, a ambos progenitores, de manera conjunta, en tanto no estén separados, divorciados, o su matrimonio hubiere sido declarado nulo. Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en casos especiales donde se requerirá el consentimiento expreso de ambos. Esta norma equivale al art. 214 del proyecto original citado, el que agregaba la necesidad de autorización judicial para ciertos actos, lo que garantiza de mejor manera los derechos de los hijos. En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad del matrimonio, la patria potestad será ejercida por quien tenga a su cargo la tenencia del hijo, sin perjuicio del otro de tener una adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación. Esta norma se debe relacionar con el art. 206 del Código Civil argentino, a propósito de los efectos de la separación personal de los progenitores, que señala que los hijos menores de cinco años quedarán al cuidado de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad quedarán a cargo del progenitor que el juez considere más idóneo, agregando que ambos progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos, lo cual reafirma el derecho de los niños a la coparentalidad.

Para el caso de los hijos extramatrimoniales, el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos progenitores si éstos conviven y, en caso contrario, a aquél que tenga su guarda.

Respecto a los deberes de los padres en relación a sus hijos, el art. 266 del Código Civil señala que los hijos están al cuidado de sus padres, por lo que

⁹¹ Boletín N° 1060-07. Primer trámite constitucional. Sesión 25º, de martes 10 de agosto de 1993.

éstos tienen la obligación y el derecho de criarlos, alimentarlos y educarlos. Por lo tanto, corresponde a ambos progenitores el cumplimiento de los deberes de crianza, educación y alimentos. Esta norma se ve reafirmada por el art. 271, que señala que en caso de divorcio, separación o nulidad del matrimonio, incumbe siempre a ambos padres el deber de dar alimentos a sus hijos y educarlos, no obstante que la tenencia sea ejercida por uno de ellos.

Si bien en nuestro país el proyecto original de la Ley N° 19.585 era similar a la normativa argentina sobre la patria potestad, en definitiva no se aprobó en tales términos⁹², dejando un tratamiento dual de la relación filial.

5.7. Derecho Español.

El Derecho español no ha dado regulación del Derecho de Familia a nivel constitucional, es decir, no se observa con nitidez la privatización del Derecho Constitucional, por lo que ésta no goza de derechos constitucionales. En efecto, el Derecho español reconoce como parte integrante del ordenamiento interno a los tratados internacionales válidamente celebrados, desde el momento de su publicación; por lo que por esta vía se ven reconocidos los derechos fundamentales de los niños y adolescentes, aunque no se señala con qué jerarquía.

El Código Civil señala que la filiación podrá originarse por un hecho natural o por la adopción. La filiación por naturaleza podrá ser matrimonial o no matrimonial. Todos estos tipos de filiación surten los mismos efectos, por lo que se reconoce el derecho a la igualdad por parte de los niños, no importando el tipo de filiación.

La patria potestad corresponde al padre y la madre, la que se ejercerá conjuntamente por ambos, o por uno de ellos con el consentimiento expreso o

⁹² Al respecto ver argumentos de los HH. Senadores señores Fernández, Larraín y Otero en nota N° 5.

tácito del otro, y siempre en beneficio de los hijos. En caso de desacuerdo cualquiera de ellos podrá acudir al juez, quien atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, medida que tendrá como plazo máximo el de dos años. En casos de separación de los padres, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva, aunque el juez puede, a solicitud del otro progenitor y en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para ejercerla conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre los padres las funciones inherentes a su ejercicio.

En cuanto al derecho de los niños a ser oídos, el art. 156 inc. 2º del Código Civil sólo lo garantiza para aquellos mayores de doce años y siempre que tuvieran suficiente juicio⁹³. Esta norma es atentatoria contra el derecho a la igualdad de los niños, puesto que establece una discriminación arbitraria en razón de la edad. Además establece un criterio ambiguo para el ejercicio de este derecho por parte de los niños mayores de doce años, correspondiente a tener suficiente juicio, lo cual dependerá netamente del criterio del juez. Es decir, en la práctica, lo más probable es que sólo un reducido número de niños pueda ejercer su derecho a ser oídos. En este sentido la norma del art. 242 inc.

⁹³ Art. 156: “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años (...).”

2º de nuestro Código Civil señala que el juez, para adoptar sus decisiones, tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, en función de su edad y madurez, lo cual implica el reconocimiento de este derecho, puesto que los niños siempre deberán ser oídos, y tal opinión se interpretará según la edad y madurez de éstos. Es decir, en este sentido el Derecho español es atentatorio contra este derecho de los niños, reconocido a nivel internacional por el art. 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La patria potestad comprende los deberes y facultades de alimentarlos, velar por ellos, tenerlos en su compañía, corregirlos razonable y moderadamente, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes. Es decir, comprende las relaciones paterno-filiales personales y patrimoniales.

En caso de separación los progenitores deberán regular las relaciones con sus hijos en el convenio regulador, el que deberá referirse específicamente a la determinación de la persona a cuyo cuidado queden los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos. Este convenio requiere de homologación judicial, la que sólo procederá si no resultan perjudiciales o dañosos para los hijos o algún cónyuge. Esta homologación, a primera vista, parece proteccionista para los hijos, puesto que el juez rechazará el convenio que resulte perjudicial para ellos. Sin embargo, al no reconocerles el derecho a ser oídos en los procedimientos que los atañen, difícilmente el juez podrá saber en qué casos tal convenio les resulta perjudicial, por lo que en la práctica esta homologación parece no ser más que un requisito de forma de tal convenio.

El art. 92 del Código Civil señala que la separación, la nulidad y el divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con sus hijos. Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de éstos deberán ser

adoptadas en su beneficio, luego de oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre que fueran mayores de doce años.

En caso que los progenitores no decidieren de común acuerdo estas materias, será el juez quien, siempre en beneficio de los hijos, decida al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad, para lo cual el juez debe oírlos, siempre que cumplan con los requisitos mencionados. El progenitor que no tenga consigo a sus hijos, tendrá el derecho, aún cuando no tengan la patria potestad, de relacionarse con ellos, de manera que se cumpla con el art. 92 que señala que la separación de los padres no los exime de sus obligaciones para con sus hijos, correspondientes al deber de velar por ellos, educarlos y procurarles una formación integral.

CONCLUSIONES.

En el Derecho Comparado se ha desarrollado un proceso codificador del Derecho de Familia, lo cual debiera ser imitado por nuestros legisladores, de modo de dar mayor certeza legal y un trato uniforme y sistemático a las familias, puesto que, como se vio anteriormente, existen estatutos jurídicos distintos tratándose de niños cuyos padres están casados bajo la Ley de Matrimonio Civil anterior y que se han separado sin intervención judicial, y los niños cuyos padres se han separado, divorciado o anulado bajo la vigencia de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, o bien han contraído matrimonio durante la vigencia de ésta.

Para la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico hacia el respeto de los derechos del niño y adolescente y, en especial, el respeto del principio de la coparentalidad, es necesario un tratamiento unitario de la relación filial, de manera que tanto los aspectos patrimoniales como personales sean tratados bajo un capítulo denominado patria potestad, o mejor aún "Responsabilidad Parental", como vimos que sería lo adecuado para terminar con la definición de patria potestad como una mera conjunción de derechos y deberes, y hacer alusión a la finalidad de esta institución, que es el pleno desarrollo del hijo.

El ejercicio de esta responsabilidad parental, que abarcaría los aspectos patrimoniales y personales de la relación filial, correspondería a ambos progenitores, de manera conjunta, en caso que éstos convivan, como lo disponía el art. 214 del proyecto original, donde se presumía que los actos realizados por un progenitor cuentan con el consentimiento del otro, salvo oposición expresa, o que se exija su comparecencia para la autorización

judicial. En caso de desacuerdo, cualquiera de los padres podrá acudir al juez de familia, quien resolverá lo más conveniente para el hijo, previa audiencia de éste y de los padres.

Para el caso de desacuerdos reiterados, o concurriera otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el proyecto original facultaba al juez para atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no podrá ser mayor a dos años. Esta solución es acertada para aquellos casos en que resulta imposible un acuerdo entre los progenitores, por lo que se justifica este desmembramiento de la responsabilidad parental para no entorpecer el ejercicio de los derechos de estos niños, puesto que de otro modo estos continuos desacuerdos terminarían dejándolos en una total desprotección. El ejercicio conjunto de ésta exige un cierto nivel de entendimiento entre los progenitores, ya que de otro modo se haría imposible la decisión sobre a qué colegio asistirá, qué tipo de educación se le dará, los valores familiares que le inculcarán, etc. Este sistema es el que encontramos en el Derecho panameño⁹⁴, Derecho argentino⁹⁵ y Derecho español⁹⁶, por lo que no constituiría ninguna originalidad su adopción por parte de nuestro ordenamiento jurídico.

⁹⁴ **Código de la Familia, art. 321:** “En caso de desacuerdo entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien después de escuchar a ambos y al hijo o hija, decidirá lo que más convenga al interés superior del hijo o hija.

Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad o relación parental, el Juez podrá suspender, total o parcialmente, el ejercicio de la misma a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida deberá ser decretada por el Juez con conocimiento de causa y después de haber oído sobre ello a los parientes del hijo o hija y al Defensor del Menor. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos (2) años”.

⁹⁵ **Código Civil, art. 264 ter:** “En caso de desacuerdo entre el padre y la madre, cualquiera de ellos podrá acudir al juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los padres con intervención del Ministerio Pupilar. El juez, podrá, aun de oficio, requerir toda la información que considere necesaria, y oír al menor, si éste tuviese suficiente juicio, y las circunstancias lo aconsejaren. Si los desacuerdos fueren reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirlo total o parcialmente a

De este modo, la separación de los progenitores no produciría la extinción de la responsabilidad parental de uno de ellos, puesto que aunque éstos no convivan, seguiría ejerciéndose por ambos progenitores, a menos que se encuentren en una situación de desentendimiento como la expresada en el párrafo anterior. Esto se justifica porque el hecho de la separación no debería implicar el disminuir o eximir de la responsabilidad parental al progenitor que no ejercerá el cuidado personal de sus hijos. Ello implicaría atentar contra el principio de la igualdad de los niños y la no discriminación, puesto que se les estaría dando una mayor protección a los hijos de una familia bien constituida, en perjuicio de los hijos de padres separados. Esta solución, si bien no es la que contemplaba el proyecto original, es la que encontramos en el Derecho panameño. Por lo tanto, lo que se deberá regular en caso de separación de los padres es el cuidado personal o tuición, el régimen comunicacional del progenitor que no tenga el cuidado personal de sus hijos, y la forma en que se cumplirá el deber alimentario de éste. Es decir, si bien deberán existir causales de suspensión y extinción de la responsabilidad parental, la separación de los progenitores no será, *per se*, una de ellas, sino que sólo cuando en razón del

uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones, por el plazo que fije, el que no podrá exceder de dos años”.

⁹⁶ **Código Civil, art. 156:** “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años (...).”.

interés prevalente de los niños, sea recomendable otorgarla a uno sólo de los progenitores, lo cual no implicaría eximirle de sus deberes parentales.

De esta manera, los deberes de crianza y educación, al ser integrante de la responsabilidad parental, serán ejercidas por ambos progenitores aún en el caso de su separación, puesto que éstos, de forma conjunta, seguirán asumiéndola, teniendo como objetivo el desarrollo personal del niño y la protección íntegra de su persona y bienes.

En caso que el juez decida, en razón del interés del niño, atribuir la responsabilidad parental a uno solo de sus progenitores, ello no eximirá de los deberes que se originan por el hecho de la filiación, los que deberán ejercerlos mediante el ejercicio de un régimen de relación directa y regular con ellos, salvo casos calificados, donde las excepcionales circunstancias hacen que tal relación signifique un perjuicio para los propios niños o adolescentes.

En cuanto a la atribución del cuidado personal, el mutuo acuerdo entre los progenitores es una buena alternativa cuando se cumple con el requisito de la homologación judicial, la que sólo será posible cuando tal convenio regulador no sea perjudicial para los niños o algún progenitor; para lo cual será imprescindible que el juez tenga un contacto directo con todas las personas que se ven afectadas por tal convenio, es decir, ambos padres y los hijos.

De no ser posible este acuerdo, será procedente la atribución judicial, donde el juez deberá decidir qué progenitor quedará a cargo de la tuición de sus hijos, teniendo en cuenta algunos criterios, como por ejemplo conservar el *statu quo*, la unidad filial, etc. Para adoptar esta decisión el juez deberá dar cumplimiento a los principios del procedimiento que recoge la Ley de Tribunales de Familia, tales como la inmediatez⁹⁷, actuación de oficio⁹⁸ y el interés

⁹⁷ Art. 12: “**Inmediatez.** Las audiencias y las diligencias de prueba se realizarán siempre con la presencia del juez (...)”.

superior del niño y su derecho a ser oído⁹⁹. Por lo tanto, el juez deberá oír a los niños afectados por el procedimiento y tener en cuenta lo dicho por ellos según su edad y madurez, y decidir siempre en razón del interés superior del niño, es decir, de manera de proteger sus derechos por sobre los de sus progenitores.

En este sistema no cabe una atribución legal de la tuición, puesto que, como ya vimos, ello no respeta los principios básicos del Derecho de Familia, por lo que urge la derogación del art. 225 inc. 1º del Código Civil, aunque también es posible solicitar su inaplicabilidad por inconstitucionalidad por medio de la acción homónima, de manera que no se aplique dicho precepto a los procedimientos sobre cuidado personal. Sobre esta materia, como se vio a propósito de la atribución legal de la tuición, existe consenso en la doctrina sobre la inconstitucionalidad de dicho precepto, lo que tiene como fundamento la violación del derecho a la igualdad ante la ley y el principio del interés superior de los niños.

Para armonizar nuestro ordenamiento jurídico familiar con los derechos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, sería necesario la derogación de todas estas disposiciones contenidas, principalmente, en el Código Civil y que vulneran principios básicos del Derecho de Familia, como por ejemplo la igualdad de los hijos, que se vulnera por el ya criticado art. 228, y el antedicho art. 225 inc. 1º, que violenta tanto la igualdad ante la ley en razón del sexo, como el interés superior del niño. Esto es posible también por la vía de su declaración de

⁹⁸ Art. 13: “**Actuación de oficio.** Promovido el proceso y en cualquier estado del mismo, el juez deberá adoptar, de oficio, todas las medidas necesarias para llevarlo a término con mayor celeridad”.

⁹⁹ Art. 16: “**Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído.** Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento (...).”.

inconstitucionalidad, facultad que corresponde al Tribunal Constitucional¹⁰⁰ con un quórum de cuatro quintos de sus miembros en ejercicio, y sólo para aquellos preceptos que han sido declarados inaplicables para un caso particular, lo que también corresponde a este tribunal^{101 102}.

Estas modificaciones y un cabal entendimiento de la responsabilidad parental y los derechos fundamentales en materia de familia por parte de los operadores jurídicos, permitirá una mayor protección de los niños y adolescentes, puesto que de esta manera se respetaría el principio de la coparentalidad, de modo que ambos progenitores se vean igualmente vinculados al proceso educativo y de crianza de éstos. Es decir, las resoluciones judiciales no pueden apoyar la tesis según la cual el progenitor que no convive con sus hijos no tiene el deber de crianza y educación, puesto que esto significa, además de un desentendimiento de la normativa interna, una violación de los derechos de los niños.

¹⁰⁰ Art. 93: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

(...) 7º Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”.

¹⁰¹ Art. 93: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

(...) 6º Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.

¹⁰² La aplicabilidad de estas normas está aún pendiente, puesto que no se ha dictado la ley orgánica constitucional que regule los requisitos de admisibilidad de esta acción pública para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de un precepto declarado inaplicable, y el procedimiento para su declaración de oficio por parte del Tribunal Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS:

1. ABELIUK M., René. La Filiación y sus Efectos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003. Tomo I.
2. ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio. Tratado de Derecho Civil. 7ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. Tomo I.
3. ÁLVAREZ Cruz, Raúl. La Filiación y otras reformas al Código Civil. Editorial Alfabetas Artes Gráficas [s.a].
4. CORRAL Talciani, Hernán Felipe. Derecho y Derechos de Familia: El concepto jurídico de Familia, Familia de hecho y concubinato, incidencia de la doctrina del “divorcio sin culpa”, filiación e igualdad de hijos, técnicas de reproducción humana asistida, vida familiar y derecho a la privacidad, claves del Derecho de Familia contemporáneo. Lima, Grijley, 2005. 329p.
5. COURT Murasso, Eduardo. Nueva Ley de Filiación. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1999. 372p.
6. D'ANTONIO, Daniel Hugo. Patria Potestad. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1979. 208p.

7. D'ANTONIO, Daniel Hugo; MOSSET Iturrespe, Jorge; NOVELLINO, Norberto José. Responsabilidad de los Padres, Tutores y Guardadores. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998. 463p.
8. D'ANTONIO, Daniel Hugo. Práctica del Derecho de Menores. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999. 151p.
9. DÍEZ-PICAZO, Luís y GUILLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. 9ª ed. Madrid, Editorial Tecnos, 1998. Vol. I.
10. DÍEZ-PICAZO, Luís y GUILLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. 7ª ed. Madrid, Editorial Tecnos, 1998. Vol. IV.
11. DUCCI Claro, Carlos. Derecho Civil Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1980. 595p.
12. FUEYO Laneri, Fernando. Derecho Civil. Valparaíso, Imprenta y Litografía Universo S.A., 1959. Tomo VI, Vol. III.
13. INSTITUCIONES de Derecho de Familia por Claudia Schmidt Hott "et al". Santiago, LexisNexis, 2004. 288p.
14. LACRUZ Berdejo, José Luís. El Nuevo Régimen de la Familia. Madrid, Civitas, 1982. Vol. III.
15. LARRAIN Ríos, Hernán. Lecciones de Derecho Civil. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994. 504p.
16. LATHROP Gómez, Fabiola. Cuidado Personal de los Hijos: Análisis de Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia. Santiago, Puntotext, 2005. 160p.
17. LÓPEZ Díaz, Carlos. Manual de Derecho de Familia. Santiago, Librotecnia, 2005. Tomo II.
18. MÉNDEZ Costa, María Josefa. La Filiación. Santa Fe, Argentina, S.C.C. Editores, 1986. 392p.
19. MÉNDEZ Costa, María Josefa. Visión Jurisprudencial de la Filiación. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1997. 368p.
20. MÉNDEZ Costa, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. Derecho de Familia. Buenos Aires, Rubinzal-Culzone Editores, 2001. Tomo III.
21. MEZA Barros, Ramón. Manual Derecho de Familia. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995. Vol. II.

22. MIZRAHI, Mauricio Luís. Familia, Matrimonio y Divorcio: Divorcios Causados e Incausados, Acuerdos Conyugales, Liquidación de Bienes, Daños y Perjuicios en el Divorcio, Alimentos, Guarda de los Hijos, Derechos del Niño, Aspectos Procesales, Comunicación Paterno Filial, Operatividad de los Tratados Internacionales. Buenos Aires, Astrea, 1998. 574p.
23. RAMOS Pazos, René. Derecho de Familia. 5ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. Tomo II.
24. ROCCA I Trias, María Encarnación. Derecho de Familia. 3ª ed. Valencia, Rústica, 1997. 407p.
25. SOMARRIVA Undurraga, Manuel. Derecho de Familia. 2ª ed. Santiago, Editorial Nacimiento, 1963. 782p.
26. VODANOVIC Haklicka, Antonio. Manual de Derecho Civil. Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1997. Tomo II.
27. ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil. Derecho de Familia. 3ª ed. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998. Tomo II.

REVISTAS Y DOCUMENTOS:

1. BARROS Bourie, Enrique. Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación. En: El Nuevo Estatuto de Filiación en el Código Civil Chileno. Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago, LOM Ediciones, 1998. Pp. 39-55.
2. CRUZ Ponce, Lisandro. Patria Potestad y Guarda Alternada y Conjunta o Compartida. [en línea]. Derechos de la Niñez. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/434/11.pdf>>. [consulta: 01 julio 2006].
3. ETCHEBERRY Court, Leonor. Los Derechos y Obligaciones entre Padres e Hijos y la Patria Potestad. En: El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la Ley N° 19.585. Santiago, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile y Servicio Nacional de la Mujer, 1999. pp. 97-132.
4. ETCHEBERRY Court, Leonor. Filiación. Revista Chilena de Derecho Privado. (2): 199-207, julio 2004.
5. GARCÍA Cantero, Gabriel. ¿Qué Familia en el Siglo XXI. Revista de Derecho Comparado. Derecho de Familia I (9): 7-76, octubre de 2004.

6. IGLESIA Llano, Ángela Lourdes. Derecho de Menores. Aspectos Procesales. Revista Jurídica Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. (7): 37-46, invierno de 2003.
7. MAGISTRIS, Paula. Evolución de la Relación del Niño con su Familia. Responsabilidad Parental y Concepción del Niño como Sujeto de Derechos. Tensiones y Compatibilidades. En: Anales del XIX Congreso Panamericano del Niño. [en línea] <http://www.iin.oea.org/anales_xix_cpn/docs/presentaciones_ganadores_concurso/gabriela_magistris-argentina/trabajo_gabriela_magistris.doc>. [consulta: 30 junio 2006].
8. PÉREZ DUARTE y Noroña, Alicia Elena. [en línea] Derecho de Familia. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=285>>. [consulta: 30 junio 2006].
9. PITRAU, Osvaldo Felipe. La Guarda de Menores. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia (4): 45-65, 1990.
10. RAMOS Buonomo, Ivette. Discrimen por Género en las Determinaciones Judiciales de Custodia, Patria Potestad y Pensión Alimentaria. Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico. 69 (4): 1055-1125, 2000.
11. SÁNCHEZ-CORDERO, Jorge. La Autoridad Familiar. [en línea] Derechos de la Niñez. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/434/10.pdf>>. [consulta: 01 julio 2006].
12. SANTANGELO, María Victoria. La Guarda de Hecho. La Rigidez Normativa Frente a una Realidad Insoslayable. Revista Jurídica Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. (7): 47-56, invierno de 2003.
13. SCHMIDT Hott, Claudia. De las Relaciones Parentales Conforme al Nuevo Estatuto Filiativo Chileno y Especialmente de la Relación Filial Personal. Revista de Derecho Comparado. Derecho de Familia I (9): 145-188, octubre de 2004. Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores.
14. WEINSTEIN W., Graciela. Autoridad Paterna y Patria Potestad. En: El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno. Santiago, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile. Pp. 57-67.

CONGRESOS:

1. ÁLVAREZ, Osvaldo Onofre. La Facultad de los Jueces para Sustituir a los Padres en el Ejercicio de los Derechos Inherentes a la Patria Potestad sólo se Justifica cuando se Ameritan Elementos que Manifiestamente se Revelan como Peligrosos para los Menores. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia: “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”. (10º: 20-24 de septiembre de 1998. Mendoza, Argentina).
2. ARIZA, Graciela. Patria Potestad y Educación Religiosa y Privada. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia: “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”. (10º: 20-24 de septiembre de 1998. Mendoza, Argentina).
3. BARLETTA Villarán, María Consuelo. La Patria Potestad y el Rol Garante de los Padres. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia: “Perspectivas del Derecho de Familia en el Siglo XXI”. (13º: 18-22 de octubre de 2004: Sevilla-Huelva, España).
4. BASILLE, Carlos Alberto. El Ejercicio de la Autoridad de los Padres: Dualidad o Unitarismo. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia: “Perspectivas del Derecho de Familia en el Siglo XXI”. (13º: 18-22 de octubre de 2004: Sevilla-Huelva, España).
5. CABANES Espino, Iris; GOYA Céspedes, Lianet; SOTO Serna, Georgina. La Acción y la Legitimación en el Marco de las Relaciones Paterno-Filiales. En: XII Congreso Internacional de Derecho de Familia: “El Derecho de Familia ante los Retos del Nuevo Milenio”. 25 años de Derecho Familiar (1977-2002). (12º: 22-27 septiembre 2002: La Habana, Cuba).
6. CÁSERES Glover, Ana Carolina y VALENZUELA, Ana Laura. Patria Potestad y Alimentos una Visión Machista pero Necesaria. En: VIII Congreso Nacional y VII Latinoamericano de Derecho Privado. (8º: 7, 8 y 9 de junio de 2001: Buenos Aires, Argentina).
7. CASTAÑEDA Rivas, María Leoba. Naturaleza Jurídica de los Poderes y Deberes en el Derecho de Familia. En: XII Congreso Internacional de Derecho de Familia: “El Derecho de Familia ante los Retos del Nuevo Milenio”. 25 años de Derecho Familiar (1977-2002). (12º: 22-27 septiembre 2002: La Habana, Cuba).
8. CHAVANNEU, Silvia y GIL, Gabriela. El Defensor de la Infancia y la Juventud. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia: “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”. (10º: 20-24 de septiembre de 1998. Mendoza, Argentina).

9. GALLI Fiant, María Magdalena. Familia Monoparental. La Preferencia Materna para la Convivencia con Hijos Menores de Cinco Años. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia: "El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas". (10º: 20-24 de septiembre de 1998. Mendoza, Argentina).
10. GÓMEZ, María Florencia. Régimen de Patria Potestad: Ley 23.264. En: VIII Congreso Nacional y VII Latinoamericano de Derecho Privado. (8º: 7, 8 y 9 de junio de 2001: Buenos Aires, Argentina).
11. GORVEIN, Nilda Susana y POLAKIEWICZ, Marta. La Autonomía del Niño con Relación al Ejercicio de sus Derechos Humanos Personalísimos. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia: "El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas". (10º: 20-24 de septiembre de 1998. Mendoza, Argentina).
12. GROISMAN, Eliana G. y HARARI, Sofía P. La Fijación de Domicilio del Hijo: Hacia una Coparentalidad. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia: "Perspectivas del Derecho de Familia en el Siglo XXI". (13º: 18-22 de octubre de 2004: Sevilla-Huelva, España).
13. LLOVERAS, Nora y DURÁN, Valeria. El Niño Como Sujeto de Derecho. El Derecho de Educación del Niño y del Adolescente. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia: "El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas". (10º: 20-24 de septiembre de 1998. Mendoza, Argentina).
14. MONTALDI, Gustavo Randich. La Formación de la Identidad del Menor y el Derecho a la Educación. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia: "El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas". (10º: 20-24 de septiembre de 1998. Mendoza, Argentina).
15. MUJICA, Ana María. Protección Integral de los Derechos del Niño. El Interés Superior del Niño en Función del Interés Familiar. Debida Tutela de los Derechos de los Menores a través de la Interpretación Eficaz de la Normativa Aplicable. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia: "El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas". (10º: 20-24 de septiembre de 1998. Mendoza, Argentina).
16. POLAKIEWICZ, Marta. El Derecho de los Hijos a la Parentalidad. En: X Congreso Internacional de Derecho de Familia: "El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas". (10º: 20-24 de septiembre de 1998. Mendoza, Argentina).
17. SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta Rabadán. Régimen de Atribución del Ejercicio de la Patria Potestad en los Supuestos que los Padres No

Conviven. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia: “Perspectivas del Derecho de Familia en el Siglo XXI”. (13º: 18-22 de octubre de 2004: Sevilla-Huelva, España).

18. TAPIA Mejía, Juan. Eficacia Jurídica para Regular la Guarda y Custodia y la Convivencia de Hijos de Padres Separados. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia: “Perspectivas del Derecho de Familia en el Siglo XXI”. (13º: 18-22 de octubre de 2004: Sevilla-Huelva, España).
19. VELÁZQUEZ, Alejandra Claudia. Tenencia Compartida y el Interés Superior del Niño. En: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia: “Perspectivas del Derecho de Familia en el Siglo XXI”. (13º: 18-22 de octubre de 2004: Sevilla-Huelva, España).

TESIS:

1. GUENDELMAN Bacalu, Andrea y TRUCCO Horwitz, Carola. Tuición de Menores: un Enfoque Jurisprudencial. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1997. 187 h.

TEXTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES (VIGENTES O PROYECTOS) NACIONALES:

1. Código Civil. 16º edición oficial, aprobada por Decreto N° 838, de 20 de octubre de 2004, del Ministerio de Justicia. Jurídica de Chile. 2005.
2. Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada “Pacto de San José de Costa Rica. Promulgada por Decreto N° 873, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Diario Oficial, 5 de enero de 1991.
3. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Promulgada por Decreto N° 789, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Diario Oficial N° 33.542, 9 de diciembre de 1989.
4. Convención sobre los Derechos del Niño. Promulgada por Decreto N° 830, del Ministerio de Relaciones. Diario Oficial, 27 de septiembre de 1990.
5. D.F.L. N° 1. Fija texto refundido y sistematizado del Código Civil; de la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil; de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos; de la Ley N° 16.618, Ley de Menores; de la Ley N°

- 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Ministerio de Justicia. Diario Oficial, 30 de mayo de 2000.
6. Historia de la Ley N° 19585. [en línea]. <<http://www.bcn.cl/portada.html>>. [consulta: 15 agosto 2006].
 7. Ley N° 19.585. Modifica el Código Civil y otros Cuerpos Legales en Materia de Filiación. Ministerio de Justicia. Diario Oficial N° 36.197, 26 de octubre de 1998.
 8. Ley N° 19.711. Regula el Derecho a Visita a los Hijos Sometidos a la Tuición de uno de los Padres. Ministerio de Justicia. Diario Oficial N° 23.865, 18 de enero de 2001.
 9. Ley N° 19.968. Crea los Tribunales de Familia. Ministerio de Justicia. Diario Oficial, 30 de agosto de 2004.
 10. Proyecto de Ley que Inhabilita para tener tuición de un hijo al progenitor que injustificadamente impida visitas. Boletín N° 3839-18. Cámara de Diputados, 13 de abril de 2005.

TEXTOS CONSTITUCIONALES O LEGALES EXTRANJEROS:

1. Código Civil de Colombia. [en línea]. <http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/C_CIVIL.HTM>. [consulta: 15 agosto 2006].
2. Código Civil de España. [en línea]. <<http://www.ucm.es/info/civil/jgstorch/leyes/ccivil.htm>>. [consulta: 15 agosto 2006].
3. Código Civil de la República Argentina. [en línea]. <<http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/codigocivil.htm>>. [consulta: 15 agosto 2006].
4. Código Civil de Perú. [en línea]. <<http://www.cajpe.org.pe/informacionporpaises.htm>>. [consulta: 8 noviembre 2006].
5. Código Civil de Venezuela. [en línea]. <<http://www.cajpe.org.pe/informacionporpaises.htm>>. [consulta: 2 noviembre 2006].

6. Código Civil del Ecuador. [en línea]. <<http://www.cajpe.org.pe/informacionporpaises.htm>>. [consulta: 8 noviembre 2006].
7. Código de la Familia. Panamá. [en línea]. <<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Codigo-Familia-Panama.html>>. [consulta: 10 noviembre 2006].
8. Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador. [en línea]. <<http://www.cajpe.org.pe/informacionporpaises.htm>>. [consulta: 8 noviembre 2006].
9. Código de los Niños y Adolescentes de Perú. [en línea]. <<http://www.cajpe.org.pe/informacionporpaises.htm>>. [consulta: 6 noviembre 2006].
10. Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. [en línea]. <http://www.legislatura.gov.ar/1legisla/constcba.htm#_Toc405121807>. [consulta: 10 noviembre 2006].
11. Constitución de la Provincia de Buenos Aires. [en línea]. <<http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/constitucion/cpppal.htm>>. [consulta: 10 noviembre 2006].
12. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. [en línea]. <<http://www.cajpe.org.pe/informacionporpaises.htm>>. [consulta: 2 noviembre 2006].
13. Constitución de Panamá. [en línea]. <<http://www.legalinfo-panama.com/legislacion/Constitucion/Constitucion.pdf>>. [consulta: 10 noviembre 2006].
14. Constitución Española. [en línea]. <http://www.congreso.es/funciones/constitucion/const_espa_texto.pdf>. [consulta 11 noviembre 2006].
15. Constitución Nacional de Argentina. [en línea]. <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/leyes.php>>. [consulta: 10 noviembre 2006].
16. Constitución Política de la República del Ecuador. [en línea]. <<http://www.cajpe.org.pe/informacionporpaises.htm>>. [consulta: 8 noviembre 2006].

17. Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Venezuela. [en línea]. <<http://www.cajpe.org.pe/informacionporpaises.htm>>. [consulta: 2 noviembre 2006].