



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho

**DEL CUIDADO PERSONAL, IGUALDAD
ENTRE PADRES E INTERÉS SUPERIOR
DEL NIÑO**

FERNANDO ANDRÉS BARROS ARAVENA

Tesis para optar al grado
de Magíster en Derecho
dirigida por la profesora
Fabiola Lathrop Gómez

Enero 2013

Sumario

1.- Capítulo I. Generalidades, concepto y fuentes del Cuidado Personal

2.- Capítulo II. Atribución y pérdida del Cuidado Personal. Formas de atribución del cuidado personal cuando los padres viven separados

3.- Capítulo III. Principios relacionados con el ejercicio del Cuidado Personal

4.- Capítulo IV. Cuidado Personal Compartido

5.- Capítulo V. Derecho proyectado

Conclusiones

Índice Tesis

Sumario	2
Índice Tesis	3
Resumen	8
Introducción	9
Capítulo I Generalidades, concepto y fuentes.	26
1.1. Marco legal del cuidado personal	26
1.2. Cuidado personal y patria potestad	29
1.3. Definición y contenido tradicional de cuidado personal	46
1.4. Crítica a la definición tradicional	48
1.5. Relación jurídica entre padre e hijos	50
1.6. Cuidado personal: Derecho-deber-función y carga	55
1.7. La crianza y educación de cada uno de los niños, es, además, de interés social	58
1.8. Cuidado personal y artículo 222	62
1.9. Cuidado personal, definición y contenido bajo la perspectiva de protección integral de los derechos de la infancia	71
1.10. Descripción del conflicto actual, entre regulación legal y regulación constitucional	74
Capítulo II Atribución y pérdida del cuidado personal.	77
Fuentes del cuidado personal cuando los padres viven separados	
2.1. Cuando los padres viven juntos	77
2.2. Cuando los padres viven separados	78
2.2.1. Atribución convencional	79

i.- Imposibilidad del ejercicio conjunto del cuidado personal.- marco legal, visión jurisprudencial	82
2.2.2. Atribución legal: hecho natural, carácter sancionatorio de la norma, regla general en derecho comparado, jurisprudencia	84
2.2.3. Atribución judicial: pérdida del cuidado personal tipos, características y requisitos	90
2.2.3.1 Solicitud por parte del otro progenitor	90
i.- Elementos, descuido, maltrato u otra causa calificada	90
ii.- Indispensabilidad, análisis del adjetivo indispensable	93
2.2.3.2. Solicitud por un tercero	96
2.2.3.3. Adopción	97
2.3. Cuidado personal en Derecho comparado	98
2.3.1.Derecho Latinoamericano	99
2.3.2.Derecho Europeo	103
2.3.2.1. Consagración constitucional del cuidado personal en Europa	108
2.3.3.Derecho norteamericano	109

Capítulo III. 114

Principios relacionados con el ejercicio del Cuidado Personal.

3.1. Derechos de la infancia, generalidades e historia	114
3.2. Interés superior del niño	116
3.3. Derecho del niño a ser criado por ambos padres	123
3.4. Autonomía progresiva de los niños y adolescentes y su valoración por los tribunales y derecho del niño a ser oído	127

3.4.1. Autonomía progresiva	127
3.4.1.1. El caso de Hanna Jones	130
3.4.1.2. El caso Chileno	131
3.4.2. Derecho del niño a ser oído	136
3.5. Integridad física y síquica de los niños	139
3.5.1. Clasificación de las alteraciones en los niños expuestos a violencia	141
3.5.2. En relación a la edad los problemas pueden expresarse en:	142
i.- Malos tratos	
ii.- Síndrome de Alienación Parental	
3.6. Igualdad entre padres	146
3.6.1. Igualdad Constitucional	146
3.6.2. Igualdad Constitucional una mirada en beneficio de la mujer y la sociedad	153
3.6.3. Igual Constitucional, concepto de carga	159
Capítulo IV.	
	162
Cuidado Personal Compartido, Cuidado de los hijos o Protección Integral de los Derechos de la Infancia por los padres	
4.1. Introducción bases e historia	162
4.2. Beneficios del cuidado personal compartido	167
4.3. Supuestas desventajas del cuidado personal compartido	171
4.4. Contrargumentos	172
4.5. Definición, tipos	174
a.- Cuidado alternado	178
b.- Cuidado conjunto	179
c.- Anidación	181
4.6. Distinción entre cuidado personal, patria potestad,	182

residencia del niño y alimentos	
4.6.1. Patria potestad, cuidado personal y residencia	182
4.6.2. Patria potestad cuidado personal y alimentos	186
4.7. Determinación del cuidado personal compartido	188
4.7.1. Regla general, norma supletoria legal	188
4.7.2. Convencional	197
4.7.3. Judicial	198
Cap V. Derecho proyectado, proyectos de ley e indicaciones del ejecutivo	199
5.1. Ingreso del proyecto. Cuidado Personal Compartido	199
5.2. Indicación del ejecutivo. Cuidado Personal Compartido con acuerdo de los padres, sin acuerdo, norma supletoria legal el cuidado personal queda en la madre.	203
5.3. Proyecto de ley, Primer Trámite Constitucional. Cuidado Personal Compartido con acuerdo de los padres, sin acuerdo, norma supletoria legal el cuidado personal queda en la madre.	209
5.4. Proyecto de ley presentado por el senador Alejandro Navarro, Cuidado personal compartido, regla supletoria legal	217
5.5. Comentario a los proyectos de ley presentados y en especial al que se encuentra en tramitación	227
5.5.1. En relación con la capacidad de los profesionales que intervienen en el proceso judicial	228
5.5.2. Genera un problema la amplia gama de directrices dadas al juez para adoptar una decisión	229
Conclusiones	231
Bibliografía	237

El presente trabajo fue realizado con aportes de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica, Conicyt, del Gobierno de Chile. Agradezco infinitamente la guía y apoyo de mi directora de tesis Sra. Fabiola Lathrop Gomez, a quien le debo todo mi trabajo.

Resumen:

El presente trabajo investiga los derechos civiles y constitucionales derivados de las relaciones paternofiliales y, en especial, del aspecto personal de dicho vínculo. Se analiza la reglamentación sobre la materia haciendo una crítica al desfase entre la normativa legal y la constitucional incorporando los tratados de derechos humanos ratificados por Chile. Se propone el régimen adecuado y la forma en que deben protegerse los derechos de los padres y de sus hijos.

Abstract

This thesis investigates the civil and constitutional rights under the parent-child relationships and, in particular, the personal aspect of this link. Regulations on the subject are analyzed by a review of the gap between the legal and constitutional legislation incorporating human rights treaties ratified by Chile. Proper regime and how the rights of parents and their children should be protected is proposed.

Résumé:

Cet thèse examine les droits civils et constitutionnels dans les relations parents-enfants et, en particulier, l'aspect personnel de ce lien. Règlement sur le sujet sont analysées par un examen de l'écart entre la législation juridique et constitutionnel incorporant traités relatifs aux droits de l'homme ratifiés par le Chili. Régime approprié et la façon dont les droits des parents et leurs enfants doivent être protégés est proposé.

Introducción

El cuidado personal de los hijos constituye uno de los temas más difíciles de abordar al momento de la separación o el divorcio de la pareja. La complejidad reside en conciliar el sistema exclusivo de atribución del cuidado personal, con los derechos de los niños a ser criados por ambos padres. Así, surge la necesidad de determinar la naturaleza jurídica del cuidado personal e indagar sobre la posibilidad de que sea ejercido de forma exclusiva por uno de los progenitores.

La determinación del cuidado personal, bajo la concepción tradicional de su extensión y forma, ya sea por acuerdo, por disposición legal o por resolución judicial, debe ser fundada en factores y circunstancias dirigidas a evitar un daño en los hijos, en el marco de un proceso que indefectiblemente, repercutirá en sus vidas. El legislador no se ha adecuado a la forma en que se ha desarrollado la familia, reproduciendo antiguos estereotipos al atribuir de forma unilateral, en principio, a favor de la madre, todos los derechos y potestades que se ejercen sobre los hijos comunes por el sólo hecho de vivir los padres separados. A nuestro entender, esta disposición fomenta el conflicto, ya que genera una controversia en vez de resolverla. El conflicto que se presenta frente a la separación de los padres, no es quién ejercerá de forma plenipotenciaria el cuidado personal y la patria potestad, sino de qué forma los niños se desarrollarán con posterioridad a la ruptura familiar o, mejor dicho, en este "nuevo estado de familia", estableciéndose reglas y lineamientos claros que permitan compatibilizar la necesaria

vinculación que los niños deben tener con ambos progenitores¹, como asimismo el cumplimiento equitativo de las obligaciones de cuidado de los hijos². Existen entonces dos problemas: la atribución legal supletoria materna y el ejercicio exclusivo del cuidado personal.

El presente trabajo desarrollará cómo el centro de atención del cuidado personal, debe dirigirse a la situación de vida cotidiana de los niños³, una vez producida la separación de los padres, en vez de estar planteado como una atribución exclusiva a uno de los progenitores, quedando un progenitor como titular del cuidado personal y el otro, consiguientemente, como beneficiario de una relación directa y regular. De esta forma el cuidado personal y la patria potestad son instituciones jurídicas distintas a la del lugar de residencia del niño ya que los deberes-derechos de criar y educar son, en principio "inalienables", es decir, derechos

¹ En este sentido, es opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el fortalecimiento del grupo familiar "4. Que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo". CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002 DE 28 DE AGOSTO DE 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, opinión 4, p. 86.

² La guarda compartida se visualiza como un derecho de hijos y progenitores a seguir teniendo una relación paterno-filial y materno-filial igualitaria; un derecho al que "no se puede ni debe renunciar, que nace de la familia y no del matrimonio, lo que supone que tras la crisis, los derechos y responsabilidades de cada uno continúan siendo iguales a los que se tenían con anterioridad". KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La guarda compartida, una visión comparativa.", Investigación de Derecho Comparado, CS, 2006-144.

³ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, "Guarda y custodia compartida, principales novedades de la ley 15/05" Madrid, 2008, p. 196.

fundamentales⁴ de los padres y no pueden, por tanto, radicarse de forma exclusiva en uno de los progenitores, ni tampoco dividirse o separarse durante los momentos en que se encuentran bajo el cuidado de uno u otro progenitor⁵. Tanto es así que se ha llegado a señalar que, de no ejercerse de forma conjunta, no existiría Derecho de la Infancia⁶.

El sistema de atribución exclusiva y excluyente a uno de los progenitores, que es el establecido por la legislación nacional, adolece entonces de graves inconvenientes. Su fundamento reside en dos puntos centrales: uno, que no es posible que el hijo pueda seguir manteniendo un contacto habitual con ambos padres, estableciendo una dinámica familiar rígida, en la que sólo es posible una relación diaria y cotidiana con uno de ellos, mientras que con el otro su relación queda reducida a fines de semana⁷ y períodos de vacaciones⁸, todo fundamentado en la estabilidad de hogar del

⁴ ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel, *"La patria potestad y la libertad de conciencia del menor, el interés del menor a la libre formación de su conciencia"*, Editorial Tecnos, Madrid, 2006, p. 110.

⁵ Cfr. LLOVERAS, Nora; SALOMON, Marcelo, *"El derecho de Familia desde la constitución nacional"*, Editorial Universidad Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, p. 373.

⁶ Cfr. BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *"Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia"*, Editorial Thomson Reuters Puntotex, Santiago, 2011, p. 469.

⁷ La regla general de determinación judicial en el sistema de relación directa y regular es de fines de semana intercalados, un día de la semana que no le corresponda el fin de semana, en el mejor de los casos con pernoctación, de lo contrario un par de horas por la tarde el mismo día, es decir, como régimen ordinario un total de seis días completos en el mes. En relación al régimen extraordinario, una semana en vacaciones de invierno, dos en verano, navidades y años nuevos turnados por los padres y fiestas patrias de igual manera.

⁸ Estudios revelan un mejor desarrollo en los niños que mantienen mayor contacto con el padre que no ejerce el cuidado personal, que aquellos que no mantienen dicho contacto. Cfr. AGUILAR CUENCA, José Manuel, *"Con mamá y con Papá"*, Editorial Almurza, Tercera Edición, España, 2009, p. 83; En el mismo sentido Andrés Donoso Castillo, en

niño, ya que es beneficioso para él tener un solo lugar donde tenga su ropa, su cama, etc. Y dos, que se hace necesario que se radique en uno de los progenitores los deberes de crianza y educación como las facultades patrimoniales sobre los bienes del hijo, a fin de evitar conflictos entre los padres y su eventual judicialización. Ambos puntos serán rebatidos a lo largo de este trabajo, superponiendo la superioridad del contacto con ambos padres por sobre la necesidad de un hogar exclusivo, y desarrollo de roles parentales equilibrados, por sobre la exclusividad de este, considerando que la norma legal puede reglamentar los roles parentales, concluyendo con la necesidad de establecer un "sistema familiar" post separación, dinámico, paritario y obligatorio, ya que aunque no haya entre los padres ningún ánimo de relacionarse, esto lo deberán hacer perentoriamente a favor del hijo común debiendo, consiguientemente, guardarse el debido respeto, uno por ser el padre de su hijo y el otro por ser la madre de su hijo. Se logrará, así, una mejor protección del niño y del ambiente que lo rodea.⁹

A la atribución exclusiva y preferente del Cuidado Personal se suman conflictos de carácter patrimonial,

"Primer informe de la comisión de familia referido a dos proyectos de ley que modifican normas del código civil en materia de cuidado personal de los hijos", 23 de Mayo de 2011. En dicha comisión también fueron escuchados: Gloria Negroni Vera, Jueza del Tercer Juzgado de Familia de Santiago; Dra. Fabiola Lathrop Gómez; Dra. Cármen Domínguez Hidalgo; Sra. Alejandra Montenegro. Cfr. 4.2. del presente trabajo.

⁹ Cfr. RIVERO HERNANDEZ, Francisco, *"Las relaciones personales de los hijos tras la crisis matrimonial de los progenitores. Incidencia y protección"*, en Revista de Magíster y Doctorado en Derecho, Escuela de Graduados, Facultad de Derecho Universidad de Chile, n° 4, Santiago, 2011, p. 57.

específicamente, la atribución del bien familiar¹⁰ y la determinación de una pensión de alimentos, lo que profundiza la crisis pues deben debatirse cuestiones de carácter económico que dependen del ejercicio del cuidado personal.

En efecto, el padre que se queda al cuidado de sus hijos podrá encontrarse beneficiado con la designación del bien familiar, en el caso de que de la separación preceda matrimonio, y el otro, además de no tener contacto diario con sus hijos, y en algunos casos sin vivienda, debería sufragar los gastos de alimentos de los hijos comunes que proporcionalmente le corresponden. Este padre excluido se vería imposibilitado de cumplir su rol parental, por lo tanto, no podrá ejercerlo o lo ejercería de forma torcida, ya que el poco tiempo que pasa con el hijo no le permite establecer

¹⁰ La Ley N° 19.335, publicada en el Diario Oficial el 23 de septiembre de 1994, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico el régimen económico matrimonial de participación en los gananciales, junto al régimen primario de los bienes familiares. La institución de los bienes familiares encuentra su principal fundamento en la intención de asegurar a la familia matrimonial un lugar donde los integrantes de la misma puedan vivir y desarrollarse. Además, busca constituirse en un mecanismo para dar cumplimiento a las llamadas cargas del matrimonio. La institución de los bienes familiares es compatible con cualquiera de los tres regímenes económicos matrimoniales que reconoce nuestro Derecho: la sociedad conyugal, el régimen de participación en los gananciales y la separación total de bienes. Sin embargo, los efectos de los bienes familiares serán distintos según el régimen económico matrimonial que exista entre los cónyuges. El artículo 141 del Código Civil dispone "El inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia, y los muebles que la guarnecen, podrán ser declarados bienes familiares y se regirán por las normas de este párrafo, cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio. Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, *"Bienes Familiares y Participación en los Gananciales"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago; FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, *"EL Patrimonio"*, n° 188, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, Santiago, 1997, p. 714.

reglas de conducta¹¹ debido a la falta de autoridad. Ante esto, el padre puede adoptar dos actitudes, o se frustra en su rol, por lo que tiende a separarse del hijo¹², lo que perjudica al

¹¹ Aunque siempre está la posibilidad de que el padre solamente cumpla con las obligaciones de pago de pensión de alimentos y no insista, no quiera o no cumpla, en definitiva, su rol de padre, no teniendo comunicación alguna con su hijo, situación reprochable moralmente, pero que no se puede hacer exigible legalmente, bajo el estado actual de las cosas, pudiendo solamente limitarse o restringirse el régimen de relación directa y regular (art. 48 ley 16.618).

¹² "Un sector de la doctrina psicológica considera que el progenitor que no tiene la guarda y custodia de los hijos, va perdiendo - naturalmente- el contacto con éstos en el transcurso de los años posteriores a la separación o divorcio (el establecimiento del régimen se debe determinar por las circunstancias particulares de cada niño, así no corresponde ampliar a todos los casos el régimen normal determinado por fines de semanas alternados), en el supuesto que sea el padre el progenitor que no ejerce la guarda y custodia, inmediatamente después de la separación o divorcio, el padre puede intentar disuadirle de cumplir con el régimen de visitas en base a que piense que es mejor para los niños que se adapten a su nueva vida, lo que en circunstancias se refuerza en fundamento a la agitación y desconcierto que puedan mostrar los hijos con la llegada del padre para ejercer el derecho de visita. El padre que no ejerce la guarda y custodia de los hijos puede adoptar la decisión de no visitarlos, para de este modo no tener excusa de sufragar una pensión alimentaria y desear evitar las acusaciones de la madre en cuanto al no pago de dicha pensión. El progenitor titular del derecho de visita puede experimentar, aunque ejercite convenientemente este derecho, que se va perdiendo la unión habida con sus hijos. Siente, dicho progenitor, cómo sus hijos con el transcurso del tiempo se hacen más independientes a la vez de que el progenitor se ve invadido por sentimientos de culpabilidad al percibir que no puede ser un padre o una madre para sus hijos. (En definitiva el padre que no ejerce el cuidado personal, deja de ser padre, no puede por ley ni por los hechos educar, imponer reglas, establecer límites, etc.) Los progenitores titulares del derecho de visita no pueden compartir los progresos y evoluciones afectivas y educativas de los hijos dado que están en su compañía, relativamente un corto período de tiempo. El régimen de visitas es deseado y esperado por el progenitor, por lo que, en algunos casos, no es capaz de regañar o reprochar la conducta de los hijos, ante el temor de que éstos rechacen la visita de aquel progenitor. Es imperioso, al mismo tiempo, que el progenitor que tenga la guarda y custodia de los hijos no ponga ningún obstáculo al ejercicio del derecho de visitas por parte del otro progenitor, y se dé cuenta de lo importantes que son los contactos y comunicaciones entre los hijos y el progenitor visitador. Este debe respetar tiempo y espacio, por lo

niño¹³ ya que pierde un referente paterno, o bien, intenta desarrollar un vínculo de contacto con su hijo, lo que sin oposición de la madre, no generaría problema alguno, pero, con oposición, y es el caso para el cual la norma jurídica debe estar presente¹⁴, deben darse todas las posibilidades de mayor contacto y relación con el hijo, ya que esto beneficia al niño, al padre, produce una sana convivencia¹⁵ y una correcta formación en el niño. La normativa, al no favorecer dicho contacto, genera en el "no cuidador", la entendible sensación de rebeldía contra el sistema, frente el cual, con causa justificada, podría oponerse válidamente. Un conflicto en el que no solamente se involucran aspectos jurídicos sino también emocionales, y en el cual el legislador establece normas inadecuadas, conllevan a que el afectado discuta válidamente su posición como sujeto de derechos. La fundamentación se valida aún más cuando no solamente se estarían vulnerando

tanto debe conceder las máximas facilidades para que se ejecute el derecho de visita, e inclusive, si el menor o menores se mostraren reticentes, debe inculcar en ellos la conveniencia de relación entre hijos y progenitores. Este debe propender al fortalecimiento del lazo con el padre no custodio". ZANON MASDEU, Luis, *"Guarda y Custodia de los hijos"*, Bosh, Barcelona, 1996, p. 196.

¹³ "El conflicto entre los padres incrementa el nivel de estrés en la madre, hace que el padre se implique menos en el cuidado de los hijos -descargando dicha responsabilidad en la madre- o favorece el uso de un lenguaje más violento. Todo esto traerá siempre efectos indirectos sobre los hijos. Por otro lado, esta influencia es devuelta, retroalimentando la situación". Cfr. AGUILAR CUENCA, José Manuel, *"Con mamá y con Papá"*, Editorial Almurza, Tercera Edición, España, 2009, p. 36.

¹⁴ "...todas las normas jurídicas concurren de una manera u otra a organizar la sociedad o disciplinar la conducta de sus miembros en las mutuas relaciones que deben mantener en razón de la convivencia y la necesidad de la colaboración para subsistir y progresar...". ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODÁNOVIC HAKLICKA, Antonio, *"Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General"*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 23.

¹⁵ Cfr. LLOVERAS, Nora; SALOMON, Marcelo, *"El derecho de Familia desde la constitución nacional"*, Editorial Universidad Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, p. 376.

derechos del progenitor no custodio sino del mismo hijo que se encuentra inmerso en el conflicto familiar.¹⁶

Es a favor de éste último por quien el ordenamiento jurídico debe velar¹⁷, y no realizándose la debida protección, el padre afectado en la protección de los derechos de su propio hijo, debe y puede reaccionar.¹⁸

¹⁶ Cfr. AGUILAR REDORTA, Lola, "Los efectos de las rupturas en los hijos: aspectos a considerar para el interés del menor", en Separación y Divorcio, Cuadernos de Derecho Judicial XXIV,-2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 119.

¹⁷ Como bien reflexiona Rodrigo Barcia "No es demasiado exagerado señalar, como se verá, que mientras no haya facultades y deberes conjuntos de los padres con relación a los hijos, en el evento que se asigne el cuidado personal del niño a uno de ellos, no hay Derecho de la Infancia. Ello no sólo es de esta forma por la violación de los derechos fundamentales de uno de los padres, sino porque el principio del interés superior del niño exige que ambos padres tengan acceso a los mecanismos jurídicos que propendan el desarrollo integral de los hijos en aspectos fundamentales de su vida, como la educación, religión, deportes, relaciones sociales etcétera." BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia", Editorial Thomson Reuters Puntotex, Santiago, 2011, p. 469.

¹⁸ "No es difícil explicar porque debemos de obedecer leyes injustas, promulgadas con una constitución justa. En este caso, los principios del deber natural y el principio de imparcialidad establecen los deberes y las obligaciones requeridas. En general, los ciudadanos están obligados por el deber de justicia. El problema es, en que circunstancias y hasta que punto estamos obligados a obedecer acuerdos injustos. A veces, se dice que no estamos obligados a obedecer en estos casos. Pero esto es un error. La injusticia de una ley no es, por lo general, razón suficiente para no cumplirla, como tampoco la validez legal de la legislación es razón suficiente para seguir con ella. Cuando la estructura básica de la sociedad es razonablemente justa, estimada por el estado actual de las cosas, hemos de reconocer que las leyes injustas son obligatorias siempre que no excedan ciertos límites de injusticia. Al tratar de distinguir estos límites, nos acercamos al problema del deber y la obligación política. La dificultad reside en parte, en el hecho de que en estos casos hay un conflicto de principios. Algunos principios aconsejan la obediencia, mientras que otros nos aconsejan lo contrario. Por tanto, las exigencias del deber y de la obligación política han de ser examinadas a través de una concepción de prioridades adecuadas". RAWLS, John, "Teoría de la Justicia", Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 320.

La frustración ante un tratamiento desigual conlleva reacciones impropias tales como el abandono¹⁹ hacia el hijo o el encarnizamiento por mantener un contacto permanente, o incluso, judicializar reiteradamente el conflicto. Por ello, creemos que de no existir desigualdad de trato, dichos problemas, en principio, desaparecerían.

Por su parte, el titular del cuidado personal, en no pocos casos, abusa del sistema que le favorece, perjudicando el normal desarrollo del niño²⁰, tanto en lo referente a la pensión alimenticia, como al ejercicio exclusivo del cuidado personal, tomando, por ejemplo, la decisión de residencia²¹ y la del colegio al que asistirán los hijos.

La situación en que la madre o el padre "se queda" con los hijos, ya sea por disposición supletoria legal o por decisión judicial, y se establece un sistema de régimen comunicacional de fines de semana (cuatro días al mes), si bien en algunos casos corresponde conforme a las circunstancias, no puede ser la regla general. La evolución de los tipos de familia²² ha demostrado que el cambio producido en la sociedad, de acuerdo al cual la mujer se ha integrado a la

¹⁹ Cfr. GONZÁLEZ ORVIZ, M^a Eloina, *"Modelos de guarda y custodia. Síndrome de alienación parental"*, Editorial Bosh, España, 2010, p. 10.

²⁰ Cfr. MENDEZ COSTA, María Josefa, *"Los principios jurídicos en las relaciones de familia"*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006, p. 393.

²¹ El padre que quiere que sus hijos no tengan contacto con el otro padre se desplaza por el país sin limitación alguna. Para este respecto el boletín 4486-18, archivado el 4 de Agosto de 2009.

²² BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *"Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia"*, Editorial Thomson Reuters Puntotex, Santiago, 2011, p. 14.

fuerza laboral,²³⁻²⁴ y el hombre ha desarrollado aspectos parentales que antes no realizaba²⁵, hace necesario que deban buscarse mecanismos o soluciones acordes a la realidad actual²⁶ y, asimismo, adecuar los sistemas internos a los tratados internacionales²⁷.

²³ En relación al acceso al mercado laboral, Fabiola Lathrop expone la estrecha unión que existe entre el principio de corresponsabilidad parental con la progresiva equiparación entre el hombre y la mujer. Cfr. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *"Custodia Compartida de los hijos"*, La Ley, Madrid, España, 2008, p. 403.

²⁴ Cfr. Número 3.6.2. del presente trabajo.

²⁵ El Derecho del Trabajo se ha hecho cargo parcialmente de la evolución de las familias, y en particular de la necesidad de la vinculación afectiva en los primeros momentos de la vida del niño con el padre, y en una manifestación, de ello ha promulgado la ley n° 20.545, publicada en el Diario Oficial el 17 de Octubre de 2011, y que comenzará a regir desde 1 de Enero de 2012. Esta ley otorga la posibilidad de que el padre, a partir de la séptima semana del permiso posnatal parental pueda ejercer dicho permiso, por el lapso que faltare. Así, el padre podría tener derecho a días feriados que permitan el vínculo de apego con su hijo de un mes y dos semanas completos. La madre entonces puede traspasar hasta un máximo de 6 semanas al padre a jornada completa y si decide tomar 18 semanas a media jornada, le puede traspasar hasta un máximo de 12 semanas en media jornada. En cuanto a los días libres para el padre, los actuales 5 días permanecen inalterados. El ejercicio de este derecho mostrará el real estado de paternidad que ejercen los hombres, el apego que el padre realice con su hijo lo incentiva a realizar responsabilidades directas en la crianza. Cfr. CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *"La armonización de responsabilidades laborales y familiares: un nuevo fin para el derecho del trabajo"*, en Revista de Magíster y Doctorado en Derecho, Escuela de Graduados Facultad de Derecho Universidad de Chile, n° 4, Santiago, 2011, p. 133.

²⁶ Paulina Veloso, en su artículo sobre los principios fundamentales que inspiran el nuevo estatuto de filiación, acertadamente anota el avance realizado por dichas reformas pero aclara que dichos avances no han sido suficientes para la igualdad entre los padres "no obstante, los defectos que pueden anotarse en materias de patria potestad y tuición, ciertamente se avanza hacia responsabilidades compartidas de los padres que es la tendencia actual del derecho de familia, privilegiando el interés del menor", VELOSO V., Paulina, *"Principios fundamentales que inspiran el nuevo estatuto de filiación"*, en "El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil Chileno", Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 1999, p. 27.

²⁷ Chile ratificó la Convención Sobre los Derechos del Niño el 14 de agosto de 1990, luego que fuera aprobada por la Asamblea General de

Desde un punto de vista afectivo, los niños, que hasta el momento de la separación eran amparados, protegidos, criados y educados por ambos padres, y cuyas directrices formativas eran establecidas de común acuerdo o tácitamente entre ellos o bien eran decisiones que no ameritaban mayor conflicto, ahora, por atribución imperativa legal, y por un hecho de difícil comprobación fáctica (vivir los padres separados)²⁸, son criados y educados de forma exclusiva por la madre o el padre²⁹, asimismo, son separados de la cotidianidad con el otro progenitor, cuestión que contraría y desorienta aún más a los niños³⁰ que atraviesan seguramente uno de los momentos más traumáticos de su infancia³¹.

Naciones Unidas en noviembre del año 1989; La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), por sus siglas en inglés, ratificada por Chile el 10 de Diciembre de 1989. No obstante el tiempo transcurrido, a la fecha veintidós años, Chile no ha incorporado normas efectivas sobre la protección de los derechos del niño, en relación a la coparentalidad ni tampoco a integrado las normas necesarias para proteger a la mujer de la discriminación que se enfrenta por la estereotipación de roles que no son propios de la modernidad.

²⁸ Hacemos referencia al hecho de difícil comprobación fáctica, ya que es común que en el periodo de quiebre de la convivencia las parejas se reúnan y separen de forma reiterada.

²⁹ Podría contra argumentarse que el otro padre no pierde dicho rol, y que lo puede cumplir cuando ve a sus hijos los fines de semana, entregándole los principios formativos y educacionales necesarios. Dicho argumento no es válido, como se comprobará latamente en el presente trabajo, el padre, no tiene autoridad ante sus hijos por la falta de presencia ante estos.

³⁰ AGUILAR REDORTA, Lola, "Los efectos de las rupturas en los hijos: aspectos a considerar para el interés del menor", en Separación y Divorcio, Cuadernos de Derecho Judicial XXIV, 2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 119.

³¹ "Un estudio llevado a cabo por la *Stepfamily Foundation of New York City* señala como problemas más frecuentes en los niños: a.- el 60% de los niños se sienten rechazados por sus padres, por lo general el padre; b.- Un número alarmante de niños siente abandono físico y emocional por parte de ambos padres; c.- Los padres dedican menos tiempo, menos disciplina y son menos sensibles a las necesidades de los hijos porque están envueltos en todo el proceso

Se produce, entonces, una modificación de roles parentales, un desorden en lo que hasta el momento de la separación sucedía para los niños, que acrecienta en mayor medida el conflicto y por ende es más dañino para los niños; en definitiva, se genera una situación muy difícil de enfrentar tanto para padres como para los especialistas, que en el mejor de los casos intervienen en la problemática³². La familia se desfigura, rompe y termina; muchas veces los niños consideran que son la causa del conflicto³³ ya que ven a los padres enfrentarse o por los alimentos, o por la custodia o por la casa, lugar donde ellos han crecido, conflictos que no son sino expresiones del estado de la separación y que se incrementa entre los padres, por lo que se transmite hacia el hijo que presencia las discusiones y por ello podría generar en él problemáticas derivadas del trauma³⁴, tanto de la separación como de la agresividad vivida en las distintas etapas de crecimiento³⁵.

La argumentación para el rechazo del sistema exclusivo de cuidado personal es válida, incluso, para quien supuestamente

del divorcio y sus consecuencias; y d.- Hay una disminución continuada de la parentalidad que distorsiona en forma permanente las funciones de crianza." DAVISON, Dora, *"Coparentalidad la respuesta al divorcio, Separación divorcio, un favor en el camino"*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2006, p. 69.

³² Cfr. NEGRONI VERA, Gloria, *"Rol de los operadores del derecho en la resolución de conflictos jurídicos derivados de la Crisis de la Pareja"*, Revista de Magíster y Doctorado en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, Santiago, 2011, n° 4, p. 145.

³³ Cfr. LLOVERAS, Nora; SALOMON, Marcelo, *"El derecho de Familia desde la constitución nacional"*, Editorial Universidad Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, p. 375.

³⁴ Cfr. Número 3.5. del presente trabajo.

³⁵ Cfr. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *"Custodia Compartida de los hijos"*, La Ley, Madrid, 2008, p. 356.

se ve beneficiado con la normativa actual. En esta forma unilateral de atribución, por la cual existe un régimen comunicacional de fines de semana, la carga de la crianza y educación³⁶ cae sobre los hombros de un solo progenitor, el padre no custodio puede fácilmente desatender las obligaciones personales para con sus hijos³⁷, no así las alimenticias para las cuales hay medios compulsivos de cumplimiento, dejando en el progenitor custodio toda la carga de la crianza, el padre que abandona emocionalmente a sus hijos debe ser castigado y no puede aparecer reclamando en cualquier tiempo su paternidad.

Tal como expresan Nora Lloveras y Marcelo Salomón, lo que pretende esta tesis es demostrar que "los deberes que emanan de la paternalidad deben estar en cabeza de ambos progenitores para ser actuados³⁸, y excluir a uno de ellos de las responsabilidades y funciones que le corresponden en la

³⁶ Cfr. GONZÁLEZ ORVIZ, M^a Eloina, *"Modelos de guarda y custodia. Síndrome de alienación parental"*, Editorial Bosh, España, 2010, p. 10.

³⁷ Como contrapunto, hay padres que limitan su responsabilidad y se desligan de la obligación de crianza, ya que ni la ley ni la sociedad se lo exige. Como expresa Francisco Serrano: "Muchos padres se limitan a exigir el derecho a estar con sus hijos cuando les corresponde, pues, en el fondo, un fin de semana se hace agradable y pasajero, llevando a los niños de paseo, al parque o a comer a una hamburguesería. Es lamentable que, cuando en una ejecución por incumplimiento, le he advertido a la madre que de persistir en su actitud podía cambiar el régimen de guarda y custodia, el propio padre se ha cargado mi intención terapéutica y persuasiva con un "Señoría, perdone, pero yo lo que pretendo no es quedarme con los niños, de los que no me puedo ocupar a diario, sino sólo poder verles cuando me toca". SERRANO CASTRO, Francisco, *"Corresponsabilidad parental y la custodia compartida"*, Magistrado Juez del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 7 de Sevilla (Familia) <http://www.lexfamily.es/revista.php?codigo=191>.

³⁸ En el mismo sentido, Cfr. BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *"Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia"*, Editorial Thomson Reuters Puntolex, Santiago, 2011, p. 469.

vida del hijo deviene en discriminatorio, arbitrario y, sobre todo, sancionatorio para el que no ostenta la tenencia o guarda del hijo -el o la progenitora postergada-, en cuanto a la gobernabilidad de la función de padre y madre."³⁹

Intentando la creación de un nuevo tipo de familia u organización familiar, basados en los principios de coparentalidad⁴⁰, corresponsabilidad parental⁴¹⁻⁴², igualdad entre progenitores⁴³, unidad de la familia⁴⁴, interés del hijo y autonomía progresiva del niño, viviendo los padres separados, podremos evitar que la norma jurídica, en vez de generar

³⁹ LLOVERAS, Nora; SALOMON, Marcelo, *"El derecho de Familia desde la constitución nacional"*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 376.

⁴⁰ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *"Custodia Compartida de los hijos"*, La Ley, Madrid, España, 2008, p. 381.

⁴¹ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *"Custodia Compartida de los hijos"*, La Ley, Madrid, España, 2008, p. 348.

⁴² "Los niños cuyos padres, luego de su separación o divorcio, continúan ejerciendo la coparentalidad tienen mayores probabilidades de hacer un desarrollo psicoevolutivo más saludable que aquellos cuyos padres ejercen la coparentalidad unilateralmente. Además, son comparativamente más sanos que los chicos de familias nucleares que conviven con un alto grado de hostilidad permanente entre sus progenitores". DAVISON, Dora, *"Coparentalidad la respuesta al divorcio, Separación divorcio, un favor en el camino"*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2006, p. 71. En el mismo sentido Fabiola Lathrop cita a WALLERSTEIN Y KELLY quienes realizaron una investigación la cual afirma que los hijos de padres separados que presentaban un mayor y mejor desarrollo eran aquellos que mantenían un contacto regular y continuo con ambos padres después de la ruptura conyugal, o bien aquellos que pertenecían a familias en las que no había existido o había cesado un alto nivel de conflictividad parental. WALLERSTEIN, J.S Y KELLY J.B., *"Surviving the breakup: How Children and Parents COPE with Divorce"*, New Cork, Basic Books, 1980. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *"Custodia Compartida de los hijos"*, La Ley, Madrid, España, 2008, p. 356.

⁴³ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *"Custodia Compartida de los hijos"*, La Ley, Madrid, España, 2008, p. 369.

⁴⁴ BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *"Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia"*, Editorial Thomson Reuters Puntotex, Santiago, 2011, p. 394.

conflicto, separando a las familias, las mantenga organizadas⁴⁵ y unidas⁴⁶, logrando así, la protección de cada uno de los individuos de la familia y con ello el fortalecimiento del núcleo básico de la sociedad.

Volviendo al estado actual, ¿puede un precepto legal establecer que la crianza y educación de un niño se encuentre, en principio, radicada en uno de los padres? ¿Cuáles son los principios que se relacionan y cuál sería la legislación acorde con los principios afianzados del derecho de la familia, a fin de aplicarlos a la legislación nacional?

El presente trabajo, entonces, tiene por finalidad responder a estas tres interrogantes. Para ello se presentarán cuatro capítulos centrales, y un quinto a modo de apéndice que incluye la tramitación de los proyectos de ley relacionados con la modificación del cuidado personal.

En el primer capítulo se exponen generalidades sobre el cuidado personal, su marco legal, el concepto tradicional de este instituto y su vinculación con la patria potestad. Se

⁴⁵ "Advirtiendo el elevado número de menores que se ven envueltos en la crisis de los padres, es evidente que el derecho ha de intervenir en la regulación de tales situaciones al objeto de lograr dos objetivos básicos. De un lado, que esa ruptura matrimonial sea lo menos traumática posible para los hijos menores de edad. De otro, que éstos quedan atendidos debidamente tanto desde el punto de vista material, como afectivo; o lo que es igual, que el cumplimiento de los deberes de los padres no se vea entorpecido, sino moralizado con ocasión de su ruptura como pareja" GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *"Aspectos actuales de la protección jurídica del menor, una aproximación interdisciplinario"*, Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2008, p. 46.

⁴⁶ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002 DE 28 DE AGOSTO DE 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

desarrolla el contenido de la relación jurídica entre padres e hijos, se critica el marco legal actual y se presenta una definición y contenido acorde a los principios constitucionales vigentes.

El segundo capítulo describe el sistema de atribución chileno de cuidado personal, analizando la forma de pérdida del ejercicio del cuidado personal y, en especial, el judicial y cómo el artículo 225 del Código Civil establece una regla preferente materna y una norma sancionatoria para la pérdida del cuidado personal.

En el capítulo tercero se presentan los principios asociados al cuidado personal de los hijos, como asimismo los principios de igualdad entre los progenitores que en la aplicación particular tienen incidencia en el cuidado de los hijos.

El cuarto capítulo describe y analiza lo que consideramos la mejor forma de solucionar el conflicto entre los padres una vez producida la separación, esto es, la continuación del principio de corresponsabilidad parental. El cuidado personal compartido ha demostrado ser la forma menos conflictiva de crianza y educación de los hijos. En este capítulo se llega a la conclusión de que el conflicto sobre la titularidad del ejercicio del cuidado personal no es en realidad el conflicto que se presenta una vez producida la separación si no que es la determinación de la residencia habitual o alternada del niño y la forma en que éste se desarrollará con sus padres.

Por último, a modo de colofón, se incluye una descripción del estado de la tramitación de los proyectos de ley que inciden en la materia.

Capítulo I

Generalidades, concepto y fuentes

1.1.- Marco Legal del cuidado personal

El cuidado personal de los hijos se encuentra regulado en el Título IX del Libro Primero del Código Civil, dentro de Los Derechos y Obligaciones entre los Padres y Los Hijos, a continuación de los Títulos VII y VIII, sobre La Filiación y Acciones de Filiación, respectivamente, y antes del Título X sobre La Patria Potestad. La Doctrina considera, así, que la regulación sobre el Cuidado Personal de los Hijos no se encuentra dentro de la Patria Potestad sino que sería un instituto distinto e independiente de aquél⁴⁷, en contraposición a lo que sucede en la mayoría del derecho comparado.

Desde sus orígenes y en la orgánica del Código de Bello, la regulación de la patria potestad, facultades del padre sobre los bienes del hijo, representación, usufructo y administración, se encuentra en un título distinto de las facultades de los padres sobre la persona de los hijos⁴⁸, punto sobre el que volveremos más adelante⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. RODRIGUEZ PINTO, María Sara, *"El cuidado personal de los niños y adolescentes"*, Legalpublishing, Santiago, 2010, p. 9; LATHROP GÓMEZ Fabiola, *"Cuidado Personal de los hijos"*, Editorial Punto Lex, Santiago, 2005, p. 3; GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *"El sistema filiativo Chileno"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 131.

⁴⁸ Cfr. RODRIGUEZ PINTO, María Sara, *"El cuidado personal de los niños y adolescentes"*, Legalpublishing, Santiago, 2010, pp. 8-12.

⁴⁹ Ver número siguiente.

La actual reglamentación sobre cuidado personal de los hijos y patria potestad se organiza con la modificación que efectúa la ley 19.585⁵⁰⁻⁵¹ al Código Civil y otras leyes⁵², la cual tuvo por finalidad, entre otras, equiparar los derechos de los hijos, eliminando la distinción existente entre hijos naturales legítimos, simplemente ilegítimos y matrimoniales para efectos de los derechos sucesorios y alimenticios, entre otros⁵³. Sin embargo, mantuvo la estructuración original, en cuanto a la no inclusión del cuidado personal dentro de la patria potestad⁵⁴.

Del estudio del mensaje⁵⁵ del Ejecutivo a la modificación producida por la ley 19.585, puede desprenderse que se

⁵⁰ Para un completo análisis de la modificación legal Cfr. "El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil Chileno", Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 1999.

⁵¹ Cfr. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Cuidado personal de los hijos", Editorial PuntoLex, Santiago, 2005, p. 7.

⁵² Publicada en el Diario Oficial el 23 de Octubre de 1998.

⁵³ "La Ley considera iguales a todos los hijos", artículo 33 de la ley. Dicho principio determina los siguientes efectos: se suprime la distinción entre hijos legítimos, ilegítimos y naturales; se igualan los hijos en cuanto al parentesco por consanguinidad, en materia de alimentos se establece una sola clase que corresponde a los congruos; la patria potestad será ejercida respecto de todos los hijos menores no emancipados; y en el ámbito sucesorio se deroga la denominada sucesión irregular, todos los hijos serán cabeza en el primer orden, todos los hijos siguen siendo asignatarios forzosos, todos los hijos pueden representar a su padre o madre en la sucesión de sus abuelos o tíos y serán asignatarios de cuarta de mejoras todos los hijos de los hijos, es decir todos los nietos. Cfr. VELOSO VALENZUELA, Paulina, "Principios fundamentales que inspiran el nuevo estatuto de filiación", en "El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil Chileno", Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 1999, p. 24.

⁵⁴ WEINSTEIN WEINSTEIN, Graciela, "Autoridad Paterna y Patria Potestad", Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 1999, p. 59.

⁵⁵ "5. Por otra parte se introducen importantes reformas en lo que se refiere a la Patria Potestad. El espíritu que las ha animado, no es otro que el de extender el principio de igualdad hacia una institución que es consecuencia de la filiación, y al mismo tiempo,

consideraba al cuidado personal como un elemento de la patria potestad, englobando las facultades de los padres sobre los hijos⁵⁶, sin establecer estatutos separados entre aspectos personales y aspectos patrimoniales; sin embargo prevaleció la idea de estatutos independientes⁵⁷ por el argumento histórico de tratamiento y de no existencia de razones fuertes para modificarlo⁵⁸.

establecer una regulación más coherente con lo que son, en la actualidad, las relaciones paterno-filiales. Dentro de este marco, interesa destacar las siguientes modificaciones:

5.1. En primer lugar, la patria potestad deja de tener la connotación puramente patrimonial que siempre se le ha dado en nuestra legislación nacional (a pesar de lo que sucede en la legislación comparada), pasando a considerarse dentro de ella, también, el aspecto personal, que involucra el deber de los padres de velar por sus hijos, cuidarlos, alimentarlos y educarlos, así como el conjunto de derechos y obligaciones que existen en una relación filial". Historia de la ley 19.585, p. 9. http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19585&anio=2012.

⁵⁶ Especial mención realiza el párrafo 5.1 del mensaje, el cual reúne un una sola institución todos los aspectos relacionados con la filiación.

⁵⁷ "La mayoría de los miembros de la comisión se opuso a la unificación de los conceptos de autoridad paterna y patria potestad, ya que se estimó que pese a que ambas instituciones provienen de un mismo hecho: la paternidad, y buscan un mismo fin: la protección integral del menor, cada una de ellas mira o considera diversos aspectos que requieren tratamiento diferenciado, y están dirigidas ya sea a proteger, criar y educar al menor ya sea velar por sus intereses patrimoniales. La opinión de la minoría proclive a la unificación de ambas instituciones alegó que dicha unificación responde a la posición casi unitaria de la doctrina, ha sido recogida en diversos instrumentos internacionales y que además "fortalecería el vínculo entre ambos padres, al asignarles una misma responsabilidad en los aspectos personales y patrimoniales de los hijos" La comisión, aprobó el rechazo de la fusión de ambas instituciones y la mantención de la regulación separadas de ellas" WEINSTEIN WEINSTEIN, Graciela, "Autoridad Paterna y Patria Potestad", Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 1999, p. 59.

⁵⁸ Historia de la ley 19.585.

http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19585&anio=2012

Como una forma de contextualizar la regulación en el mismo título IX del libro I del Código Civil, título que no se divide en párrafos, podemos encontrar en el artículo 222 la obligación de los hijos de obediencia y respeto a los padres; en el artículo 223 la obligación del hijo de cuidado a sus padres, en la ancianidad, la demencia y en todas las circunstancias de la vida en que necesiten auxilio; el artículo 227, el deber del juez de oír al hijo y a los parientes; en el artículo 228 la denominada piedra de tope del cuidado personal, otorgando a la cónyuge de quien solicita el cuidado personal de un hijo no común, el derecho a negarse a dicha solicitud; en el artículo 229 el marco regulatorio básico del cuidado personal; en los artículos 230 a 233, los gastos de educación de los hijos; en el artículo 234, el deber de corrección de los padres; en el artículo 236 el deber de educación de los padres; en los artículos 237 a 241, normas sobre el abandono de los hijos y del hijo necesitado en urgencia sobre los alimentos y, por último, pero no por ello menos importante, una norma procesal contenida en el artículo 242, sobre el efecto de cosa juzgada formal de las sentencias definitivas⁵⁹.

El marco legal se encuentra en el Código Civil, en concordancia con una serie de normas relacionadas con los deberes y obligaciones derivados de la filiación. A esto, debe sumarse el artículo 19 n° 10 de la Constitución y en particular el artículo 234 del mismo Código Civil.

1.2.- Cuidado Personal y Patria y Potestad.

⁵⁹ Cfr. ROMERO SEGUEL, Alejandro, *"La cosa juzgada en el proceso civil Chileno, doctrina y jurisprudencia"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 29.

Respecto de la separación de estatutos, Luis Claro Solar explicaba dicha separación, basándose en la distinción que nace del derecho patrimonial, patria potestad y otra institución nace de la naturaleza misma. En este sentido, hace especial hincapié en cuanto a la regulación que se establece patrimonialmente del padre legítimo sobre los bienes del hijo. "Nuestro Código ha tratado en títulos distintos de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos y de la patria potestad. Apartándose profundamente de la tradición romana consagrada por las partidas y de los códigos modernos que le sirven de guía, el legislador chileno quiso establecer de forma precisa la diferencia que existe entre los derechos y obligaciones que emanan de la naturaleza misma y aquellos que sólo tiene su fundamento en la ley civil. Aunque define la patria potestad como el conjunto de derechos que la ley da al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados, no comprende este conjunto, sino aquellos derechos que enumera en el título X y que no otorgaba a la madre y aún a los ascendientes legítimos y otras personas en determinados casos, quedan así fuera de la institución de la patria potestad, tal como nuestro código la concibe y establece".⁶⁰

Las legislaciones española⁶¹, argentina⁶², peruana⁶³, paraguaya⁶⁴ y uruguaya⁶⁵, tratan de forma global las relaciones

⁶⁰ CLARO SOLAR, Luis, "*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado*", De las personas, Tomo Tercero, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 132.

⁶¹ Se encuentra en el Título VII, De las relaciones paterno filiales artículos 154 a 180. Artículo 154 "Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades: 1°. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2°. Representarlos y administrar sus bienes".

jurídicas entre padres e hijos en el concepto de patria potestad⁶⁶. A parte de la chilena, la legislación que mantiene la separación es la colombiana⁶⁷ que, en términos muy similares a la nacional, regula en párrafos distintos la autoridad paterna en relación a los bienes de los hijos y la autoridad paterna en los aspectos personales de los hijos. No obstante lo anterior, ha promulgado un Código del Menor que transcribe los principios emanados de la Convención de Derechos del Niño. Lo propio ha hecho la legislación mejicana⁶⁸.

Según Rodríguez Pinto, existirían a lo menos tres explicaciones al tratamiento separado dado por el Código de Bello⁶⁹: Influencia de García Goyena; la argumentación de Claro Solar; influencias del Código Holandés. De las tres

⁶² Título III, de la sección segunda, Art 254, "La patria potestad es el conjunto de derechos que corresponden 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".

⁶³ Artículo 418 del Código Civil Peruano de 1981. Artículo 418°.- Noción de Patria Potestad. "Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores".

⁶⁴ Artículo 67 del Código del Menor Paraguayo de 1981.

⁶⁵ Libro primero, De las Personas, TITULO VIII, De la Patria Potestad Capítulo I De la Patria Potestad en los Hijos Legítimos, artículo, 252. "La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a los padres en la persona y en los bienes de sus hijos menores de edad. La patria potestad será ejercida en común por los padres, sin perjuicio de las resoluciones judiciales que priven, suspendan o limiten su ejercicio o lo confieran a uno de ellos y de los convenios previstos en el artículo 172. Cuando no se obtenga el acuerdo de los padres, cualquiera de ellos podrá recurrir ante el Juez competente".

⁶⁶ Cfr. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, "El sistema filiativo Chileno", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 131.

⁶⁷ FUEYO LANERI, Fernando, "Derecho Civil", Tomo VI Vol. III "Derecho de Familia", Imprenta y Lito Universo S.A., Valparaíso 1959, p. 346.

⁶⁸ Código Civil para el distrito Federal de México, Título 8°, Capítulo I efectos personales y Capítulo 2° respecto de los bienes.

⁶⁹ Cfr. RODRIGUEZ PINTO, María Sara, "El cuidado personal de los niños y adolescentes", Legalpublishing, Santiago, 2010, p. 10.

argumentaciones dadas, conforme a la autora, parece más cercana a la realidad la señalada por Claro Solar.⁷⁰ Claro Solar explica la separación del tratamiento como consecuencia de la evolución de la patria potestad, de acuerdo a la cual ésta se ha transformado en un instituto protector del hijo⁷¹ y acorde con el reconocimiento de los derechos de la mujer en las decisiones de la familia⁷². Señala que el Código no fue extraño a esta evolución y reguló separadamente las obligaciones entre los padres y los hijos legítimos y de aquellos que constituyen esencialmente la patria potestad. Distinguiendo para ello la patria potestad *stricto sensu* y la patria potestad *lato sensu*, siendo la primera la autoridad paterna, una institución nacida del derecho natural, que hoy conocemos como cuidado personal entendiéndose todos aquellos derechos-deberes personales sobre los hijos "esa autoridad que organiza a la familia y a la cual corresponde la crianza, educación y establecimiento de los hijos, autoridad que más

⁷⁰ RODRIGUEZ PINTO, María Sara, "El cuidado personal de los niños y adolescentes", Legalpublishing, Santiago, 2010, p. 10.

⁷¹ "De los precedentes históricos a que hemos hecho referencia, resulta que el carácter de la patria potestad se ha transformado progresivamente. Se comprueba una tendencia constante a hacer de ella una institución tutelar, protectora del hijo. Nuestro Código no podía ser extraño a esta tendencia, y ha realizado, en parte, la evolución tratando separadamente de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos y de aquellos que constituyen esencialmente la patria potestad. Quiso hacer así una distinción entre la patria potestad, propiamente dicha, aquella que es constituida por los derechos que corresponden al padre legítimo por su calidad de tal únicamente y que solamente él puede ejercitar y esa autoridad que organiza a la familia y a la cual corresponde la crianza, educación y establecimiento de los hijos, autoridad que más que derechos tiene obligaciones para la protección de éstos y es ejercida no sólo por el padre sino por la madre, los ascendientes y aún otras personas". CLARO SOLAR, Luis, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado", De las personas, Tomo Tercero, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 133.

⁷² CLARO SOLAR, Luis, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado", De las personas, Tomo Tercero, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 133.

que derechos tiene obligaciones para la protección de éstos y es ejercida no sólo por el padre sino por la madre, los ascendientes y aún otras personas" y la segunda, la patria potestad propiamente tal, como institución nacida del derecho civil patrimonial tendiente a administrar los bienes del hijo no emancipado. Fueyo⁷³, citando Luis Borja, explica que la separación se debió a la diferencia de titularidad de derechos en uno y otro caso, pues en uno admitió la comunidad de derechos de ambos cónyuges y, en el otro, conforme al Código original, no se concedieron derechos a la madre.⁷⁴ Si bien la argumentación de Claro Solar puede ser correcta, no refleja el pensamiento de la Comisión Revisora⁷⁵, la cual, al incluir el artículo 254-a (233) sobre la facultad de corregir y castigar, estableció la titularidad de la madre en forma subsidiaria al del padre. La argumentación de Borja no explica el porqué del tratamiento separado sino que simplemente analiza que, en un caso la titularidad es conjunta y, en otro caso, la titularidad es exclusiva.

⁷³ FUEYO LANERI, Fernando, *"Derecho Civil"*, Tomo VI, Vol. III, *"Derecho de Familia"*, Imprenta y Lito Universo S.A., Valparaíso, 1959, p. 346.

⁷⁴ Corrección y educación van estrechamente unidas. El artículo 222 original, señalaba que son obligaciones del padre y madre legítimos y naturales, las siguientes: 1º cuidar de consuno, los padres legítimos, de la crianza y educación de los hijos: a falta del uno recae exclusivamente la obligación en el otro. Habiendo divorcio, o si los hijos son naturales, cuida la madre personalmente de las hijas de cualquier edad y de los hijos menores de cinco años; y el padre de los demás. Sin embargo, los derechos sobre la persona de los hijos no eran establecidos en comunidad como señala Fueyo sino de forma subsidiaria, José Clemente Fabres, quien es uno de los primeros en elaborar texto explicativo sobre el Código Civil, señala: "Estos derechos corresponden en primer lugar al padre, y en subsidio a la madre, o a la persona que tuviere el cuidado personal del hijo". FABRES EGAÑA, José Clemente, *"Instituciones de Derecho Civil Chileno"*, Imprenta del Universo, Valparaíso, 1863, n° 72, p. 47.

A nuestro entender, la reglamentación separada obedece a que las instituciones, que ahora tratamos como patria potestad y cuidado personal o autoridad paterna, eran completamente distintas, no solamente en su contenido sino que también en cuanto a su titularidad: una referida a la dirección, educación y corrección⁷⁶ y, otra, a la administración de los bienes del hijo (nótese que no se habla de crianza). Sería dable llegar a pensar que el castigo, dirección o corrección que, en principio, debe ser impuesto por el padre, podía ser ejecutado por la madre⁷⁷, ya que la institución requería de aplicación cuando el padre no se encontrase presente por un breve tiempo. Pero jamás la mujer podía administrar los bienes del hijo, ya que ésta (siempre mujer-con-hijos-casada y casada

⁷⁶ El contenido de lo que hoy se llama cuidado personal, en el código original, se sistematizaba como obligaciones y derechos de los padres legítimos sobre la persona de los hijos, los derechos eran: 1º castigo moderado 2º detención en un establecimiento correccional por un mes; pero si el hijo tiene diez y seis años, debe calificar los motivos, y pudiendo el padre hacerlo cesar a su arbitrio 3º facultad de elegir el estado o profesión futura del hijo y dirigir su educación; pero no se le puede obligar a casarse, y a la edad de veintiún años el hijo puede elegir a su arbitrio una carrera honesta. Si la persona a cuyo cuidado se ha confiado el hijo no fuere su tutor o curador necesitará del consentimiento de éste para usar esta facultad.- Los padres pierden estos derechos si por su mala conducta se ha separado a los hijos de su lado, o si los hubieren abandonado. La obligación era cuidar de consuno, los padres legítimos de la crianza y educación de los hijos, Entonces, para poder cumplir con la obligación de cuidar de consuno, el padre tiene el derecho de castigar moderadamente. Cfr. FABRES EGAÑA, José Clemente, "*Instituciones de Derecho Civil Chileno*", Imprenta del Universo, Valparaíso, 1863, n° 72, p. 47. Entonces, como la obligación de cuidar era de consuno y el derecho de corregir y a elegir estaba prioritariamente radicada en el padre, no se puede hablar que las potestades en la persona de los hijos fueran de consuno, sino en definitiva, recaían en el padre.

⁷⁷ Los derechos se sistematizaban en dos grupos correccionales y directivos, dentro de los signados en los correccionales los números uno y dos de la nota anterior, y los directivos el derecho de elegir el estado o profesión futura del hijo y el de dirigir su educación. Cfr. CHACÓN, Jacinto, "*Esposición Razonada i Estudio Comparativo del Código Civil Chileno*", Tomo I, 3ª Edición, Imprenta Nacional, Santiago, 1890, p. 232.

en sociedad conyugal) era incapaz de administrar, incluso, sus propios bienes⁷⁸, salvo la administración extraordinaria de la sociedad conyugal⁷⁹.

Así, entonces, no podría haberse tratado de forma unívoca el cuidado de los hijos y la administración de sus bienes, bajo la posibilidad de que lo ejerciese la madre⁸⁰, confiriéndoles derechos a las mujeres; por esto, y a fin de evitar confusión alguna, se escinden los estatutos.

⁷⁸ Cfr. TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, "Código Civil 1855-2005 Evolución y perspectivas", n° 69, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 120; Cfr. TOMASELLO HART, Leslie, "Síntesis de las Principales Modificaciones Introducidas por la ley 18.802, de 9 de Junio de 1989", en "Familia y Personas", Coordinador Enrique Barros, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Ed., 1991. Gonzalo Figueroa, crítico de la ley, señala que no hay eliminación de la incapacidad sino que la mantiene con otro nombre. Cfr. FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, "EL Patrimonio", n° 188, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, Santiago, 1997, p. 375.

⁷⁹ Cfr. RAMOS PAZOS, René, "Derecho de Familia", Editorial jurídica de Chile, 2005, p. 229.

⁸⁰ Esta idea es reflejada por Jacinto Chacón, quien argumentaba claramente el porque de la separación de las instituciones en comento: "A diferencia, pues, del derecho antiguo, el moderno limita la autoridad paterna a la menor edad de los hijos, bien que, aun emancipados, quedan con la obligación de respetar i socorrer a los autores de sus días; confiere esa autoridad al padre i a la madre, bien que toca su ejercicio al padre durante el matrimonio, i a la madre a falta del padre. Cuídese, sin embargo, de no confundir esa autoridad, procedente del derecho natural, que es conjunto de facultades directivas i correccionales dadas al padre i a la madre sobre la persona del hijo, con la patria potestad, procedente del derecho civil, que es el conjunto de derechos concedidos exclusivamente al padre para la administración i goce de los bienes del hijo. Nuestro Código ha cuidado de hacer esta distinción, i ha tratado en un título de la autoridad paterna, i en otro de la patria potestad". CHACÓN, Jacinto, "Esposición Razonada i Estudio Comparativo del Código Civil Chileno", Tomo I, 3ª Edición, Imprenta Nacional, Santiago, 1890, p. 231; "La filosofía clásica ha afirmado que el derecho prioritario de los padres emana de la naturaleza misma del ser humano: "es también de derecho natural- escribe Santo Tomás de Aquino- que el hijo, antes de tener uso de razón, esté bajo la protección de sus padres". CORRAL TALCIANI, Hernán, "Familia y Derecho", Colección Jurídica Universidad de los Andes, Santiago, 1994, p. 209.

Pero, analizando más profundamente la reglamentación, la distinción, a nuestro entender, es posible gracias a la naturaleza ecléctica e influencia ius naturalista en el Código de Bello, por el cual, la administración de los bienes necesitaba un tratamiento independiente ya que la administración patrimonial provenía del Derecho Civil, y la crianza y educación de los hijos nacía del Derecho Natural.⁸¹⁻⁸²

El tratamiento segregado del cuidado personal y la patria potestad ha llevado a que esta última sea un elemento

⁸¹ "La ideología de Bello no se enmarcaba en una corriente de pensamiento estricta, podría ser un ius naturalista, luego un utilitario Banthamista o un historicista seguidor de Savigny". Así no es de extrañar que bajo este aspecto haya seguido al iusnaturalismo considerando que las facultades de corrección y dirección devienen del derecho natural y las de administración del derecho positivo". Cfr. DE AVILA MARTEL, Alamiro, "*La filosofía Jurídica de Andrés Bello*", en Congreso Internacional "Andrés Bello y el Derecho", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, pp. 41-62. No obstante lo anteriormente señalado, el artículo 233, que otorgaba la facultad de corrección y castigo moderado, fue incluido por la comisión revisora, a fin de consagrar los derechos de la autoridad paterna de forma explícita. "Este artículo no existía en el proyecto de 1853. Fue introducido en la comisión revisora que lo tomó del inciso primero del artículo 147 del proyecto de código español concordado por García Goyena modificándolo en parte, y los demás incisos, de las reglas establecidas por los artículos 376 a 379 del Código Francés". CLARO SOLAR, Luis, "*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado*", De las personas, Tomo Tercero, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, n° 1515, p. 194.

⁸² En contra de esta opinión, Luis Borja en "*Estudios sobre el código civil chileno*" t. iv. n° 134, citado por Claro Solar "Bello no procedió con su acostumbrado eclecticismo al tratar capítulos separados ya de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos, ya de la patria potestad, y atribuye esta separación a que no se concedió a la madre la patria potestad. CLARO SOLAR, Luis, "*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado*", De las personas, Tomo Tercero, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 133.

accesorio de la primera y no como sucede, como decíamos, en la mayoría del derecho comparado⁸³.

En la mayoría de las legislaciones europeas, como analizaremos más adelante⁸⁴, ambas instituciones se encuentran reunidas en el deber de protección integral de los niños que se encuentra consagrado constitucionalmente. Al elevarse a consagración supralegal el deber de cuidado, se entiende que el deber de cuidado no deriva ni siquiera de la patria potestad sino que es un hecho de la naturaleza⁸⁵ derivado de la filiación⁸⁶, y con ello, la necesidad de ajustarse a los

⁸³ "La mayoría de los ordenamientos positivos consignan ambas materias de forma conjunta o refundida. Para citar algunos ejemplos que tal ocurre con el Nuevo Código Civil Italiano de 1942 (art 315 y stgs.) en el Código Peruano de 1852 art (390 y stgs.) en el Código Español de 1889, arts. 154 y stgs.) en el Código uruguayo de 1868 arts. 252 y stgs.). En escasos códigos, como ya señalamos, especialmente si se orientaron como el nuestro al que tuvieron como modelo, encontramos la sistematización de manera separadas. Entre ellos vale citar al código Colombiano (arts. 250 y stgs y 288 y stgs". FUEYO LANERI, Fernando, "*Derecho Civil*", Tomo VI, Vol. III, "*Derecho de Familia*", Imprenta y Lito Universo S.A. Valparaíso 1959, p. 346. A la fecha el Código Colombiano mantiene el tratamiento separado.

⁸⁴ Ver número 2.3

⁸⁵ FUEYO LANERI, Fernando, "*Derecho Civil*", Tomo VI, Vol. III "*Derecho de Familia*", Imprenta y Lito Universo S.A. Valparaíso 1959, p. 346.

⁸⁶ "La actual regulación sobre los menores en el ámbito civil tienen como punto de partida el texto constitucional, en concreto el art. 39.2, 3 y 4. De ellos se desprende que el deber de los poderes públicos por asegurar la protección integral de los hijos. Junto a éste se prevé también el deber de los padres de prestar asistencia a los hijos mientras sean menores, e incluso después en los casos que legalmente proceda. De ahí deriva precisamente lo previsto en el artículo 110 del Código Civil según el padre y madre como obligación derivada del hecho de la filiación deben velar por los hijos menores y prestarles alimentos. Con ello se dispone que el deber de los progenitores no depende de la atribución de la patria potestad y de su ejercicio, sino del hecho de la filiación". CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, "*Guarda y Custodia de los hijos menores. Las crisis matrimoniales y parejas de hecho*", Editorial La Ley, Madrid, 2007, p. 340.

principios organizativos de toda sociedad, por tanto, se entiende y justifica la necesidad de adecuación de la norma nacional, ya que no se puede sancionar al padre no custodio con la pérdida de facultades esenciales del desarrollo de la paternidad, ya que se concluye que dichas facultades no derivan de la patria potestad, sino que del hecho de la filiación.

La desvinculación de ambas instituciones y la comprensión de la patria potestad como una institución de carácter absolutamente patrimonial, deviene de una concepción estereotipada⁸⁷ de los roles familiares⁸⁸, justificables a la época de redacción del Código de Bello⁸⁹, que incluso

⁸⁷ Se debe recordar que el avenimiento de la sociedad moderna trajo consigo la separación de las funciones familiares, y que el trabajo ya no se encontraría en el hogar sino que habría de salir a buscarlo fuera del hogar. Cfr. MIZRAHI, Mauricio, *"Familia, matrimonio y divorcio"*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 61.

⁸⁸ Paulina Veloso refiere al respecto "La concepción decimonónica partía del supuesto estereotipado que el hombre es, en general, más apto naturalmente para el manejo económico, y por ello, entonces le corresponde naturalmente la administración de los bienes del hijo" VELOSO VALENZUELA, Paulina, *"Principios fundamentales que inspiran el nuevo estatuto de filiación"*, en "El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil Chileno", Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 1999, p. 26.

⁸⁹ Somarriva califica la separación de "original" y Chacón de completamente justificable, dando a entender que en esto el código de bello "sobrepaja, en método i filosofía al francés que no establece expresamente esta distinción" Chacón cita inmediatamente a Aubry et Rau quienes comentando a Zacharie dicen a éste propósito "La distinción establecida en el texto entre la patria potestad sensu LATU i la patria potestad sensu stricto, está claramente indicada por los artículos 371 i 372 (Code) La patria potestad sensu stricto esta especialmente designada en el artículo 372, bajo la expresión de autoridad" Zacharie tomo 4º parágrafo 459, p., 602. CHACÓN, Jacinto, *"Esposición Razonada i Estudio Comparativo del Código Civil Chileno"*, Tomo I, 3ª Edición, Imprenta Nacional, 1890, p. 231. Por su parte Claro Solar señala: "Nuestro Código dio pues un paso avanzado en la evolución histórica de la patria potestad primitiva y era, por lo mismo sensible que respecto de los derechos que otorga al padre sobre los bienes del hijo mantuviera los

constituían un avance en el reconocimiento de la protección de los menores y de igualdad de la mujer⁹⁰ pero que, en la actualidad y desde hace un buen tiempo⁹¹, no reflejan las necesidades de la sociedad, acarreadas con el avènement de la posmodernidad y la globalización⁹², por tanto ni de las familias observadas nuclearmente, ni del actual Derecho de la Infancia⁹³.

Conforme al ordenamiento actual, una vez producida la ruptura, se radican, en principio en la madre, ambas potestades, lo que no sucedía con anterioridad al rompimiento

principios del derecho romano que habían informado la legislación de las partidas, haciendo de ellos una prerrogativa del padre legítimo y negándolos en absoluto y con injusticia a la madre" CLARO SOLAR, Luis, "*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado*", De las personas, Tomo Tercero, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 133. Por su parte Fueyo señala "la separación de ambas relaciones en su tratamiento está bien pensada, sólo en cuanto distingue dos tipos de relaciones, bien diferenciadas en su estructura y naturaleza. La misma razón condujo al distingo de las relaciones. FUEYO LANERI, Fernando, "*Derecho Civil*", Tomo VI, Vol. III "Derecho de Familia", Imprenta y Lito Universo S.A., Valparaíso, 1959.

⁹⁰ En una primerísima etapa contemporánea, a mediados del siglo XIX, la reivindicación nace desde las madres casadas en relación a las madres solteras. Éstas últimas, de menor calificación social, tenían mejores derechos que las primeras, siendo entonces una reivindicación de clases, pero en sentido inverso.

⁹¹ "En el inicio del siglo XXI, la estructura familiar tradicional al servicio del *pater familias* ha sido totalmente superada por un modelo en el que las decisiones no giran en torno al beneficio paterno, sino que están orientadas hacia el bien del niño". Cfr. DE TORRES PEREA, José Manuel, "*Interés del Menor y derecho de Familia, una perspectiva multidisciplinar*", Iustel, 2009, p. 104.

⁹² Cfr. MIZRAHI, Mauricio Luis, "*Familia, matrimonio y divorcio*", Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, p.62.

⁹³ Como señala Barcia: "De este modo (refiriéndose a la autoridad patenal) debe estar alejada de consideraciones netamente patrimoniales y también del cuidado personal que atiende a lo cotidiano, por cuanto el contenido de la autoridad parental está integrado por el desarrollo, promoción y protección de los derechos de la personalidad del niño". BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "*Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia*", Editorial Thomson Reuters Puntotext, Santiago, 2011, p. 469.

de la pareja cuando las decisiones sobre los hijos eran adoptadas de forma conjunta por los padres; cuestión que no significa que siempre deban estar de acuerdo, sino que la titularidad se encuentra radicada en ambos; razón por la cual, no se requerirá de la intervención en forma conjunta cada vez que se deba adoptar alguna decisión de trascendencia, sino que, el padre que no esté de acuerdo con la decisión adoptada podrá ejercer un veto que solamente podría ser reclamable judicialmente⁹⁴, solución que se da, por ejemplo, en la legislación brasileña⁹⁵.

Después de la separación, las decisiones trascendentales en la vida de los niños son adoptadas de forma exclusiva y excluyente por uno de los padres, a saber educación, religión, lugar de residencia, administración de sus bienes y representación legal. Se produce, entonces, un nuevo conflicto entre los progenitores donde uno queda excluido de las decisiones sobre sus hijos, reitero, por el sólo hecho de

⁹⁴ Edmundo Fuchslocher, comentando el artículo 222 del Código Civil, que señalaba "Toca de consuno a los padres o al padre o madre sobreviviente el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos legítimos", expresaba: "Si analizamos esta disposición, veremos que es difícil, sino imposible que el cuidado personal y la crianza de los hijos se realicen de consuno, ya que este deber impuesto a los padres no se realiza en un solo acto, sino que en una sucesión de ellos: Lo que el legislador quiso expresar fue que el cuidado personal de los hijos legítimos no incumbe de forma imperativa ni al padre ni a la madre, sino a ambos indistintamente. Es decir, ambos padres lo ejercen a igual título, pero si fallece uno de ellos le corresponde al otro su totalidad. Pero puede resultar que el padre o la madre de soluciones contrarias ¿Cuál de ellos debe hacer primar su voluntad? Nada ha dicho la ley al respecto. La Jurisprudencia que sepamos tampoco a dado la solución, aunque basándonos en el espíritu general de la legislación de menores, podemos afirmar que este conflicto debe ser resuelto por el juez de menores". FUCHSLOCHER PETERSEN, Edmundo, *"Derecho de Menores, de la tuición"*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Santiago, 1983, p. 29.

⁹⁵ Artículo 1631 del Código Brasileño.

vivir los padres separados. El padre, excluido de las decisiones, se frustra en su rol parental, y quien las debe tomar tiene la carga exclusiva de la decisión; la alternativa de este último solamente se encuentra en poder entregar, por su propia voluntad, el cuidado personal al otro progenitor, cuestión de difícilísima aplicación ya que, en la mayoría de los casos, quien detenta el cuidado personal, y por ende la patria potestad, no se desprenderá de dicha condición, ya que además, como señalaba, se acarrearán efectos de carácter patrimonial, alimentos y bien familiar, que pueden determinar que la decisión no se base exclusivamente en el interés superior del niño.

Sin embargo, no es solamente el tratamiento separado sobre el cuidado personal y patria potestad lo que lleva a confusión sobre el contenido y alcance entre ambas instituciones, sino también el hecho de que las reiteradas reformas al Derecho de familia, no han sido realizadas orgánicamente⁹⁶, lo cual ha producido un desorden en la aplicación e interpretación del cuidado personal, patria potestad y la titularidad y ejercicio de ellas, como también,

⁹⁶ La Ley 19585, que tuvo como principal enfoque la igualdad entre los hijos, no consideró correctamente la modificación de la separación de ambos estatutos, aún cuando, como veíamos, el proyecto de ley si lo establecía. Cfr. BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *"Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia"*, Editorial Thomson Reuters Puntotext, Santiago, 2011, p. 469.

la no incorporación orgánica al texto legal⁹⁷, de los principios contenidos en tratados internacionales⁹⁸.

En el Código Civil el problema nace desde muy antiguo, con la supresión necesaria de articulados que atentaban contra la integridad, dignidad y voluntad de los hijos, derogándose los artículos originales del 233 y 234. "El Código primitivo, en los artículos 233 y 234 -influidos por los artículos 375 y 376 del Código Francés, pues son su traducción literal-reglamentaba estos derechos, entre los que se contaba la exorbitante facultad de los padres (del padre) de llegar a imponer la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional al hijo menor de 16 años"⁹⁹. En estos artículos, se establecían los derechos o facultades de los padres para con los hijos y como contrapartida o correlativo a éstos derechos o facultades, se imponían las obligaciones que eran la crianza y educación¹⁰⁰; es decir, al establecer "cargas" como control, vigilancia, crianza y educación, el ordenamiento jurídico le daba las "herramientas" para cumplir con ellas, corrección, detención, castigo y elección de un establecimiento educacional. Así entonces, al

⁹⁷ Algunos autores consideran que no es necesario modificar los textos legales, sino que la interpretación armónica de los principios constitucionales podría dar paso a una nueva forma de analizar el Derecho de la Infancia, Cfr. BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *"Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia"*, Editorial Thomson Reuters Puntotex, Santiago, 2011, p. 469.

⁹⁸ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002 DE 28 DE AGOSTO DE 2002, solicitada por la comisión interamericana de derechos humanos Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

⁹⁹ SOMMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *"Evolución del Código Civil Chileno"*, Editorial Temis, Bogota, Colombia, 1984, p. 84.

¹⁰⁰ Como contrapunto natural para educar y criar, se considera que el castigo es la herramienta natural para lograr dichos fines. EL castigo, sin embargo, ha evolucionado a formas acordes a la dignidad humana, coma la comprensión y el afecto, que han demostrado ser más adecuadas para el cumplimiento del fin de educar.

derogar los derechos o facultades (salvo el derecho a castigar moderadamente), se conjugaron o comprimieron las obligaciones del deber de crianza y educación con el correspondiente derecho o facultad, quedando entonces un derecho o facultad sobre la crianza y educación, derecho que confunde al titular con la facultad de elegir sobre la forma de crianza y el tipo de educación, que estaba expresamente consagrada.¹⁰¹ Por ello, se le denomina derecho-deber, derecho-función¹⁰², siendo un deber u obligación ejercida a favor de un tercero en relación a sus necesidades, esto es, la elección de la forma de educación y, por ello, tradicionalmente, la forma de castigo. Más claramente es expresado por un autor español, quien señala "Precisamente como consecuencia de la facultad que tiene todo padre de educar a sus hijos, tradicionalmente se ha entendido que le corresponde también corregirlo mediante castigos físicos, por ser éstos inherentes a la aplicación de técnicas educativas sobre menores"¹⁰³.

Con lo anterior, se quiere señalar que la patria potestad, en los términos concebidos bajo nuestra tradición jurídica, no es el complemento del cuidado personal, sino que la derogación o exclusión de aspectos esenciales para el

¹⁰¹ FABRES EGAÑA, José Clemente, *"Instituciones de Derecho Civil Chileno"*, Imprenta del Universo, 1863 n° 72, p. 47.

¹⁰² Cfr. FUEYO LANERI, Fernando, *"Derecho Civil"*, Tomo VI Vol. III "Derecho de Familia", Imprenta y Lito Universo S.A., Valparaíso, 1959, p. 345; CLARO SOLAR, Luis, *"Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado"*, De las personas, Tomo Tercero, Editorial Jurídica de Chile, 1992; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *"Derecho de Familia"*, Editorial Nacimiento, Santiago, 1946, p. 392; FABRES EGAÑA, José Clemente, *"Instituciones de Derecho Civil Chileno"*, Imprenta del Universo, Valparaíso, 1863 n° 72, p. 47; CHACÓN, Jacinto, *"Exposición Razonada i Estudio Comparativo del Código Civil Chileno"*, Tomo I, 3ª Edición, Imprenta Nacional, Santiago, 1890, p. 231.

¹⁰³ DE TORRES PEREA, José Manuel, *"Interés del Menor y derecho de Familia, una perspectiva multidisciplinar"*, Iustel, 2009, p. 104.

cumplimiento de las obligaciones de corrección, crianza y educación¹⁰⁴ ha generado la interpretación de que dichos aspectos pueden hallarse en el concepto amplio de patria potestad, elementos que si se ubican en la mayoría del Derecho comparado¹⁰⁵, pero no en el caso chileno. Como ya señalábamos, en casi la totalidad del Derecho comparado, salvo contados casos como el Código Colombiano, Tributario del Chileno, el cuidado personal se denomina aspectos personales¹⁰⁶ de la patria potestad o derechos-deberes de los padres sobre la persona de los hijos, o derechos y obligaciones de los padres sobre la persona del hijo. De esta forma, se considera la patria potestad, autoridad parental o de los padres, como una

¹⁰⁴ Debo, sin duda, aclarar mi disconformidad con la forma de cumplimiento de las obligaciones de criar y educar establecidas en el código original (ver notas 5 y 6). Lo que se quiere expresar es la falta de elementos que indiquen a los titulares del cuidado personal, cómo cumplir con la obligación de crianza y educación ha devenido en considerar que estos elementos se encuentran en el concepto amplio de patria y potestad. En parte, esto se cumple con la incorporación del artículo 222 del Código Civil, sin embargo, no se indica como se debe cumplir la obligación genérica de crianza y educación. En definitiva, cuales son los elementos que deben utilizar los titulares del cuidado personal.

¹⁰⁵ Como señala Milagros García Pastor: "El resultado que se pretende obtener en otros ordenamientos, mediante el instrumento de la guarda conjunta se consigue en el nuestro mediante la concesión del ejercicio conjunto de la patria potestad, confiriéndoles de esa forma la responsabilidad global del hijo a ambos progenitores, aunque conviva habitualmente con uno de ellos". Cfr. GARCIA PASTOR, Milagros, *"La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales"*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, p. 100.

¹⁰⁶ Desde un principio en la doctrina chilena, el cuidado personal era tratado como "autoridad paterna". Cfr. FUEYO LANERI, Fernando, *"Derecho Civil"*, Tomo VI, Vol. III, "Derecho de Familia", Imprenta y Lito Universo S.A., Valparaíso, 1959, p. 345; CLARO SOLAR, Luis, *"Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado"*, De las personas, Tomo Tercero, Editorial Jurídica de Chile, 1992; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *"Derecho de Familia"*, Editorial Nacimiento, Santiago, 1946, p. 392; FABRES EGAÑA, José Clemente, *"Instituciones de Derecho Civil Chileno"* Imprenta del Universo, Santiago, 1863, n° 72, p. 47; CHACÓN, Jacinto, *"Esposición Razonada i Estudio Comparativo del Código Civil Chileno"*, Tomo I, 3ª Edición, Imprenta Nacional, 1890, p. 231.

unidad orgánica, con una estructura completamente distinta a la nacional, con diferencias entre la titularidad y el ejercicio, la suspensión y la privación, en definitiva, con lineamientos claros en cuanto a que las decisiones trascendentales sobre la vida de los hijos no pueden ser adoptadas en exclusiva por uno de los padres, salvo casos excepcionales y de gravedad, ya que se entiende un concepto restringido de cuidado personal. Asimismo, puede observarse que el concepto de patria potestad¹⁰⁷, ha evolucionado para identificarse con el concepto de autoridad parental¹⁰⁸, ya que los elementos patrimoniales¹⁰⁹ se han ido dejando en desuso, siendo más trascendentales los inmateriales como la crianza y educación¹¹⁰.

¹⁰⁷ Cfr. FUEYO LANERI, Fernando, "Derecho Civil", Tomo VI, Vol. III "Derecho de Familia", Imprenta y Lito Universo S.A., Valparaíso, 1959, p. 345; CLARO SOLAR, Luis, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado", De las personas, Tomo Tercero, Editorial Jurídica de Chile, 1992; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, "Derecho de Familia", Editorial Nacimiento, Santiago, 1946, p. 392; FABRES EGAÑA, José Clemente, "Instituciones de Derecho Civil Chileno", Imprenta del Universo, Santiago, 1863, n° 72, p. 47; CHACÓN, Jacinto, "Esposición Razonada i Estudio Comparativo del Código Civil Chileno", Tomo I, 3ª Edición, Imprenta Nacional, 1890, p. 231.

¹⁰⁸ Cfr. BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia", Editorial Thomson Reuters Puntotex, Santiago, 2011, p. 468.

¹⁰⁹ La administración de los bienes del hijo se hacía necesaria, ya que éste heredaba de los abuelos u otros parientes, dineros o bienes que el padre debía administrar, con la carga implícita de propender a la educación del causahabiente. En la actualidad esto sucede en mucho menor medida y por tanto no tiene prácticamente aplicación. Muy usual es el establecimiento del legado con carga en el testamento, que podría dirigirse tanto al padre como al hijo, en uso de la cuarta de libre disposición o la cuarta de mejoras de la herencia. Cfr. DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Derecho Sucesorio", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

¹¹⁰ DIAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M^a Dolores, "La Patria Potestad", en "Protección Jurídica del Menor", VVAA, Editorial Colex, Madrid, 2009, pp. 61-72.

Existe entonces una regulación dual del Cuidado Personal y la Patria potestad en nuestro ordenamiento jurídico, ello obedece a razones históricas que ya no se condicen con el estado actual del desarrollo del Derecho de la Infancia. Dicha regulación dual, a más de la falta de reconocimiento de los tratados internacionales sobre la materia, ha traído consigo que se interprete que el ejercicio del cuidado personal, una vez separados los padres, queda radicado en exclusiva en uno de ellos, sin que el otro tenga injerencia en las decisiones sobre los hijos comunes.

1.3.- Definición y contenido tradicional de Cuidado Personal.

Tradicionalmente, se ha entendido por cuidado personal, aquel "derecho de los padres a tener a sus hijos en su compañía"¹¹¹, "proporcionándoles residencia, alimento y educación"¹¹²; o como "aquel derecho que otorga el legislador al padre, a la madre, a otros ascendientes o colaterales, y aún a quienes no le liga parentesco alguno, de un menor de edad que requiere cuidado y protección de determinada persona o personas idóneas"¹¹³. En su forma más restringida, el cuidado personal se identificaría con la guarda o tenencia, siendo un derecho de los padres para elegir el lugar de residencia¹¹⁴.

¹¹¹ SCHMIDT HOTT, Claudia; VELOSO VALENZUELA, Paulina, *"La filiación en el nuevo derecho de familia"*, Editorial ConoSur, Santiago, 2001, p. 273.

¹¹² GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *"El sistema filiativo Chileno"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p.135.

¹¹³ FUCHSLOCHER PETERSSEN, Edmundo, *"Derecho de Menores, de la tuición"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1983, p. 24.

¹¹⁴ "Es un derecho necesario para los fines de la autoridad paterna. Mal podrían los padres cumplir con el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos, si no se les reconociera poder para con ellos los contactos materiales que se requieren. Por eso es que los

De más antiguo, se entendía que el cuidado personal "autoridad paterna"¹¹⁵ correspondía a "aquellos derechos y obligaciones que tiene el padre respecto a la persona del hijo; son derechos meramente familiares en los cuales para nada interviene el dinero"¹¹⁶.

El contenido del cuidado personal es deducido del artículo 224 del Código Civil y la facultad o titularidad del mismo artículo 224 y del artículo 225. Cuidado Personal¹¹⁷, crianza y educación se utilizan como sinónimos¹¹⁸ entendiendo

padres fijan el lugar de residencia de sus hijos menores. Esta residencia es generalmente la misma de los padres. Es el derecho de tenencia o guarda". FUEYO LANERI, Fernando, "Derecho Civil", Tomo VI, Vol. III "Derecho de Familia", Imprenta y Lito Universo S.A., Valparaíso, 1959, p. 359.

¹¹⁵ Cfr. FUEYO LANERI, Fernando, "Derecho Civil", Tomo VI Vol. III "Derecho de Familia", Imprenta y Lito Universo S.A., Valparaíso, 1959, p. 345; CLARO SOLAR, Luis, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado", De las personas, Tomo Tercero, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, "Derecho de Familia", Editorial Nacimiento, Santiago, 1946, n° 472, p. 392; FABRES EGAÑA, José Clemente, "Instituciones de Derecho Civil Chileno", Imprenta del Universo, Valparaíso, 1863, n° 72, p. 47; CHACÓN, Jacinto, "Esposición Razonada i Estudio Comparativo del Código Civil Chileno", Tomo I, 3ª Edición, Imprenta Nacional, Santiago, 1890, p. 231.

¹¹⁶ Somarriva señala al respecto: "Estos derechos y obligaciones, como ya lo hicimos presente, son derechos naturales que existen por encima de toda legislación; y si el legislador los establece, no es sino para reconocer su existencia y realzar su importancia". SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, "Derecho de Familia", Editorial Nacimiento, Santiago, 1946, n° 472, p. 392.

¹¹⁷ El código y la ley de menores utilizan indistintamente el término de tuición "Hay que señalar que la ley de menores llama tuición al cuidado personal del hijo. De ahí que en la doctrina y en algunas sentencias se utilice indistintamente el término tuición y cuidado personal. Este último término lo establecen tanto el código Civil como la Nueva ley de Matrimonio Civil" Cfr. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, "El sistema filiativo Chileno", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 135.

¹¹⁸ El artículo 42 de la ley 16618 n° 3 hace sinónimos los términos.

así que el cuidado personal trata sobre la crianza y educación de los hijos¹¹⁹.

Sin embargo, debe hacerse la aclaración de que la crianza se realiza en los primeros años de vida, vinculándose con los elementos básicos de cuidado del niño, y la educación, en una segunda etapa formativa, tradicionalmente vinculada con la formación o especialidad en que se desarrollará en niño.

Tenemos entonces, una concepción de cuidado personal basada en la tenencia física del niño, considerada así de forma restringida¹²⁰. La que con el tiempo ha evolucionado a la crianza y educación englobando aspectos personales propios del ejercicio parental, por el cual un padre no puede quedar excluido.

1.4. Crítica a la concepción tradicional.

Sobre la base de lo expuesto precedentemente parte de la doctrina¹²¹ critica la concepción tradicional acuñada en el moderno derecho chileno, por centrarse en la crianza y educación, ya que la institución del cuidado personal debería

¹¹⁹ Claro Solar, sistematizaba los derechos que a su vez son obligaciones en cuatro 1º El cuidado y crianza del hijo; 2º El cuidado y Dirección de la educación del hijo; 3º La elección del estado o profesión futura del hijo, o sea su establecimiento; y 4º La facultad de corregir y castigar al hijo". Cfr. CLARO SOLAR, Luis, "*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado*", De las personas, Tomo Tercero, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 165.

¹²⁰ Nuestra Jurisprudencia también entiende que se radican en forma exclusiva en un solo progenitor las facultades del cuidado personal "5) al padre del niño le corresponde la crianza, cuidado y protección, dirigir su educación, formación integral en el día a día en el plano doméstico, su control y vigilancia" Corte Suprema, 7 de Junio de 2012, Causa Rol 1057-2012.

¹²¹ Cfr. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "*Cuidado personal de los hijos*", Editorial PuntoLex, Santiago, 2005, p. 6.

comprender también todo aquello necesario para el desarrollo espiritual y material del hijo, armonizando el contenido del cuidado personal con el artículo 222 del Código Civil, desarrollando un concepto amplio de cuidado personal.

Asimismo, se critica que no es exclusivamente "un derecho" que asistiría a los padres, sino un derecho-función o derecho-deber destacando que su ejercicio no es realizado en un interés propio sino en un interés ajeno, en este caso de los hijos.

La distinción entre "derecho" o "derecho-función", "derecho-deber" y otras como "facultad" o "potestad" fija la relación jurídica existente entre los titulares del cuidado personal y los sujetos por los cuales se ejerce. Concebir el cuidado personal como exclusivamente un derecho de los padres a tener a sus hijos en su compañía¹²² hace pensar, en principio, que se está cosificando al niño como un objeto de derechos¹²³, en el caso, los derechos del padre a ejercer el cuidado personal, a ser titular del cuidado personal y no como se pretende con el cambio terminológico de tuición al de cuidado personal, el cual protege al niño como sujeto de

¹²² La Convención Internacional de La Haya, sobre aspectos civiles del Secuestro Internacional de menores, define al "derecho de custodia" como el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia. Centrando la funcionalidad del derecho en la titularidad.

¹²³ En el Segundo Encuentro de Derecho de Familia en el Mercosur y países asociados, realizados en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 24 y 25 de agosto de 2006, se precisó la necesidad de modificar cierta terminología: "1. Cuestiones terminológicas: reemplazar la expresión "patria potestad" por "responsabilidad parental". Tenencia o custodia de los hijos por "cuidado personal de los hijos" o "convivencia con los hijos". La expresión "visitas" por "comunicación con los hijos".

derechos¹²⁴. La institución del cuidado personal, la crianza y educación es ejercida a favor del niño considerando su interés superior, por lo que concebirlo como "derecho" en términos puros conlleva a una grave confusión sobre los elementos de las relaciones jurídicas.

La crítica a la definición tradicional consiste en no considerar el cuidado personal como una institución global, como asimismo enfocarla como un derecho a la titularidad del ejercicio y no al contenido de dicho ejercicio o la persona por la cual se ejercen que son los hijos.

1.5. Relaciones jurídicas entre padres e hijos¹²⁵.

¿Cuáles son los derechos involucrados en la relación jurídica progenitor-hijo?¹²⁶ No puede consistir en un simple

¹²⁴ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR clarifica al respecto: "Debemos comenzar negando una afirmación que con tanta frecuencia se suele hacer en pos de la defensa de los derechos de los niños. Según esta afirmación el niño venía siendo considerado por los ordenamientos jurídicos no como un sujeto, sino como un objeto. Una afirmación semejante constituiría un eficaz punto de partida "retórico" para defender los derechos del niño si no fuese por que es sencillamente falsa. Hasta la Codificación era corriente distinguir una cierta evolución desde la infancia hasta la edad adulta, pasando por la pubertad y la juventud, con distintos efectos jurídicos. Fue la codificación, con su método racionalista, la que sustituyó aquel esquema gradual por uno más simple: mayor de edad y menor de edad. La mayor edad era equivalente a plena capacidad jurídica y de obrar; la menor edad era, con alguna excepción puntual para algún acto jurídico determinado, una incapacidad general de obrar. Pero mayor y menor eran sujetos de derechos, eran personas físicas desde el momento del nacimiento, y esto desautoriza la pretensión de que el niño era jurídicamente tratado como un objeto. Cfr. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio L, "EL niño y los derechos humanos", en "Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas", VVAA, CAMPOY CERVERA, Ignacio Coordinador, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 17-35.

¹²⁵ CAMPOY CERVERA, Ignacio, "Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas", VVAA, CAMPOY CERVERA, Ignacio Coordinador, Dykinson, Madrid, 2007, p. 41

derecho¹²⁷ del padre o madre, ya que llegaría a pensarse que bien podría no ejercerlo y con ello no acarrear ninguna consecuencia¹²⁸. Sin embargo, su no ejercicio o su ejercicio de forma torcida en lo que a educación y crianza se refiere, trae sanciones, como la privación del cuidado personal¹²⁹ señalada en el artículo 225 inciso tercero del Código Civil; e incluso sanciones penales, tanto en la Ley de Menores n° 16.618, artículo 62 n° 4, castigando con prisión en cualquiera de sus

¹²⁶ Un resumen puede esbozarse así: Entre los deberes de los hijos para con sus padres, debemos mencionar el respeto y la obediencia: artículo 222 CC.; el cuidado y socorro: artículo 223 CC., y los alimentos: artículo 321 N° 3 CC. En cuanto a las prerrogativas y deberes de los padres, encontramos entre las primeras, la relación directa y regular: artículo 229 inciso 1° CC.; la corrección: artículo 234 CC.; el derecho de dirigir su educación: artículo 236 CC.; el otorgar o negar el asenso para contraer matrimonio: artículo 107 CC.; el autorizar o negar su salida del país: artículo 49 Ley 16.618. Y, respecto de los segundos, el cuidado personal: artículos 224 y siguientes, CC.; la crianza y educación: artículo 236 CC., y soportar los gastos de crianza y educación: artículos 230 y siguientes, CC. Cfr. QUINTANA VILLAR, María Soledad, *“Legislación y jurisprudencia sobre el cuidado personal del niño y la relación directa y regular con él”*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIII (Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2009) pp. 149 - 172.

¹²⁷ En el sentido estricto del concepto de derecho como “poder de obrar o actuar concedido a la voluntad del sujeto para la satisfacción de sus propios intereses, poder reconocido y garantizado por el derecho objetivo”. Cfr. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODÁNOVIC HAKLICKA, Antonio, *“Tratado de Derecho Civil, Partes Preeliminar y General”*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 16.

¹²⁸ “Hoy se considera como una función social y como un conjunto de poderes enderezados al cumplimiento de los deberes y las obligaciones que la ley impone a los progenitores. Esos poderes no conforman en sentido técnico un derecho subjetivo, porque el derecho subjetivo es de libre ejercicio y se da en interés de quien lo ostenta, mientras que aquellos son instrumentales, enderezados al interés de otro y estrechamente ligados con el cumplimiento de deberes de sus titulares”. DIEZ PICAZO Luis; GULLON, Antonio, *“Sistema de Derecho Civil”*, Vol. IV, Editorial Tecnos, Madrid, p. 285.

¹²⁹ Nótese que no causa ninguna extrañeza hablar de privación, lo que constituye una sanción, y por tanto una presunción de habilidad, a quien era el titular y a quien se está cuestionando.

grados o presidio menor en su grado mínimo, o con multa "el padre o la madre, guardador o persona a cuyo cuidado esté el menor b) que lo abandone sin velar por su crianza y educación"; como en el Código Penal, que castiga con falta a "los padres de familia o los que legalmente hagan sus veces, que abandonen a sus hijos, no procurándoles la educación que permiten y requieren su clase y facultades"(Art.494.15 CP)¹³⁰.

Asimismo, existen responsabilidades civiles por el no ejercicio del deber de educación, establecidas en el título XXXV del Libro IV, del Código Civil. El artículo 2320 dispone "toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellas 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"¹³¹. La responsabilidad civil incluso puede ser inexcusable, si los hechos realizados por los hijos provienen de la conocida mala educación dada por los padres.¹³²

¹³⁰ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, *"Familia y Derecho"*, Colección Jurídica Universidad de los Andes, Santiago, 1994, p. 207.

¹³¹ La responsabilidad primero en el padre y luego en la madre reafirma que, conforme a la organización del código original, el padre ejercía la autoridad parental, patria potestad en sentido estricto, y luego la madre.

¹³² Cfr. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, *"De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, n° 234, p. 238. "Obligados los padres a educar a los hijos y vigilarlos en forma constante y activa para evitar que causen daño (arts. 222 y 233 a 235), (Gaceta año 1926, tomo II, sente.114, pág. 513 consd. 4°), es natural presumir que si éste se ha producido, es porque han faltado a sus deberes. Pero entre ambos la ley ha considerado el de vigilancia, porque mientras todo delito o cuasidelito del hijo hace presumir su omisión, la del deber de educación sólo se presume cuando aparezca o se demuestre que el delito o cuasidelito provino de la mala educación del hijo o de los hábitos viciosos que se le dejó adquirir. Eso sí que entonces la omisión de este deber se presume de derecho: los padres no podrán hacer cesar su responsabilidad probando que lo cumplieron debidamente".

Existen entonces, en el Código Civil, dos estatutos de responsabilidad civil de los padres por el hecho de sus hijos, ambos dicen relación con el incumplimiento de las obligaciones de vigilancia y educación; y por ello, la necesidad de remarcarlas acá ya que consideramos el cuidado personal como una carga, cuyo incumplimiento acarrea responsabilidades civiles patrimoniales directas. El primer estatuto de responsabilidad lo constituye una presunción de responsabilidad excusable. El hecho base de la presunción está determinado por que el hijo se encuentra bajo el cuidado y vigilancia del padre. "Es natural presumir que si éste se ha producido (el daño) es porque han faltado a sus deberes"¹³³, sin embargo, dicha responsabilidad cesa si el demandado prueba que no hubo culpa de su parte¹³⁴. De encontrarse imposibilitado por enfermedad u otra causa, el padre debe tomar las providencias necesarias para el debido cuidado de la

¹³³ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, "De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, n° 234, p. 238.

¹³⁴ "La responsabilidad de los padres por los delitos y cuasidelitos de sus hijos menores que habitan con ellos cesa, si prueban que no hubo culpa de su parte, que no pudieron impedir el hecho no obstante haber ejercido la debida vigilancia, valiéndose al efecto de su autoridad y empleando el cuidado de un hombre prudente art 2330 final," Alessandri cita Josserand, Mazeaud, Braurdy-Lacantineri y otros. "Pero no les basta probar que les fue difícil impedir el daño; deben probar que les fue difícil moral y materialmente. La Ley no se contenta con que haya habido dificultad, exige una verdadera y real imposibilidad. Por eso el hecho que se haya realizado el daño en ausencia del padre o madre según el caso, o mientras se hallaban enfermos, no es bastante para eximirlos de responsabilidad, si no prueban además que siempre y en todo momento han ejercido sobre el hijo una vigilancia acuciosa y constante, a menos que por la forma o circunstancias en que el daño se produjo -excesiva rapidez- les haya sido imposible impedirlo aun con ella." ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, "De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, n° 246, p. 245.

vigilancia y control sobre el hijo¹³⁵, no obstante, la prueba de que los hijos han recibido buena educación es insuficiente, ya que educación y vigilancia son cosas diversas¹³⁶. El segundo estatuto de responsabilidad de los padres presume de derecho la culpa de éstos, si el delito o cuasidelito causado por los hijos proviene de mala educación o de los hábitos que los padres le han dejado adquirir.¹³⁷ Graves son las consecuencias

¹³⁵ "El padre ausente o enfermo debe adoptar las medidas necesarias para que el hijo sea debidamente vigilado durante su ausencia o enfermedad; su omisión al respecto demuestra por sí misma que no hizo todo lo necesario para impedir el daño" *íbid.*, p. 246.

¹³⁶ "La sola prueba de que los hijos han recibido buena educación también es insuficiente al efecto. Una cosa es el deber de educación y otra muy diversa el de vigilancia, y como la presunción del artículo 2320 se funda en la omisión de este último, sólo desaparece probándose que se cumplió en la forma ante dicha, pero acreditado su cumplimiento (el deber de vigilancia), los padres no necesitan probar además la buena educación, de los efectos de la omisión de éste último se ocupa el 2331 y no aquél" *íbid.*, p. 247.

¹³⁷ "Si de los antecedentes del proceso demuestran claramente o la víctima prueba que el delito o cuasidelito cometido por el hijo proviene de mala educación p de los hábitos viciosos que los padres le han dejado adquirir, éstos no pueden exonerarse de responsabilidad en forma alguna, ni aún acreditando que lo vigilaron acuciosamente; los padres son siempre responsables de éste delito o cuasidelito. El art. 2321, que constituye una excepción al inciso final del artículo 2320, establece una presunción de derecho al respecto. De lo contrario, la expresión siempre que es sinónima de en todo caso, carecería de sentido" " Establecido que el delito o cuasidelito provino de esas causas, el padre, y en su defecto la madre, será responsable en todo caso, aunque el hijo menor no habite con ellos, el hecho se cometa fuera de la casa paterna, lejos de su presencia, en el ejercicio del cargo o empleo que el hijo desempeña o la profesión, oficio, comercio o industria que ejerce, o mientras el hijo esté en la escuela, en un internado, el servicio de un amo, empresario o artesano o al cuidado de un tercero y aunque la víctima sea alguna de éstas personas. La responsabilidad de los padres no cesa, entonces en ningún caso-serán siempre responsables dice el 2321- porque esta responsabilidad no proviene en este caso de su falta de vigilancia o cuidado, sino de no haber cumplido con el deber de educar debidamente al hijo, y este incumplimiento queda demostrado con la sola realización del daño". ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, *"De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, n° 247, p. 248.

al incumplimiento de cuidado y educación, las que civilmente se indemnizarán conforme al monto del daño.

La relación jurídica existente consiste en una carga de los padres, consistente en el ejercicio de la crianza y educación, encontrándose en el ordenamiento jurídico múltiples normas que castigan al padre con la falta de ejercicio o con su ejercicio de forma torcida.

1.6.- Cuidado Personal. Derecho-Deber-Función y Carga.

La doctrina define el cuidado personal con características de cargas y, más específicamente, como una potestad. María Sara Rodríguez Pinto reitera el contenido del artículo 224 señalando que "el deber primordial de los padres es el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos"¹³⁸; Irma Bavestrello lo determina como "el deber de alimentar, corregir y otorgar por lo menos una educación básica y un oficio al hijo"¹³⁹, destacando así la carga obligacional más que la facultad o derecho del padre¹⁴⁰.

En su oportunidad, Claro Solar explicaba sobre la autoridad paterna "que es esa autoridad que organiza a la familia y a la cual corresponde la crianza, educación y establecimiento de los hijos, autoridad que más que derechos tiene obligaciones para la protección de éstos y es ejercida no sólo por el padre sino por la madre, los ascendientes y aún

¹³⁸ RODRIGUEZ PINTO, María Sara, "El cuidado personal de los niños y adolescentes", Legalpublishing, Santiago, 2010, p. 16.

¹³⁹ BAVESTRELLO BONTÁ, Irma, "Derecho de Menores", LexisNexis, Santiago, 2003, p. 61.

¹⁴⁰ Los derechos estaban tratados en los artículos 234 a 238, y la obligación en el artículo 222.

otras personas¹⁴¹". En nuestro concepto dicha definición es trascendente, no obstante los años pasados, ya que en la definición dada por Claro Solar se encuentra el fundamento principal del instituto, que es la unión de la familia, y, asimismo, expresa que la titularidad es ejercida tanto por el padre como por la madre, y aún otros ascendientes; es así una autoridad que organiza la familia en principios educativos, éticos y morales, guiando a los hijos en dichos principios.

Diez Picazo expresa que: "El término potestad sobre los hijos implica el reconocimiento o la atribución a los padres de un poder jurídico (derecho-deber-función)¹⁴² que se ejerce en beneficio del sujeto pasivo y no de su titular"¹⁴³. Podría decirse que es el principio de subsidiariedad¹⁴⁴ llevado a su más pura expresión, estableciéndole al ciudadano la carga público-privada de la crianza y educación de su propio hijo.¹⁴⁵

¹⁴¹ CLARO SOLAR, Luis, *"Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado"*, De las personas, Tomo Tercero, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 133.

¹⁴² El paréntesis es nuestro.

¹⁴³ DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio, *"Sistema de Derecho Civil"*, I 10ª Editorial Tecnos, Madrid, 2001, p. 407.

¹⁴⁴ Cfr. BOBADILLA AYALA, Valeska Nathalia, *"El rol subsidiario del estado en la protección de los niños, niñas y adolescentes"*, Tesis de Grado, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2008.

¹⁴⁵ "En torno al razonamiento del interés público comprometido una Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de abril de 199 refiriéndose a la posibilidad del ejercicio conjunto, no solicitado por los padres considera: "Si las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos, deberán los tribunales inclinarse por la que satisfaga esta exigencia mejor que las demás. Esta claro que para poder decidir sobre todos los demás aspectos, ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes a cada caso, pero en la línea propugnamos, resulta conveniente el análisis de posibles alternativas, como la constituye la atribución de la custodia compartida a ambos progenitores. En autos no se ha planteado esta posibilidad, pero puede plantearse de oficio el Tribunal, que no constreñido por los principios de rogación y congruencia, que no rigen en materia que afecta al interés público de resolver, en

La definición de cuidado personal se debe conjugar con el sistema de atribución del cuidado personal cuando viven los padres separados. A este respecto, debe tenerse en cuenta, como reiteradamente se ha señalado, que el ejercicio del cuidado personal es otorgado de forma exclusiva y excluyente a uno de los progenitores. Así, no puede entenderse un contenido amplio de la institución cuando los padres viven juntos y luego modificar por entero el contenido cuando los padres viven separados. La contradicción es evidente y no es congruente con el nuevo Derecho de la Infancia¹⁴⁶.

La carga de la educación se encuentra consagrada constitucionalmente en el artículo 19 n° 10, y con ello no puede disgregarse dicha carga con la disposición legal contenida en el artículo 225 inciso segundo.

beneficio de los niños cuestiones relativas a las relaciones con sus progenitores" CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y Custodia de los hijos menores. Las crisis matrimoniales y parejas de hecho*, Cap. V., Editorial La Ley, Madrid, 2007, p. 343.

¹⁴⁶ Como señala BARCIA, "Nuestra doctrina señala que el cuidado personal es un deber genérico, que comprende todos los (sub) deberes y (sub)facultades que derivan de la filiación. A pesar de lo extendida de esta acepción ella es incorrecta, por cuanto la asignación del cuidado personal indistinta o exclusiva-desde que nuestro sistema jurídico elige como custodio a uno de los padres-, no puede dejar al otro padre con una suerte de "derecho de filiación desnudo", por el cual el padre no custodio tiene sólo un deber de alimentos y un limitado deber de comunicación directa y regular, como sucede en la actualidad. Además, esta doctrina, generalizada en el derecho chileno, cae en una suerte de contradicción al entender que el cuidado personal tiene un ámbito tan extendido de aplicación, que se reduce drásticamente y casi mágicamente respecto del padre no custodio, que sólo tendría la facultad-deber de tener a sus hijos e su compañía". BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia*, Editorial Thomson Reuters Puntotext, Santiago, 2011, p. 488.

1.7.- La crianza y educación de cada uno de los niños, es además, de interés social.

Junto con la protección integral de los derechos de los niños, en su calidad de seres humanos con pleno respeto a su dignidad de tal, a la sociedad le interesa la correcta formación de sus integrantes¹⁴⁷, "Sólo puede considerarse moralmente responsable una sociedad¹⁴⁸ si cumple con sus compromisos de protección, cuidado y formación de las nuevas generaciones"; si "los recursos públicos disponibles fueran destinados por sus responsables con clara prioridad y buen criterio a su atención y desarrollo a cubrir sus necesidades, especialmente a lo que se refiere a su formación y educación"¹⁴⁹.

Antiguamente, se señalaba que un niño abandonado era un potencial joven delincuente¹⁵⁰. Así, no puede dejarse de lado, el carácter público del cuidado personal, carácter que ha ido

¹⁴⁷ Díez Picazo destaca la función social de la autoridad parental. DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio, *"Sistema de Derecho Civil"*, I 10ª Ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 285.

¹⁴⁸ AZNAR GÓMEZ, Hugo, *"Un reto fundamental de la ética comunicativa: la protección y el cuidado de los menores"*, en "La protección del menor", VVAA, VALLES, Antonio, Director, Triant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 21.

¹⁴⁹ AZNAR GÓMEZ, Hugo, *"Un reto fundamental de la ética comunicativa: la protección y el cuidado de los menores"*, en "La protección del menor", VVAA, VALLES, Antonio, Director, Triant lo Blanch, Valencia 2009, p. 21-56.

¹⁵⁰ "EL menor abandonado estaba considerado como un delincuente potencial, lo que nos permite ahora comprender que la protección de los menores abandonados y la reforma de los menores desviados nacieran y se desarrollaran conjuntamente" HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio L, *"EL niño y los derechos humanos"*, en "Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas", VVAA, CAMPO Y CERVERA, Ignacio Coordinador, Dykinson, 2007, p. 24.

evolucionando en un Derecho de Familia de términos privatistas a un Derecho de familia con rasgos públicos¹⁵¹.

Debemos señalar eso sí, que siempre los aspectos personales sobre los hijos han tenido una trascendencia pública. Sin embargo, la evolución del Derecho de Familia ha sido bi-direccional. La autoridad paterna, esa autoridad que organiza a la Familia como señalaba Claro Solar, era consagrada en términos casi absolutos para el interior de la familia, terreno donde el orden público no ingresaba; así, los castigos, su forma y extensión no eran cuestionados por la autoridad social; por su parte, el matrimonio, parte del derecho de familia, era el rasgo público de la familia, cuya consagración era solo ante la iglesia. La evolución ha sido así bi-direccional, ya que mientras el matrimonio ha pasado ha ser un contrato que puede dejarse sin efecto por una de las partes, la autoridad paterna, cuidado personal, no tiene posibilidad alguna de disposición en cuanto a su contenido, pero, si en cuanto a su titularidad; por otro lado su inobservancia u errada aplicación, tiene fuertes sanciones¹⁵² por parte del ordenamiento jurídico, todo en pos del interés superior del niño¹⁵³.

La carga de la crianza y educación, de la formación integral del niño, se radica en los padres, teniendo su reconocimiento en la Constitución. Todo en beneficio del niño,

¹⁵¹ Cfr. RUISANCHEZ CAPELASTEGUI, Covadonga, "La privación de la patria potestad", Atelier, Madrid, 2006, p. 28.

¹⁵² Cfr. Número 1.6 del presente trabajo.

¹⁵³ Cfr. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricurz, "El interés superior del niño", Gaceta Jurídica N°238, Santiago de Chile, año 2000.

la familia, y de la propia sociedad¹⁵⁴. Elevada a jerarquía constitucional en Alemania (artículo 6 del Grundgesetz),¹⁵⁵ como también en la Constitución Italiana (artículo 30)¹⁵⁶, entonces, el Derecho de Familia se reconoce como un Derecho Público de Familia¹⁵⁷, donde existen principios protectores¹⁵⁸, no disponibles por los integrantes de la familia¹⁵⁹. Por lo anterior, la carga puede conjugarse con el artículo 19 n° 23 de la Constitución que garantiza la igualdad en la repartición

¹⁵⁴ Jacinto Chacón ya señalaba al respecto: "Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos. La obligación de alimentarlos, que abraza la de darles vestidos i habitación, es de derecho natural, porque tiende a la conservación de la especie; la de educarlos i establecerlos, se deduce del estado de sociedad, i es de conveniencia pública, porque importa al Estado que todo hombre posea un oficio, arte o profesión por cuyo medio pueda ser útil a su familia, a la sociedad i a si mismo. CHACÓN, Jacinto, *"Esposición Razonada i Estudio Comparativo del Código Civil Chileno"*, Tomo I, 3ª Edición, Imprenta Nacional, 1890, p. 231. Por su parte Claro Solar refiriéndose a los derechos y obligaciones de los padres legítimos expresaba "Estos derechos y obligaciones impuestas desde luego por la naturaleza, están reconocidos expresamente por la ley civil de todos los pueblos y cultos como medio de asegurar la organización correcta de la familia legítima, base fundamental del estado". CLARO SOLAR, Luis, *"Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado"*, De las personas, Tomo Tercero, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 165.

¹⁵⁵ Artículo 6 (Modificado 18/07/1979) 1. El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal. 2. El cuidado y la educación de los hijos son el derecho natural de los padres y el deber que les incumbe prioritariamente a ellos. La comunidad estatal velará por su cumplimiento. 3. En contra de la voluntad de las personas autorizadas para su educación, los hijos sólo podrán ser separados de sus familias en virtud de una ley, cuando las personas autorizadas para su educación no cumplan con su deber o cuando, por otros motivos, los hijos corran peligro de quedar abandonados".

¹⁵⁶ Artículo 30 Título Segundo Primera Parte "Es deber y derecho de los padres, mantener, instruir y educar a los hijos".

¹⁵⁷ Cfr. RUISANCHEZ CAPELASTEGUI, Covadonga, *"La privación de la patria potestad"*, Atelier, Madrid, 2006, p. 22.

¹⁵⁸ Cfr. BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *"Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia"*, Editorial Thomson Reuters Puntotext, Santiago, 2011.

¹⁵⁹ Habrá que distinguir el derecho matrimonial del derecho familiar o de crianza, mientras el primero avanza a la publicidad, el segundo a la más absoluta privatización.

de las cargas públicas¹⁶⁰. Lo que, consecuentemente, conlleva a considerar que el establecimiento de dicha carga de forma unilateral podrá ser considerado contrario al principio constitucional y reclamar de su inconstitucionalidad, por precisamente radicar en uno de los padres el ejercicio del cuidado personal¹⁶¹, cuestión sobre la que volveremos más adelante¹⁶².

Entonces, para poder analizar de forma cabal el cuidado personal, primero se debe dilucidar el tipo de relación jurídica existente entre padres e hijos y, concretamente, el vínculo jurídico del padre o madre hacia sus hijos. Lo primero que se debe recalcar es que se trata de una obligación legal y no exclusivamente moral¹⁶³, aunque tiene una fuerte carga moral. No constituye un mero reconocimiento del legislador al derecho natural derivado de la filiación¹⁶⁴, aunque su vínculo

¹⁶⁰ "Se entiende por cargas públicas todas las prestaciones de carácter personal y todas las obligaciones de carácter patrimonial que no sean jurídicamente tributos, que la ley impone a la generalidad de las personas para el cumplimiento de determinados fines, ética y jurídicamente lícitos, queridos por el legislador." "La ley puede imponer, por cierto, variadas cargas públicas, con la limitación que ellas sean repartidas de manera igualitaria y equitativa, sin que su peso caiga, a través de discriminaciones arbitrarias que tacharían a la ley de inconstitucional, en unos en forma gravemente onerosa o en otros de manera preferencial o privilegiada". Se presenta en esta situación ambos aspectos de la discriminación. Cfr. EVANS DE LA CUADRA, Enrique, "Los Derechos Constitucionales", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, p. 135.

¹⁶¹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, "El sistema filiativo Chileno", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 235.

¹⁶² Cfr. 3.7 del presente trabajo.

¹⁶³ Cfr. BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia", Editorial Thomson Reuters Puntotex, Santiago, 2011, p. 469.

¹⁶⁴ "...es norma elemental de derecho natural. Siempre se ha tenido por norma del derecho natural. Las partidas, luego de reconocerlo así, razonaban de este modo "Casi los bestias que non razonable entendimiento aman naturalmente e crían sus hijos, mucho más lo

es precisamente la filiación, sino es más, es una carga impuesta por el ordenamiento jurídico, en beneficio de la crianza y educación al propio niño, tanto como sujeto titular de derechos reconocidos por la dignidad propia de ser humano, como por ser éste un integrante de la sociedad. Por tanto, los incumplimientos tienen consecuencias jurídicas frente a los hijos y frente a terceros¹⁶⁵, en pos de la correcta formación de la familia como núcleo básico de la sociedad. Aún más, las relaciones derivadas de la filiación continúan emancipados los hijos, con el deber ahora de los hijos de proteger y cuidar a sus padres, tal como lo hicieron con ellos cuando niños.

1.8.- Cuidado Personal y artículo 222 del Código Civil

Una base del contenido de las cargas de los padres, se encuentra en el ya mencionado artículo 222 del Código Civil que señala: "*La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades*".

Este artículo, que parece una declaración de principios, bien contiene los elementos necesarios de la crianza y educación de los niños, siendo el punto central el interés superior de éstos. El contenido da forma a la institución,

deben fazer los omnes que han entendimiento e sentido sobre todas las otras cosas". FUEYO LANERI, Fernando, "*Derecho Civil*", Tomo VI, Vol. III "*Derecho de Familia*", Imprenta y Lito Universo S.A., Valparaíso, 1959, p. 353.

¹⁶⁵ Cfr. BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "*Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia*", Editorial Thomson Reuters Puntotex, Santiago, 2011, p. 469.

siendo la obligación genérica¹⁶⁶ de los padres velar por la mayor realización material y espiritual posible, guiando a sus hijos en las distintas etapas de la vida y esta obligación genérica se materializa en el correcto desarrollo de la crianza y educación. Para aclarar conceptos, educación es la acción y efecto de educar¹⁶⁷, y educar, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño o del joven por medio de preceptos, ejercicios y ejemplos. Por su parte, "criar" significa instruir, educar¹⁶⁸ y dirigir¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Cfr. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Cuidado personal de los hijos", Editorial PuntoLex, Santiago, 2005, p. 7; SCHMIDT HOTT, Claudia "Relaciones filiales personales y patrimoniales", en La Filiación en el Nuevo derecho de Familia SCHMIDT HOTT, Claudia; VELOSO VALENZUELA, Paulina, Conosur, Santiago, 2001, p. 253. BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia", Editorial Thomson Reuters Puntotex, Santiago, 2011, p. 488.

¹⁶⁷ "Infancia viene, en efecto, del latín in-fans, que por su parte, proviene de *fari*, el que no puede hablar. Niño es pues quien no tiene palabra; pero está llamado a tenerla, quien no tiene logos; pero puede adquirirlo si se le conduce o se le ayuda para que lo logre y de ahí el sentido etimológico de pedagogía y de pedagogo o educador (de *paidós*, niño, y *ago*, yo conduzco, o, en el caso de educador, de *ducere*, conducir o *educere*, sacar fuera). La educación está, así, atada a esa imagen de una actividad que contribuye a que se despliegue en nosotros, a que brote o que salga a la luz, lo que debemos ser, a lo que estamos, por decirlo así, llamados a ser. Es esta una vieja idea que se encuentra, claro está, no sólo en los autores que cité denantes, sino también en liberales clásicos como Locke o Stuart Mill y en el conjunto de los enciclopedistas franceses". PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *¿Para qué educar?*, Revista de derechos del niño, n° 2, 2003, p. 89.

¹⁶⁸ Rousseau destaca que la educación comienza en los primeros momentos de la vida y que por ello el primer educador es la nodriza. "Desde que empezamos a vivir, comienza nuestra instrucción; nuestra educación se inicia simultáneamente con nosotros. Nuestro primer preceptor es la nodriza. Por eso la palabra educación venía antiguamente un significado que ya ha desaparecido; quería decir alimento. *Educit obstetrix, divce Varrón; educat nutrix, instituit paedagogus, docet magister*. Así la educación, la institución y la instrucción son tres cosas distintas". ROUSSEAU, Jean Jacques, "Emilio o la educación", Editorial Bruguera, Barcelona, 1971, p. 72.

El horizonte de protección y cuidado, en el caso de la Infancia, no se limita a lo que los niños son en cuanto niños, sino abarca también aquellos aspectos esenciales relacionados con el proceso de formación que debe conducirlos a la condición de adultos libres, entregándoles todas las herramientas necesarias para un correcto desarrollo de la personalidad, considerando que son individuos en una primera etapa de crecimiento, que sentará las bases para su establecimiento y desenvolvimiento como adultos. Y esto, requiere formación y educación del niño, especialmente por lo que se refiere a la transmisión de aquellos valores y conocimientos que le permitan alcanzar su pleno desarrollo como persona libre y responsable miembro activo de la sociedad. Por tanto, como se recoge en el preámbulo de la CDN¹⁷⁰, la Infancia debe ser educada en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de la ONU, y en particular, en el espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad y estar plenamente preparada para una vida independiente en sociedad.¹⁷¹

¹⁶⁹ Claro Solar distingue entre criar y educar, la primera estaría constituida para los primeros años de vida y la segunda con la entrega de herramientas que permitan que el niño se desarrolle profesionalmente en su vida adulta. CLARO SOLAR, Luis, *"Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado"*, De las personas, Tomo Tercero, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 183.

¹⁷⁰ Cfr. 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"*, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1999. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *"Custodia Compartida de los hijos"*, La Ley, Madrid, 2008.

¹⁷¹ AZNAR GÓMEZ, Hugo, *"Un reto fundamental de la ética comunicativa: la protección y el cuidado de los menores"*, en *"La protección del menor"* VVAA, VALLES, Antonio, Director, Triant lo Blanch, Valencia 2009, p. 22.

Hasta lo desarrollado aquí, se desprende que existe entre padres e hijos una relación jurídica con carga obligacional para los padres, que el ejercicio de dichas cargas lleva implícitas las facultades de decisión para el cumplimiento de las obligaciones¹⁷²; se dice, entonces, que el cuidado personal es un "derecho" de los padres para decidir¹⁷³ sobre la crianza y educación de los niños¹⁷⁴. En relación a la educación, los padres tienen el derecho y el deber de educar a sus hijos, siendo ambos consagrados constitucionalmente artículo 19 n° 10 de la Constitución Política¹⁷⁵, que establece que "Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos" y también consagrado legalmente "Los padres tendrán el derecho y el deber de educar a sus hijos orientándolos al pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida" art. 236 CC.

Efectivamente, de forma prioritaria, son los padres los primeros llamados a "decidir" sobre la crianza y educación de

¹⁷² Señala Chacón, "La lei, que impone a los padres la obligación de criar i educar a los hijos, les da el derecho correlativo de castigarlos moderadamente i de dirigirlos por el mismo bien de dichos hijos". CHACÓN, Jacinto, *"Esposición Razonada i Estudio Comparativo del Código Civil Chileno"*, Tomo I, 3ª Edición, Imprenta Nacional, 1890, p. 232.

¹⁷³ CLARO SOLAR, Luis, *"Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado"*, De las personas, Tomo Tercero, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 183.

¹⁷⁴ Claro Solar considera que el deber de crianza es independiente del de educar, asimismo Fueyo, como otros autores, no distinguen entre estas instituciones ya que radican en la misma persona, entre ellos Somarriva y Ramos Pazos. Cfr. RODRIGUEZ PINTO, María Sara, *"El cuidado personal de los niños y adolescentes"*, Legalpublishing, Santiago, 2010, p. 10.

¹⁷⁵ "Nuestra constitución califica el derecho de los padres como preferente y concretiza este carácter especialmente en la facultad de elegir el establecimiento de enseñanza al que concurrirán los hijos". CORRAL TALCIANI, Hernán, *"Familia y Derecho"*, Colección Jurídica Universidad de los Andes, Santiago, 1994, p. 209.

los niños¹⁷⁶, dentro de la obligación de velar por su mayor realización material y espiritual posible. Como expresa Claro Solar "La crianza del hijo comprende todo lo que le es necesario a la vida material; la educación todo lo que les es necesario y pertinente a su desarrollo moral e intelectual"¹⁷⁷ Se menciona dentro de este aspecto, la religión y el colegio al que asistirán los niños, decisiones, en definitiva, trascendentales sobre la vida de ellos, por lo que nuevamente nace la pregunta ¿Puede esta institución recaer en un solo progenitor¹⁷⁸?, ¿Cuál es la finalidad de la norma?, ¿Cuáles son los efectos jurídicos negativos que pretende evitar con su implementación?

Por su parte, los niños y según el mismo artículo 222 del Código Civil, le deben a sus padres respeto y obediencia, es decir, sobre ellos también pesa una carga, cual es la de acatar las decisiones por los padres tomadas, ya que éstas han sido realizadas en su propio interés y beneficio. Su alcance contenido, inobservancia por parte de los hijos abarcan con

¹⁷⁶ El Estado considera que la formación física, psíquica y cultural de los hijos no puede estar en mejores manos que en las de sus padres. Con este motivo, otorga potestades o poderes a los padres, que corresponden simultáneamente a otros tantos deberes funciones a cargo de aquellos". FUEYO LANERI, Fernando, "Derecho Civil", Tomo VI Vol. III, "Derecho de Familia", Imprenta y Lito Universo S.A. Valparaíso, 1959, p. 351.

¹⁷⁷ CLARO SOLAR, Luis, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado", De las personas, Tomo Tercero, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 165.

¹⁷⁸ Cfr. BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia", Editorial Thomson Reuters Puntotex, Santiago, 2011, p. 469; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Custodia Compartida de los hijos", La Ley, Madrid, España, 2008. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, "El sistema filiativo Chileno", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007; 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", Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1999.

mucho la finalidad del presente trabajo, cuestión que desarrollaremos esperamos en lo futuro, ya que sobre la legitimidad de las decisiones se basa la confianza del funcionamiento del sistema, por lo que una actuación errada por parte del titular o titulares, podrá ser impugnada o denunciada en su caso, tanto por el propio niño, en el ejercicio de su autonomía progresiva,¹⁷⁹ como por cualquier integrante de la familia, nuclear o extensa, sin excluir a cualquiera que presencie un acto contrario a la integridad del niño.

En definitiva, existen entre padres e hijos, obligaciones independientes¹⁸⁰, que nacen fuera del Derecho patrimonial y se desarrollan en ámbitos paralelos y convergentes en ciertos puntos, entre la entre lo moral y lo civil tanto que su incumplimiento por parte de los padres acarrea una serie de sanciones, y por parte del hijo menor de edad, el incumplimiento no puede llegar más allá del deber-poder de corrección¹⁸¹ que tienen los padres¹⁸².

¹⁷⁹ Cfr. Número 3.4 del presente trabajo.

¹⁸⁰ Cfr. BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *"Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia"*, Editorial Thomson Reuters Puntotex, Santiago, 2011, p. 469.

¹⁸¹ Entre el deber de corrección y el maltrato existe una delgada línea. El consejo de Europa (Recomendación R85-A Comité de Ministros del Consejo de Europa 26 de Marzo de 1995), define el maltrato infantil como "toda acción u omisión cometida en el seno de la familia por uno de sus miembros, que menoscaba la vida o integridad física o psicológica, o incluso la libertad, de otro de los miembros de la misma familia y que causa serio daño al desarrollo de su personalidad. Dentro del maltrato infantil se distingue el maltrato físico, la negligencia, el maltrato emocional y el abuso sexual" Cfr. DE TORRES PEREA, José Manuel, *"Interés del Menor y derecho de Familia, una perspectiva multidisciplinar"*, Iustel, 2009, p. 120.

¹⁸² BARAHONA, Jorge; TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, *"Contrapunto sobre la modificación al artículo 234 del Código Civil relativo a la facultad de los padres de corregir a los hijos"*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N° 1, pp. 211 - 215 [2008], Si bien es cierto que

Como lo ha señalado la Corte de Apelaciones de Santiago, *"Las relaciones de familia son relaciones jurídicas complejas, las cuales se encuentran establecidas a favor de la familia"*¹⁸³

lo que se discute es el castigo físico, lo que se devela del castigo físico es el derecho del padre para castigar, reprender y corregir, en definitiva criar al niño. En la actualidad la forma de corregir se da con la enseñanza diaria, afectos y directrices basadas en la paciencia, la disciplina y el amor.

¹⁸³ Corte de Apelaciones de Santiago 14 de Marzo de 2011, Recurso de Protección rol 4359-2010, "7°.- Que del mérito de lo señalado, en lo pertinente, en los motivos 2° y 3° que anteceden, se infiere que la controversia sub judice incide en la negativa del establecimiento educacional recurrido -Liceo Particular Avenida Recoleta Limitada- de entregarle a don Gonzalo Pablo Tello Bilbao un informe de personalidad y certificados de notas de sus hijos Nathalie Alejandra y Felipe Eduardo Tello Veloz, alumnos de dicho establecimiento, no obstante su calidad de padre, fundando en que éste no es su apoderado, ya que tal calidad la tiene su madre -doña Yasna Veloz Salinas-, la cual expresamente requirió que toda la documentación relacionada con sus comunes hijos debía serle entregada exclusivamente a ella. 10°.- Que a juicio de estos sentenciadores, para resolver el conflicto en estudios se debe tenerse presente que, de conformidad con lo establecido en el inciso primero del artículo 225 del Código Civil "Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos". Por su parte, el artículo 245 del señalado texto legal norma situada en el Título X De la Patria Potestad -establece que "Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, de conformidad al artículo 225". 11°.- Que, si bien del análisis de las disposiciones legales antes transcritas podría concluirse que el padre que tiene el cuidado personal del hijo, excluye al otro progenitor en el proceso formativo de éste, dicha interpretación no es aceptable desde el momento en que las relaciones paterno filiales son complejas, esto es, constituyen a la vez un derecho y un deber, de manera tal que ningún padre, a menos que una sentencia judicial -atendido el interés superior del niño-puede ser privado de su derecho ni eximido de su obligación, no sólo a tener con su hijo una relación directa y personal sino que de participar activamente en cada una de las etapas del desarrollo del menor, pronunciamiento jurisdiccional en tal sentido que no se ha invocado ni se encuentra acreditado en forma legal en estos antecedentes. 12°.- Que en el presente caso, y tal como lo reconocen las recurridas -ante la sola petición de la madre- se resolvió que cualquier documento de los singularizados menores debía ser entregado exclusivamente a ésta, excluyendo al padre, situación anómala, pues una simple relación contractual entre el Colegio recurrido y la apoderada no justifica su proceder. 13°.- Que

Las relaciones jurídicas de familia son complejas¹⁸⁴ y su finalidad es la estabilidad de la familia, ya que se encuentran establecidas en pos de un equilibrio y sano desarrollo de ésta.

Siendo la familia el núcleo fundamental de la sociedad, no cabe sino concluir que las normas sobre cuidado personal dejan de establecer puramente derechos individuales, o de derecho privado, para reconocerse como una reglamentación de

establecido lo anterior, es dable inferir que, tal como lo señala el recurrente, el acto impugnado constituye una violación del derecho constitucional de "igualdad ante la ley" previsto en el numeral 2º del artículo 19 de la Carta Fundamental ya que, a juicio de esta Corte, el proceder del Liceo Particular Avenida Recoleta Limitada viola la referida garantía ya que coloca al recurrente en una situación de desigualdad frente al resto de los padres que tienen a sus hijos en dicho establecimiento al impedir al recurrente -a diferencia de otros padres- ejercer los derechos que como tal lo reconoce la ley, situación que no tiene justificación legal y conforma un mero capricho, motivo por el cual se acogerá la acción de protección interpuesta en lo principal del libelo de fs.5 en cuanto a que el acto que se reprocha conculca la garantía constitucional antes señalada. 14º.- Que en cuanto a la garantía que se dice infringida contemplada en el numeral 10º del artículo 19 de la Carta Fundamental, por carecer de protección a través de la presente acción cautelar, atendido lo establecido en su artículo 20, dicha alegación debe ser rechazada. 15º.- Que sin perjuicio de lo establecido precedentemente, habiéndose concluido que ha existido violación a la garantía constitucional precisada en el considerando 13º, basta para que el arbitrio cautelar deducido sea acogido en los términos que se dirá en lo decisorio. Y de acuerdo, también, con lo preceptuado en los artículos 19º y 20º de la Constitución Política de la República, 1º, 3º y 5º del Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se declara que SE ACOGE el deducido en lo principal del libelo de fojas 5 y siguientes y se dispone que el Liceo Particular Avenida Recoleta Limitada deberá dejar sin efecto de inmediato todas las medidas que impidan a don Gonzalo Pablo Tello Bilbao informarse de los rendimientos académicos y del proceso educativo de sus hijos Nathalie Alejandra y Felipe Eduardo Tello Veloz.

¹⁸⁴ Para una visión histórica-filosófica, Cfr. CAMPOY CERVERA, Ignacio, *"Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas"*, DYKINSON, Madrid, 2007, p. 41.

carácter público¹⁸⁵, tanto de derecho público - debido a la necesidad de la intervención del Estado, dada por la actuación de oficio de los tribunales en la protección de los derechos del niño, como por la creación de instituciones estatales que deben velar por dicha protección - como de orden público,¹⁸⁶ cuyas sanciones al incumplimiento, rebasan la esfera de lo privado para acercarse cada vez más al Derecho Público, en cuanto al ejercicio del cuidado personal de los hijos se refiere. Si bien es cierto, la visión individualista del ser humano, propia de los valores de la modernidad, se refleja en nuestro Código, no es menos cierto que la tradición social consideraba que el padre era de algún modo la encarnación familiar de Dios¹⁸⁷⁻¹⁸⁸.

¹⁸⁵ "El carácter de las normas dictadas para estos efectos es de orden público. No admiten, pues derogación por voluntad privada, aún de los mismos padres". FUEYO LANERI, Fernando, *"Derecho Civil"*, Tomo VI Vol. III, "Derecho de Familia", Imprenta y Lito Universo S.A., Valparaíso, 1959, p. 352.

¹⁸⁶ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODÁNOVIC HAKLICKA, Antonio, *"Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General"*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, N°s 59 y 60, pp. 45-46.

¹⁸⁷ "Herederero del monoteísmo, el padre reinaba sobre el cuerpo de las mujeres y decide los castigos inflingidos a los hijos...,...En síntesis, el orden familiar se apoyaba en tres pilares fundamentales: la autoridad del marido, la subordinación de las mujeres y la vigorosa dependencia de los hijos". MIZRAHI, MAURICIO LUIS, *"Familia, matrimonio y divorcio"*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, p.57.

¹⁸⁸ En contra de esta línea argumentativa, considerando que la visión individualista del Código refiere a una familia funcional a las personas o los individuos que la componen, y no funcional al individuo que la dirige, Mauricio Tapia expone: "Por esto, (la visión de la Familia), se trata de una visión rotundamente igualitaria e individualista (y en este sentido, es coincidente con la ideología original del Código Civil) que considera a la familia como una entidad funcional a los diferentes proyectos de individuos: "a cada uno su familia, a cada uno su derecho" Por esta razón concluía el mismo Jean Carbonier, se puede afirmar que: "si hubiera algo nuevo en las reformas del derecho de Familia, no sería su concepción de familia, sino su concepción de derecho" El derecho de familia para ser así una ordenación neutra, que debe aplicarse a

Por lo anterior, deben incorporarse, a la legislación interna, las normas internacionales sobre no discriminación, e interés superior del niño, a fin de obtener una correcta aplicación judicial de los principios protectores de la infancia y no discriminación.

1.9.- Cuidado personal, Definición y contenido adecuado a la Convención de Derechos del Niño

El Cuidado Personal es una carga de los progenitores en favor de sus hijos por la cual deben velar por el mejor desarrollo espiritual y material de ellos, teniendo las facultades de dirección y elección de la educación, de crianza y corrección, procurando una formación integral con la finalidad de que el niño tenga los elementos necesarios para desarrollarse con plenas capacidades en sociedad. Es un derecho-deber-función de ambos padres (o, excepcionalmente de un tercero) consistente en el deber de criar y educar en los principios básicos de la sociedad, cuidando y vigilando a un niño o niña para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 222 del Código Civil, art. 19 n° 10 de la CPR y la CDN. Es una carga impuesta por el ordenamiento jurídico a los

diferentes modelos de familia un derecho de familias" De ahí que la vieja estructura del libro I, dedicado a las personas, resulta en alguna medida coincidente con esta nueva ideología: la familia es una noción funcional a las personas. Esta marcada visión individualista parece impregnar el derecho privado contemporáneo, pues a pesar de que la constitución haya insistido solamente en el reconocimiento y protección de la familia (artículo 1°), la preeminencia otorgada al individuo mediante los derechos de la personalidad resulta evidente. Por lo demás, si estas declaraciones de principio de la Constitución han conducido a algunos a sostener una especie de constitucionalización de derecho de familia, cabe la pregunta de a qué familia se refiere". TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, *"Del Derecho de Familia hacia un derecho de las Familias"*, en Estudios de Derecho Civil III, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007, Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 161.

progenitores, quienes deben cumplir celosamente con lo enunciado en el artículo 222 del Código Civil, es decir, velar por la mayor realización material y espiritual posible para con sus hijos. Díez-Picazo señala: "hoy se considera como una función social y como un conjunto de poderes enderezados al cumplimiento de los deberes y las obligaciones que la ley impone a los progenitores. Esos poderes no conforman en sentido técnico un derecho subjetivo, porque el derecho subjetivo es de libre ejercicio y se da en interés de quien lo ostenta, mientras que aquellos son instrumentales, enderezados al interés de otro y estrechamente ligados con el cumplimiento de deberes de sus titulares"¹⁸⁹. En este sentido, el cuidado personal es el cumplimiento de una carga pública cuyo interés o finalidad es la formación de un niño y el pleno desarrollo como ser humano en cuanto integrante de la sociedad.

Consideramos que la educación no solamente consiste en el otorgamiento de conocimientos técnicos que permitan al niño desarrollarse en su vida post escolar, sino que también incluye la inculcación de valores y principios éticos y morales conforme a la organización social. La importancia está en que la educación en conocimientos técnicos puede delegarse en un establecimiento educacional; sin embargo, los principios ético morales, si bien pueden adquirirse fuera del hogar, no pueden delegarse. Aun así, se puede observar un relajo en la enseñanza de principios básicos sociales y si ello no es otorgado por la familia de origen, deberá ser suplido por el Estado. Como señala José Manuel de Torres Perea, "Si bien el Estado tiene un alto interés en la educación de los menores, ocurre que hoy es más necesario que nunca educar en valores;

¹⁸⁹ DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio, "*Sistema de Derecho Civil*", Vol. IV., Editorial Tecnos, Madrid, p. 285

pues mientras que en los últimos lustros la educación se ha enfocado fundamentalmente a la transmisión de conocimientos técnicos, sin embargo, no se ha educado para la vida ni para la convivencia"¹⁹⁰.

La definición propuesta es congruente con el preámbulo de la CDN, que señala "que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad".

Una buena agrupación de derechos deberes sobre los hijos se encuentra en la patria potestad española, que indica, que síntesis, los deberes de los padres, agrupados bajo un mismo instituto, consisten en¹⁹¹:

a.- Velar por los hijos: Que se traduce en la protección de su persona frente a todo peligro que amenace la salud física o psíquica y en el deber de vigilancia sobre sus actos.¹⁹²

¹⁹⁰ DE TORRES PEREA, José Manuel, *"Interés del Menor y derecho de Familia, una perspectiva multidisciplinar"*, Iustel, Malaga, 2009, p. 104.

¹⁹¹ Es el caso español que agrupa bajo la patria potestad todos estos deberes-derechos. Art. 154 Código Civil Español. DIAZ-AMBRONA BARDJAÍ, M^a Dolores, *"La Patria Potestad"*, en *"La protección jurídica del Menor"*, VVAA, Coordinación PONS DE LA FLORE, M^o Paz y TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, 2^a Ed., Editorial Colex, Madrid, 2009, pp. 61-72.

¹⁹² Con la separación de los padres, nacerían distintos estatutos para proteger al niño por parte del padre no custodio (vigilancia, control, hacia o en contra del padre custodio) los que son connaturales al ejercicio del rol parental; no tienen regulación clara, se desprenden de derechos transformándose en híbridos, por lo que no se entiende su nacimiento forzado.

b.- Tenerlos en su compañía: Es un deber de los padres que sus hijos convivan con ellos, pudiendo interrumpirse por razones de salud, estudios u otros.

c.- Alimentarlos: Comprende todo lo necesario para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición económica de la familia.

d.- Criar, educar y procurar formación integral.

1.10.- Descripción del conflicto actual, entre regulación legal y regulación constitucional

La problemática reside en que la carga del ejercicio del cuidado personal, al vivir los padres separados, es primero desmembrada, radicándose el deber de velar y el de compañía exclusivamente sobre o en la madre y el padre se transforma en un ente con un deber de vigilancia y control sobre el otro, pudiendo accionar contra este padre custodio por la negligencia en su ejercicio, en especial, cuando no vela por la crianza y educación que debe brindarle. Es decir, se extinguen derechos y deberes para el padre no custodio, nacen nuevas obligaciones para éste y se radican en uno sólo de los padres todos los deberes de crianza y educación.

En principio, por una parte se establece la carga del cuidado a la madre, lo que podría contravenir el principio de la igual repartición de las cargas públicas (en el entendido que la carga es impuesta por ley); por otro, se sanciona al padre no custodio, de pleno derecho, sustrayéndole de su competencia el cuidado de la crianza y educación de sus hijos.

Es por lo anterior, que a nuestro entender, el ejercicio del rol parental del padre no custodio no puede quedar limitado o reducido a la vigilancia que debe realizar sobre el padre custodio,¹⁹³ sino que además, deberá comprender todos los elementos que se encuentran establecidos en el artículo 222 del Código Civil en relación al artículo 18 de la CDN¹⁹⁴. El nacimiento de deberes de vigilancia y control, por una parte, implican judicialización (la única forma de participación es la alegación del no custodio judicialmente) y, por otra, rompen con el art. 18 de la CDN¹⁹⁵, no manteniendo un estrecho vínculo de ambos padres con el niño, por lo que los derechos-obligaciones no son impuestos a los dos progenitores¹⁹⁶.

Si prevalece esta postura, el centro de la discusión sobre el cuidado personal debiese quedar limitado a la decisión judicial, legal o entre los padres de "cómo el nuevo modelo de familia cumplirá con las obligaciones de criar en forma compartida a sus hijos determinando los tiempos, y formas. Sin perjuicio de que quien detente el cuidado personal

¹⁹³ DIAZ-AMBRONA BARDJAÍ, M^a Dolores, "La Patria Potestad", en "La protección jurídica del Menor", VVAA, Coordinación POUS DE LA FLORE, M^o Paz y TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, 2^a Ed., Editorial Colex, Madrid, 2009, pp. 61-72.

¹⁹⁴ BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia", Editorial Thomson Reuters Puntotex, Santiago, 2011, p. 469.

¹⁹⁵ Leonor ETCHEBERRY señala que, además, se contraviene el artículo 9 n^o 1 de la CDN; SCHMIDT, además, el n^o 2 del mismo artículo y el artículo 24 del Pacto de San José de Costa Rica. ETCHEBERRY COURT, Leonor, "Los derechos y obligaciones entre Padres e Hijos y la Patria Potestad", Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 1999.

¹⁹⁶ Cfr. BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "No es demasiado exagerado señalar, como se verá, que mientras no haya facultades y deberes conjuntos de los padres con relación a los hijos, en el evento que se le asigne el cuidado personal a uno de los padres, no hay derecho de la infancia". BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia", Editorial Thomson Reuters Puntotex, Santiago 2011, p. 469.

ejerza la patria potestad a fin de representar a su hijo judicial o extrajudicialmente, especialmente para representarlo en la acción de alimentos que corresponda contra el padre que no provea de alimentos.

Capítulo II.

Atribución del Cuidado Personal. Fuentes del Cuidado personal, marco actual

2.1. Cuando los padres viven juntos¹⁹⁷.

EL artículo 224 del Código Civil dispone que "Toca de consuno a los padres o al padre o madre sobreviviente el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos". Claro Solar explicaba "es decir, les corresponde a ambos en su doble carácter de obligación y de derecho, es común al padre y a la madre; incumbe a cada uno de ellos a título igual y en caso necesario en su totalidad"¹⁹⁸. En el entender de Fueyo, dicho deber-función debe ser cumplido de común acuerdo, ya que la norma señala de consuno. Sin embargo, bien observa Fuchslocher que el ejercicio de consuno no significaba que siempre debían estar de acuerdo sino que existía, en ambos la titularidad que podía ser ejercida de forma independiente.¹⁹⁹

Este sistema se rompe en caso de vivir los padres separados, se sanciona con la pérdida de dicha titularidad al padre-hombre no obstante ser ambos padres, por derecho natural titulares del cuidado personal. La ley, a nuestro entender,

¹⁹⁷ Cfr. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, "El sistema filiativo Chileno", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007; RODRIGUEZ PINTO, María Sara, "El cuidado personal de los niños y adolescentes", Legalpublishing, Santiago, 2010; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Cuidado personal de los hijos", Editorial PuntoLex, Santiago, 2005, p. 6.

¹⁹⁸ CLARO SOLAR, Luis, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado", De las personas, Tomo Tercero, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, n° 1484, p. 167.

¹⁹⁹ FUCHSLOCHER PETERSEN, Edmundo, "Derecho de Menores, de la tuición", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1983, p. 29.

impulsa a los padres a una separación, ya que beneficia a una de las partes.

2.2.- Cuando los padres viven separados.

El artículo 225 del Código Civil establece las fuentes del Cuidado Personal cuando los padres no conviven. Se establecen tres fuentes del ejercicio del Cuidado Personal: la convencional, la legal y la judicial.

Se ha cuestionado la falta de adecuación del sistema legal de atribución del cuidado personal con las normas constitucionales que priman sobre éstas²⁰⁰. El artículo 225 del Código Civil dispone que si los padres viven separados, "a la madre toca el cuidado personal de los niños", párrafo seguido expone que, "no obstante, mediante convención los padres podrán acordar que el cuidado pase al padre" y, finalmente, de no haber acuerdo, correspondería al juez determinar cuál de los padres ejerce el cuidado personal.

El primer problema radica en dilucidar si la atribución legal, denominada regla preferente materna, prima sobre la atribución convencional. El segundo conflicto, a mi entender, de mayor envergadura, consiste en si la propia norma de atribución materna se ha establecido en discriminación del padre.

²⁰⁰ Cfr. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *"Custodia Compartida de los hijos"*, La Ley, Madrid, España, 2008; BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *"Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia"*, Editorial Thomson Reuters Puntotex, Santiago, 2011, p. 469; ETCHEBERRY COURT, Leonor, *"Los derechos y obligaciones entre Padres e Hijos y la Patria Potestad"* Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 1999; GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *"El sistema filiativo Chileno"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

2.2.1.- Atribución convencional del cuidado personal:

El ejercicio del cuidado personal puede ser determinado de común acuerdo entre los padres, si así lo estiman ellos conveniente, con la limitación de ser en forma exclusiva a uno de estos mediante escritura pública o acta extendida ante el oficial del Registro Civil subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes. No obstante se critica dejar a la voluntad de los padres pura y simplemente dicha decisión. Así Rivero Hernández señala que: "La amplia discrecionalidad del legislador les concede en este orden al permitirles obrar de común acuerdo, nadie negará que es un riesgo grave el que se corre con ello en una materia demasiado importante para no prestarle atención"²⁰¹

Bien observa Rivero Hernández, señalando que la voluntad queda supeditada a otros factores como la cuantía de la pensión alimenticia o la prestación compensatoria²⁰².

El padre que no ejercerá el cuidado personal se puede ver influenciado por la cantidad de dinero que recibirá; esto da cuenta del real interés del otro padre quien cede el cuidado al no estar enfocado en el interés del hijo sino en el económico. Por el contrario, se podrá sostener que quien requiere detentar el cuidado personal no tiene otro fin que obtener una pensión de alimentos a favor de su hijo.

²⁰¹ RIVERO HERNANDEZ, Francisco, op. cit. p. 89.

²⁰² La pensión compensatoria en el Derecho Español es lo que en Chile se conoce como la compensación económica; sin embargo con una naturaleza jurídica distinta. Cfr. LEPIN MOLINA, Cristian, "La compensación económica", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p.p 24 y 88-94.

Ante un escenario de conflicto, la norma que permite que los padres, de común acuerdo, determinen que sea el otro progenitor que ejerza el cuidado personal, no tiene aplicación lógica. La madre se ve favorecida con la preferencia legal que a su vez le entrega beneficios económicos, por ende las decisiones que por aplicación del inciso segundo del artículo 225 del Código Civil se adopten, son influenciadas por otros factores que no son el exclusivo interés superior del niño²⁰³. Por su parte, señalar que la norma legal no tiene preferencia materna, sino que antes que ésta preferencia se encuentra la voluntad de los padres²⁰⁴, cae por la imposibilidad de su aplicación ante el conflicto producido por la separación de los padres, conflicto que la norma debe evitar estableciendo reglas basadas en el interés superior de los niños y en la igualdad en el ejercicio del rol parental.

La argumentación es simple. Si me veo enfrentado a un conflicto que la norma legal decide en mi favor, no prestaré mi voluntad a un acuerdo, que si bien para el niño puede ser beneficioso, no lo podría ser para mí en cuanto sujeto. Como señala Barros, "Una regla que opta por la madre como titular de la tuición, sin consideración ex -ante del interés del

²⁰³ Como señala Barros Bourie "Una norma tan fuerte es discutible desde el punto de vista del bien del niño y favorece que sea usado, en caso de separación, como pieza táctica de negociación económica entre los padres", 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", Ed. Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 1999, p. 48.

²⁰⁴ VELOSO VALENZUELA, Paulina, "Algunas reflexiones sobre la titularidad del cuidado personal", en Revista de Magíster y Doctorado en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, Santiago, 2011, n° 4, pp. 111-118.

niño, otorga una ventaja táctica decisiva en caso de conflicto con el padre"²⁰⁵.

En contra de la anterior línea argumentativa, doña Paulina Veloso²⁰⁶ ha desarrollado la explicación de que la regla que otorga a la madre el cuidado personal de los hijos, no es inconstitucional por no ser una regla de atribución preferente. Señala la autora, que antes que la supletoriedad legal para entregar el cuidado personal en la madre, se encuentra el acuerdo de voluntades de los padres. La argumentación desarrollada por la autora no considera el fundamento recién esgrimido, por el cual, ante un escenario de conflicto, que es el que la norma jurídica debe regular, no tiene aplicación alguna.

Dicha norma, además, en la práctica, se ve truncada por requisitos administrativos. El Registro Civil solamente subinscribe las sentencias que otorgan el cuidado personal al otro progenitor o a un tercero y el acta autorizada ante el mismo o la escritura pública en que la madre decide entregar el cuidado personal al padre, no inscribiendo ningún otro tipo de modificación, ni la relacionada con entregar el cuidado del padre a la madre o la de los padres a un tercero, generalmente los abuelos²⁰⁷.

²⁰⁵ BARROS BOURIE, Enrique, *"Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación"*, en VVAA, "El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil Chileno", Ed. Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1999, p. 46.

²⁰⁶ VELOSO VALENZUELA, Paulina, *"Algunas reflexiones sobre la titularidad del cuidado personal"*, en Revista de Magíster y Doctorado en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, Santiago, 2011, n° 4, pp. 111-118.

²⁰⁷ En relación a la entrega del cuidado personal a un tercero (ejercicio personalísimo, intransferible. Se puede llegar a la conclusión que los padres podrían entregar directamente el cuidado

Así, en estos casos, se debe recurrir al tribunal de familia competente para que homologue dicho acuerdo y, una vez aprobado éste, se subinscribe al margen de la partida de nacimiento.²⁰⁸

i.-Imposibilidad del ejercicio conjunto del cuidado personal.

La legislación, no prevé la posibilidad que los padres actuando de común acuerdo puedan determinar que el ejercicio del cuidado personal sea realizado de forma conjunta, es decir, que pueda corresponder a ambos padres dicho cuidado tal como si viviesen juntos. Dicha interpretación rompe con el principio de la coparentalidad²⁰⁹ establecido en el artículo 18

personal a los padres de ellos, abuelos de los niños. Esto soluciona la problemática que de hecho se da al la madres que han dejado al cuidado de sus hijos con sus padres, vuelven cuando éstas ya están criados y solicitan el cuidado personal.

²⁰⁸ El Servicio de Registro Civil e Identificación actúa en conformidad a la ley 19477, que en su artículo 3 señala: El Servicio velará por la constitución legal de la familia y tendrá por objeto principal registrar los actos y hechos vitales que determinen el estado civil de las personas y la identificación de las mismas. Le corresponderá, también, llevar los registros y efectuar las actuaciones que la ley encomiende. Artículo 4 son funciones del servicio, formar y mantener actualizados por los medios y formas que determine la ley los siguientes registros. 1 De Nacimiento, Matrimonio y Defunción. 2. Inscribir en el registro correspondiente los nacimientos, matrimonios y defunciones; y dejar constancia en dichas inscripciones de los hechos y actos jurídicos que las modifiquen, complementen o cancelen; 6. Dejar constancia, en los registros e inscripciones que lleve o practique conforme a la ley, de los hechos y actos jurídicos que los modifiquen, complementen o cancelen.

²⁰⁹ Produce un alejamiento emocional de progenitor respecto del menor, lo que acaba con el abandono del no custodio. Cfr. GONZÁLEZ ORVIZ, M^a Eloina, "Modelos de guarda y custodia. Síndrome de alienación parental", Editorial Bosh, España, 2010, p. 10.

de la CDN y con el 222 del Código Civil.²¹⁰ En el caso de existir matrimonio que quisiese disolverse, los padres se encuentran obligados a presentar un acuerdo regulatorio que sea completo y suficiente (artículos 22 y siguientes de la Ley de Matrimonio Civil en relación al artículo 53 de la misma ley). En este acuerdo se debe determinar claramente la titularidad del cuidado personal y la patria potestad, no existiendo la fórmula para que los padres puedan ejercer de forma conjunta o indistinta la titularidad del cuidado personal y la patria potestad. Se establece una regla de ejercicio unilateral que limita la comunicación entre los padres y pone al niño en el centro del conflicto.

²¹⁰ No obstante lo señalado y los requisitos establecidos en el artículo 225 del Código Civil, para que se produzca el traslado del cuidado personal, el Tribunal Constitucional, conociendo de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en conformidad al artículo 93 n° 6 de la CPR, ha interpretado que lo que debe perseguir el juez tras una demanda de cuidado personal es en definitiva determinar cuál de los dos padres se encuentra más apto para el ejercicio del Cuidado Personal. Rol 1515-09-INA, relacionado con RIT C-1201-2008 y RIT C-792-2007 "Carrasco con Valdebenito". Este caso fue considerado inadmisibile, pero es muy relevante ver una consideración entregada: "9°. Que la argumentación formulada en el requerimiento para explicar el conflicto de constitucionalidad que eventualmente provocaría la norma impugnada [art 225, 1° y 3°] no considera que la misma disposición legal, contrariamente a lo expresado por el requirente, no se opone al principio según el cual corresponde a ambos padres el cuidado del hijo menor, como tampoco obliga simplemente al Juez de Familia que conoce del asunto sub lite a entregar el cuidado personal del respectivo hijo menor a su madre, por el solo hecho de que haya terminado la vida en común de sus padres, sino que la disposición le permite al referido tribunal de justicia, como lo ha reconocido el mismo actor al citar jurisprudencia judicial que se ha pronunciado en tal sentido, ponderar las diversas circunstancias que rodean al caso y, a partir de ellas, decidir cuál de los padres aparece como más idóneo, desde la perspectiva de la protección de los intereses del menor, para hacerse cargo "de su cuidado personal"

Los proyectos de ley en tramitación en el Congreso²¹¹ proponen idénticas soluciones y consecuencias que el otorgamiento unilateral del cuidado personal.²¹² La fórmula consiste en que se le entrega a la voluntad de los padres acordar si realizarán el ejercicio compartido del cuidado personal, pero en caso de desacuerdo, toca a la madre el ejercicio exclusivo del cuidado personal, es decir quedamos donde mismo, ya que no habrá cuidado personal compartido sino hay acuerdo entre las partes.

2.2.2.- Atribución legal, hecho natural, carácter sancionatorio de la norma:

La ley supone que por el hecho de estar separados los padres han perdido la posibilidad de tomar acuerdos. Nuevamente reitero que la ley impulsa a los padres a la separación, ya que beneficia a una de las partes,²¹³ y determina como regla que, en caso de los padres vivir

²¹¹ Ver capítulo V del presente trabajo.

²¹² Me refiero a Boletín nº4486-18 que prohíbe a progenitor que tiene el cuidado de los hijos alejarse del lugar donde el régimen fue decretado, para impedir visitas; También Boletín nº5002-07, que modifica la ley de menores en materia de cuidado personal de los hijos, archivado; Boletín nº5197-07, que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, fusionado con; Boletín nº5743-07, modifica el código civil, la ley nº 19.968 que crea los tribunales de familia y la ley nº 16.618 de menores en miras de asegurar una efectiva protección de los derechos y deberes que emanan de la filiación, en relación a la sexualidad de los padres; Boletín nº5793-18; Boletín nº 5917-18, introduce modificaciones al código civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, fusionado con 7007-18, en tramitación.

²¹³ Cfr. DIAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M^a Dolores, "La Patria Potestad", en "Protección Jurídica del Menor", VVAA, Editorial Colex, Madrid, 2009.

separados, corresponderá a la madre el cuidado personal de los hijos²¹⁴.

Dicha atribución legal ha sido objeto de reiterados cuestionamientos por parte de la doctrina²¹⁵.

²¹⁴ Esta afirmación no es absoluta, ya que una parte de la doctrina considera que la primera regla de atribución es la voluntad de los padres. Como ya se argumentó esto no es así y, al vivir los padres separados, en caso de conflicto, a la madre corresponde el cuidado personal.

²¹⁵ La profesora Fabiola Lathrop Gómez, realizando un acabado estudio sobre la constitucionalidad de la norma del artículo 225 incisos primero y tercero, llega a la siguiente conclusión: "La norma contenida en el artículo 225 inciso primero del C.C. es inconstitucional frente al principio de igualdad consagrado en el artículo 19 No. 2 de la CPR y en diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Desde el punto de vista de la igualdad formal, el Código Civil establece una discriminación en contra del hombre, diferenciación que no supera el estándar de razonabilidad y de proporcionalidad y que, por lo tanto, constituye una discriminación arbitraria e injusta en su contra. La norma contenida en el art. 225 inciso primero C.C. vulnera también una dimensión especial de la igualdad, esto es, la igualdad real en cuanto establece una falsa discriminación positiva a favor de la mujer, basada en estereotipos y prejuicios que nuestra sociedad tiende a superar. La historia fidedigna del establecimiento de la ley nos indica que, al consagrar la regla de atribución materna preferente del cuidado personal, el legislador ha tenido en cuenta un fin práctico: evitar la judicialización de los conflictos familiares. Sin embargo, la utilidad de una norma de este tipo se reduce al caso de separación propiamente de hecho sin acuerdo, en cuyo caso presenta problemas probatorios, y a ciertos casos de nulidad matrimonial; presenta también problemas de prueba en materia de salida de menores al extranjero, y, por último, no existe claridad acerca de si constituiría también un criterio de atribución judicial. Pierde también sentido la razón de utilidad de la norma confrontada con ciertos datos sociológicos que indican que, al menos más modernamente, el padre no asume, como antes, la regla automática de atribución legal preferente materna, existiendo una mayor resistencia a aceptar que él debe irse de la casa y la mujer quedarse con los hijos. En efecto, la norma en cuestión no respeta el principio de corresponsabilidad al establecer una ineptitud abstracta inicial en él. Es cierto que un lactante, la gran mayoría de las veces, puede no estar totalmente protegido en su interés si se establece la regla contraria, si se le aleja de su madre. Pero no es la regla inversa la que proponemos (que sean siempre entregados al padre): defendemos ese ejercicio de reflexión en los casos en que

Según Fabiola Lathrop Gómez, la norma no se ajusta a una serie de preceptos y principios constitucionales, que corresponden tanto al ejercicio de la parentalidad como los derechos de los niños a ser criados por ambos padres, manteniendo ellos así una formación equilibrada y sana. Por el contrario, con la normativa actual, señala Lathrop, se establece una discriminación contra el padre que no ejerce el cuidado personal, gravemente se establece una dinámica familiar post-separación por la cual las cargas de la familia

un mínimo de sana comunicación lo permite y, en los que no existe ese mínimo, el hijo menos pierde aun porque un tercero será el llamado a decidir sobre la base de los antecedentes que se le acerquen, sin que uno de los dos padres, derrotado por una norma supletoria, se vea obligado a dejar de participar en la crianza del hijo. Es mejor que haga el ejercicio de decidirlo o que la ley dé la posibilidad de convencerse de que el otro es mejor porque así lo evidenció. Este tipo de atribuciones legales desincentivan, creemos, la posibilidad de desarrollar aptitudes parentales: frecuentemente, el padre decide, sin más, asumir esa realidad que viene dada por la ley. El medio escogido para satisfacer el fin perseguido, sea éste la conveniencia jurídica de establecer una regla de este tipo en términos de evitar pronunciamientos adicionales, o bien, perseguir el bien del hijo entregándolo sin discusión al respecto a su madre, no son adecuados. Un medio adecuado, tal como constituye la tendencia en el Derecho comparado, es llamar a las partes a hacer ese ejercicio de parentalidad a través del acuerdo regulador, respetar la decisión de ellas al decidir sobre el cuidado personal, o bien, dejar que ambos demuestren sus aptitudes ante el juez". LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno", Revista Ius et Praxis, Vol. II, Talca, 2010, pp. 147-184; BARROS BOURIE, Enrique: "Habida consideración del principio de igualdad ante la ley, tengo dudas de la constitucionalidad del artículo 225 inciso primero y tercero, 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". BARROS BOURIE, Enrique, "Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación", en VVAA "El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil Chileno", Ed. Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1999, p. 47.

quedan descompensadas y, en definitiva, se perjudica al niño, el que se desarrolla en un ambiente hostil y disfuncional.²¹⁶

El niño se criará en un marco de desigualdad, lo que rompe con el deber del Estado de que los niños se formen con pleno respeto de los derechos emanados de la Convención Internacional de Derechos del Niño²¹⁷.

Leonor Etcheberry, en boletín 7007-09 refundido con 5917-18, señaló que: "En la norma en comento, claramente quien está decidiendo que el niño debe ser separado de sus padres, es el cónyuge del padre o madre del menor, quien amparado en esta norma puede en forma onnipotente, oponerse a que el hijo viva junto a uno de sus padres. Por lo tanto, esta norma hace que el Estado que debe velar para que el niño no sea separado de sus padres, le da una herramienta a un tercero, que si bien no es ajeno a la situación, sí es ajeno al menor, de decidir con quién éste no puede vivir. Por ello, se propone derechamente derogarlo".²¹⁸ Asimismo, se han presentados proyectos de ley reformando el artículo 225 del Código Civil y regulando de mejor forma el contacto que pueda tener el padre no custodio con su hijo, proyectos que en su mayoría no han prosperado.

²¹⁶ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil Chileno", Revista Ius et Praxis, Vol. II, Talca, 2010, pp. 147-184.

²¹⁷ "Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad". Preámbulo de la Convención de Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

²¹⁸ 29 de Junio de 2010, ingreso de proyecto, primer trámite constitucional.

La atribución legal en la madre, en parte, se basa en sus características naturales como mujer. Así lo ha entendido la jurisprudencia²¹⁹. Esta condición es denominada como la

²¹⁹ Los tribunales ordinarios han reiterado que el derecho de la madre a ejercer el cuidado personal corresponde a un orden natural. Bajo esa línea argumentativa hace prácticamente imposible, salvo graves y reiterados malos tratos, que se le otorgue al padre el cuidado personal "Octavo: Que, además, cabe expresar que siendo el interés superior del niño un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, no se advierte de autos que los sentenciadores lo hayan desatendido, por el contrario, se ha respetado la regla de orden natural prevista en el artículo 225 del Código Civil, en cuanto a que la crianza de los hijos, en caso de separación de los padres, corresponde a la madre. En efecto, no se estableció en el fallo impugnado inhabilidad o causa calificada que le impida a ésta ejercer su rol, ni tampoco una situación de vulneración, peligro o amenaza para los menores, que justificara, entregar su cuidado a su padre; sin que obste a ello el deseo que han manifestado los niños de permanecer bajo el cuidado de éste, Corte Suprema 19 de Mayo de 2009 Rol 1789-2009; 4°.- Que la norma del citado artículo 225 trasunta congruencia con el generalizado sentido común, cuya fuente se encuentra, en último término, en la naturaleza de las cosas. Dotada ha sido la mujer de las condiciones primarias para relacionarse de la manera que puede considerarse más próxima a lo debido, con sus hijos menores. El legislador ha intervenido el ordenamiento jurídico chileno para sintonizarlo con la realidad socio funcional propia del siglo XXI, que viene traduciéndose en cultura jurídica paulatinamente plasmada en textos de alcance universal, entre los que no está demás mencionar la ya dicha convención y aquella sobre No Discriminación de la Mujer. Sin embargo, se ha mantenido el principio rector del mencionado artículo 225; 5°.- Que síguese de lo anterior que mientras no se compruebe la comparecencia de alguna inhabilidad física, psíquica o moral que haga pensar que el hecho de entregarse la menor a su madre vaya a suponer perjuicio a los intereses de aquélla, lo que procede es juntar a la progenitora con la criatura; Corte de Apelaciones de Santiago 23 de Abril de 2009, Rol 510-2009. En otra causa se formulan los mismos considerandos, en relación a la inhabilidad, la indispensabilidad y orden natural: QUINTO: Que, en consecuencia, cierto es que el legislador ha variado su criterio a la hora de decidir cuál de los dos progenitores, en caso de separación, es el encargado del cuidado de los hijos menores. Y de aquel razonamiento por el cual se entendía que siempre era la madre la encargada de tal cuidado, por el sólo hecho de ser tal, salvo ¿depravación? de la misma, se ha pasado a ocupar el criterio del interés superior del niño -reiterado en el artículo 16 de la ley 19.968 ,presumiendo la ley que dicho interés está más a salvo con la madre, sin perjuicio

doctrina de los años tiernos, por la que la atribución de los niños, en especial de aquellos que se encuentran en los primeros años de vida, se le entrega a la madre por considerar que se encuentra más apta, conforme al orden natural de las cosas, para criar a un niño.

En general, la doctrina ha interpretado que la pérdida del cuidado personal constituye una sanción²²⁰ al ejercicio

de entregar el cuidado al padre bastando para ello acreditar simple maltrato, descuido u otra causa calificada y sin exigir la depravación de la progenitora. Tal criterio, el del "interés superior del niño", se sustenta, además, en el artículo 3 de la Convención Internacional de Derechos del Niño. SÉPTIMO: Que, entonces, la ley, el artículo 225 del Código Civil, es el que debe regular el conflicto de autos, norma por la cual el cuidado personal de "nn" debe quedar entregado a la madre demandada salvo que, el interés superior de dicho menor haga indispensable variar tal premisa, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, caso este último en que la tuición puede ser entregada al padre. NOVENO: Que, en consecuencia, no hay razón alguna que permita al tribunal mudar el cuidado personal del menor de autos, actualmente detentado por la persona a la que naturalmente le corresponde -la madre-, desde que no hay pruebas que permitan concluir que el interés superior del niño haga indispensable, por maltrato, descuido u otra causa justificada, entregar la tuición al padre demandante. Corte de Apelaciones de Santiago 22 de Mayo de 2009 rol 565-2009. Por último La Corte Suprema, en la ratio decidendi de un fallo sobre autorización de salida del país ha fallado "no puede desconocerse la particular situación del menor dada por su condición etaria y etapa de desarrollo en que se encuentra, donde si bien tanto la figura paterna y la materna son importantes y determinantes para su formación, lo cierto es que no puede desconocerse aquélla regla natural o biológica que da cuenta de una especial vinculación con esta última. Tal relación, que viene dada por la existencia de la vida prenatal y que se presenta como simbiótica en los inicios del desarrollo humano, se va transformando e independizando a medida que el niño avanza en su desarrollo. Sin embargo, en esta etapa de la niñez es crucial la presencia de la madre, con la que primordialmente se presenta el apego, elemento fundamental para la formación del niño, en cuanto factor de protección y contención - desde los primeros momentos de la existencia, pasando por diversos ciclos de la vida, entre ellos el de la primera infancia y el de la pre-escolaridad". Corte Suprema, 6 de Julio de 2009, Rol 2246-2009.

²²⁰ "El sistema semiautomático de atribución de un régimen de visitas en fines de semanas alternos y mitad de vacaciones reduce la

torcido²²¹. Otro tanto ha hecho la jurisprudencia. Al ser una norma sancionatoria, la interpretación al artículo debe ser necesariamente restrictiva y, por tanto, utilizarse como norma de última ratio.

En síntesis, la norma de atribución legal es cuestionada por ser contraria al principio de igualdad constitucional; contraria al principio de corresponsabilidad parental y contraria al principio de interés superior del niño.

2.2.3.- Atribución Judicial: Pérdida del cuidado personal, características y requisitos²²².

Se distinguen en los artículos 225 y 226 del Código Civil dos estatutos para la pérdida del cuidado personal dependiendo si quien lo solicita es el otro progenitor o si es solicitado por un tercero.

2.2.3.1.- Solicitud por el otro progenitor.

estancia de los hijos en menos del 30% con el padre o madre que no tiene la custodia, lo cierto es que de facto se produce una sanción" Cfr. GONZÁLEZ ORVIZ, M^a Eloina, *"Modelos de guarda y custodia. Síndrome de alienación parental"*, Editorial Bosh, España, 2010, p. 10.

²²¹ Cfr., CORRAL TALCIANI, Hernán, *"Familia y Derecho"*, Colección Jurídica Universidad de los Andes, Santiago, 1994, p. 207; DIAZ-AMBRONA BARDJAÍ, M^a Dolores, *"La Patria Potestad"*, en *"La protección jurídica del Menor"*, VVAA, Coordinación POUS DE LA FLORE, M^o Paz y TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes, 2^a Ed., Editorial Colex, Madrid, 2009, p. 63.

²²² Dogmáticamente, la pérdida del cuidado personal es mucho más amplia. Se considera también como pérdida aquella que proviene de la propia voluntad con la atribución convencional, también aquella que provenga de una sanción penal o también de la aplicación de una medida precautoria, artículo 71 a de la ley 19968, sin embargo, bajo ese concepto también puede considerarse que el cuidado personal se pierde, para el padre-hombre, por el sólo hecho de vivir los padres separados.

Conforme al artículo 225 del Código Civil, el Cuidado personal puede ser solicitado judicialmente si ha precedido descuido, malos tratos u otra causa calificada que haga indispensable trasladar el cuidado personal al otro padre.

i.- Elementos, descuido, maltrato u otra causa calificada

Los malos tratos, descuidos y otra causa calificada, deben romper con la presunción establecida por la ley por la cual se le entrega el cuidado a la madre. La norma requiere elementos subjetivos de tipo culposos, atribuibles a quien detentaba el cuidado personal, y elementos objetivos, que deben ser analizados de forma concreta para cada caso en particular; primero, la indispensabilidad del traslado; luego, el interés superior del menor. Los malos tratos y descuidos han sido interpretados como elementos que deben ser considerados como especialmente graves y reiterados. La causa calificada, que bien podría considerarse como una posibilidad amplia de hechos que permitan al juez atribuir el cuidado personal al otro progenitor, se ha interpretado de forma restringida²²³. No obstante lo señalado y los requisitos

²²³ Existen dos elementos interpretativos que limitan la extensión de la causa calificada. El primer principio interpretativo se encuentra en el mensaje, por el cual el ejemplo determina la aplicación de la norma. Si bien en este caso no se trata de un ejemplo si da el marco interpretativo, que configura el segundo principio interpretativo establecido en el art. 23 del Código Civil "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación" Así no obstante que el juez de grado considere la norma estatuida en el inciso primero del artículo 225 del Código Civil como discriminatoria, no puede fundarse en la discriminación para fundarse en el fallo. En este sentido se hace referencia a la máxima "*Dura Lex Sed Lex*". Cfr. QUINTANA BRAVO, Fernando, "*Interpretación y Argumentación Jurídica*", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 150.

establecidos en el artículo 225 del Código Civil, para que se produzca el traslado del cuidado personal, el Tribunal Constitucional, conociendo de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en conformidad al artículo 93 n° 6 de la CPR, ha interpretado que lo que debe perseguir el juez tras una demanda de cuidado personal es, en definitiva, determinar cual de los dos padres se encuentra mas apto para el ejercicio del Cuidado Personal.²²⁴ En concordancia con esta interpretación, Maricruz Gómez de la Torre, entiende que la norma de *lege ferenda* debiese discurrir entre cual de los padres se encuentra mejor capacitado para ejercer el cuidado personal. Así señala: "En síntesis, el artículo 225 del código Civil debió establecer que en el caso de que los padres vivan separados, el hijos quedará a cargo del padre o madre que mejor pueda otorgarle el Cuidado Personal y facilite de manera más óptima la vinculación con el otro padre. En la mayoría de los casos quien califique será la madre pero no siempre es así. A veces será el padre quien permita un mejor desarrollo físico, moral²²⁵ y psíquico del hijo. En igualdad de condiciones de los padres deberá permanecer con aquel que

²²⁴ Cfr. Rol 1515-09-INA, Tribunal Constitucional. relacionado con RIT C-1201-2008 y RIT C-792-2007 "Carrasco con Valdebenito":

²²⁵ "Por un lado, el derecho a la libertad de creencias y la libre formación de conciencia, dado su carácter fundamental y su estrecha vinculación con la dignidad humana, ostenta la más alta consideración en nuestro sistema, y es, por supuesto, reconocido al menor de edad en plenitud, al menos, y en relación a su ejercicio, desde que tiene la suficiente capacidad. No obstante, y por otro lado, mientras no se alcance el suficiente juicio goza de una especial protección, reconociéndose por nuestro derecho una exigencia de cuidado que recae sobre los titulares de la patria potestad, y que se traduce en diversas facultades que les son otorgadas para el correcto desarrollo del deber asignado, por lo que, obviamente, la actuación paterna puede incidir en el contenido de los derechos de los hijos". GARCIA VILARDEL, María Rosa, "El derecho a determinar la formación religiosa y moral de los hijos reflexiones en torno a su titularidad", en "La protección del menor", Antonio Vallés Copeiro del Villar (coord.), Tirant lo Blanch, España, 2009, p. 227.

mejor asegure su bienestar físico y espiritual, y al mismo tiempo facilite su vinculación con el otro padre”²²⁶.

No debería ser, entonces, una norma sancionatoria²²⁷ al padre que ejerce el cuidado personal, ni tampoco se examinaría la inhabilidad del padre o madre que lo ejerce. Sin embargo, la ley establece requisitos de procedencia en el otorgamiento del cuidado personal, y ellos dicen relación, como se señalaba, con los elementos subjetivos de carácter culposo: descuido, malos tratos u otra causa calificada, y con la indispensabilidad.

ii.- Indispensabilidad. Análisis del adjetivo “indispensable”

La palabra “indispensable”, estatuida en el artículo 225 inciso tercero del Código Civil, rompe con el principio de igualdad entre padres, y con el propio interés superior del niño.

El juez no solamente debe encontrar en los hechos maltrato, descuido u otra causa calificada, cuestión que ya es gravosa para el padre que pretende el cuidado personal, sino que además debe hacer un examen de indispensabilidad del cambio del cuidado personal, realizando un análisis pormenorizado de todas aquellas acciones que se pudiesen adoptar para evitar el traslado del cuidado personal.

Indispensable, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE), es el adjetivo de algo que se

²²⁶ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “El sistema filiativo Chileno”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 142.

²²⁷ Ver nº 2.2.2.

hace necesario o muy aconsejable que suceda, que es muy necesario porque sin su presencia no es posible lo que se desea; por ejemplo, para jugar al tenis es indispensable tener una raqueta, transformándose en imprescindible, necesario, u obligatorio. Así, el juez deberá sopesar si los hechos basales, subjetivos de tipo culposo: malos tratos, descuidos u otra causa calificada, hacen que el traslado del cuidado personal sea obligatorio.

Por ejemplo, la madre que durante un período de inestabilidad emocional, intenta suicidio frente a sus hijos, con el único afán de dañar al padre, sin importarle con ello la estabilidad de sus hijos, realiza un acto o varios actos culposos, que podrían denominarse malos tratos hacia los hijos al someterlos a una situación de estrés, dañándolos emocional y eventualmente físicamente. Asimismo, denota una incapacidad para ejercer el rol parental, ya que quien se pretende suicidar no atiende a los razonamientos lógicos y naturales, incluso hasta el punto de vencer el instinto primario de todo ser vivo que es el de la supervivencia. En el ejemplo, en este acto de intentar cometer suicidio frente a sus hijos deberá sopesarse con la necesidad de trasladar el cuidado personal al padre. Claramente, la madre se encuentra en un período de inestabilidad emocional tan abierto que pierde toda referencia al daño que le puede estar causando a sus hijos, lo que como se señaló, es un claro indicador de ineptitud para el ejercicio del rol parental. El juez debería entregar el cuidado personal al padre o a un tercero que lo solicite, a fin de evitar que los hijos se vean enfrentados a otro intento de suicidio de la madre y porque ha quedado en evidencia que la madre no se encuentra habilitada para ejercer el rol

parental. Se cumpliría así con el interés superior de los niños y la indispensabilidad del cambio en la titularidad. Sin embargo, ¿qué sucedería si el juez considerara que en razón de la edad de los niños, éstos no pudieron percibir lo que sucedía y por tanto no acarrearles ningún daño, no existiendo entonces actos de tipo culposo, o si en la misma situación, el juez ordenase que la madre ingresase a tratamiento a fin de normalizar su conducta? El juez, entonces, no considerará obligatorio el traslado del cuidado personal, lo mantendrá en la madre, afectando entonces el interés de los niños. La ley entonces prevé la posibilidad de que el juez falle en contrasentido a la norma rectora en cuestión, lo que queda en evidencia al analizar los casos en que los padres no obtienen el cuidado personal de los hijos.

Esta regla de última ratio deviene en desigualdad, en principio, entre el hombre y la mujer, ya que la misma norma determina que al vivir separados toca a la madre el cuidado personal de los hijos, como sucede en el caso de marras.

La regla de atribución preferente materna estipulada en el artículo 225 inciso primero del Código Civil, conjugada con la palabra "indispensabilidad", que en el interés superior del niño, hagan necesario el cambio en la titularidad, determinan que la aplicación de esta última norma sea contraria a los principios de igualdad entre hombre y mujer, y contraria asimismo al interés superior del niño, que bien puede no convenirle que sea la madre quien ejerza el cuidado personal. A mayor abundamiento, la jurisprudencia continúa analizando, si en conformidad al artículo 42 de la Ley de Menores, existe inhabilidad de los padres para ejercer el cuidado personal.

Presumiendo, entonces, que quien lo ejerce se encuentra mejor capacitado para dicha titularidad²²⁸.

2.2.3.2.-. Solicitud del cuidado personal por un tercero.

Esta acción se encuentra regulada en el artículo 226 del Código Civil en relación al artículo 42 de la ley de Menores y artículo 226 del Código Civil.

EL artículo 226 del Código Civil señala "Podrá el juez, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. En la elección de estas personas se preferirá más próximamente y sobre todo a los ascendientes".

Esta norma está directamente relacionada con el artículo 42 de la ley 16.618 señala "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° Cuando estuvieren incapacitados mentalmente; 2° Cuando padecieren de alcoholismo crónico; 3° Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo; 4° 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°. Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; 6° Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para

²²⁸ Sentencia de Primer Juzgado de Familia de Santiago, C-1234-2011, 10 de Octubre de 26 de Octubre de 2011.

su moralidad; 7º Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.²²⁹

El estatuto predecesor del Código disponía de una norma similar: "En caso de mala conducta o inhabilidad de alguno de ellos, puede el juez encomendárselos al otro; el adulterio de la madre inhabilita en todo caso. Si ambos padres se hallan en las mismas circunstancias, pueden encomendarse a los hijos a otras personas, y respecto de los legítimos, se preferirá a los consanguíneos más próximos y sobre todo a los ascendientes (art. 225)".²³⁰

En la actualidad, el artículo 42 de la Ley de Menores continúa siendo analizado como norma rectora para el otorgamiento del cuidado personal al otro padre, cuando de la simple lectura se estatuye que dicho precepto debe aplicarse cuando es necesario entregarle el cuidado a otra u otras personas (ya que así expresamente se señala "para los efectos del artículo 226..."). Por ello, se debe restringir el ámbito de aplicación de la norma, pero la jurisprudencia continúa aún utilizándolo como criterio para el otorgamiento o rechazo en la acción de cuidado personal intentada por el otro padre.

2.2.3.3. Adopción²³¹.- La adopción constituye un tipo de filiación en el ordenamiento jurídico nacional. Por tanto,

²²⁹ Ley 19585, artículo 5º, publicada en el Diario Oficial el 26 de octubre de 1998. El artículo 9º de la ley 19585, dispuso que la presente modificación entrará en vigencia un año después de su publicación.

²³⁰ FABRES EGAÑA, José Clemente, "Instituciones de Derecho Civil Chileno", Imprenta del Universo, 1863, nº 72, p. 46.

²³¹ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "Adopción y filiación adoptiva" Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

quien adopte a un menor ejercerá todos los derechos y deberes que de la filiación se deriven.

El artículo 1 de la ley 19.620 dispone "La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por la familia de origen. La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o de los adoptantes en los casos y con los requisitos de la presente ley".

Al respecto, Maricruz Gómez de la Torre propone la siguiente definición "es la relación jurídica que se establece entre adoptante y adoptado, constituida por sentencia judicial, cuya finalidad es proporcionarle al segundo una familia que le brinde afecto, le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales, materiales y el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, cuando ello no pueda ser proporcionado por su familia de origen."²³²

2.3. Cuidado personal en el Derecho comparado.

Desde el Derecho internacional, la Convención de la Haya de 25 de Octubre de 1980, vigente en Chile desde el 1 de Mayo de 1994 define la "custodia", término internacionalmente utilizado para el cuidado personal, como el derecho del padre a elegir el lugar de residencia de su hijo, en contraposición

²³² GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, "El sistema filiativo Chileno", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 223.

al derecho de visitas del padre no custodio que tiene un deber de vigilancia a favor de su hijo. En Derecho Comparado es difícil encontrar una definición exacta, ya que como señalábamos, el cuidado personal o autoridad paterna es una atributo de la patria potestad, consignándose entonces como "el conjunto de derechos que confiere la ley al padre y la madre sobre la persona y los bienes de sus hijos no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben en lo que concierne a la manutención y educación de dichos hijos"²³³.²³⁴

2.3.1.- Derecho Latinoamericano

En Argentina, los aspectos personales se encuentran vinculados a los patrimoniales bajo el concepto de patria potestad²³⁵. Su ejercicio es realizado de forma conjunta

²³³ JOSERRAND, Louis, "Derecho Civil" Tomo I, Vol. II, La Familia, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, p. 257.

²³⁴ Se comprende entonces que la administración de los bienes de los hijos, su representación y usufructo sobre sus bienes deben ser realizados con la finalidad de criar y educar a los hijos, dueños de los bienes. (Es por esta razón la necesidad de vinculación o desmembramiento claro entre ambas instituciones, cuestión sobre la que volveremos más adelante).

²³⁵ Título III De la patria potestad, Artículo 264. La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas 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. Su ejercicio corresponde: 1ro. En el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado. Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el Artículo 264, quater, o cuando mediare expresa oposición; 2do. En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación; 3ro. En caso de muerte de uno de los padres, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad, o

entendiendo que existe un derecho de oposición si el otro padre está en desacuerdo. La base es el artículo 264, sin embargo, una definición más precisa se encuentra en el artículo 265²³⁶, que se refiere directamente al cuidado de los hijos.

En cuanto a la separación de los progenitores, la reglamentación argentina establece un criterio de edad para el otorgamiento del cuidado personal.

En Brasil²³⁷, no se define el cuidado personal propiamente tal, sino que señala que los hijos se encuentran sometidos al poder familiar.

suspensión de su ejercicio, al otro; 4to. En el caso de los hijos extramatrimoniales, reconocidos por uno solo de los padres, a aquel que lo hubiere reconocido; 5to. En el caso de los hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos padres, a ambos, si convivieren y en caso contrario, a aquel que tenga la guarda otorgada en forma convencional, o judicial, o reconocida mediante información sumaria; 6to. A quien fuese declarado judicialmente el padre o madre del hijo, si no hubiese sido voluntariamente reconocido.

²³⁶ Artículo 265. Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios.

²³⁷ Poder de la familia. Sección I Disposiciones Generales Sección 1630. Los niños están sujetos al poder de la familia como menores de edad. Sección 1631. Durante el matrimonio y estable, que es el poder conocer a los padres, en ausencia o incapacidad de uno de ellos, el otro con el ejercicio exclusividad. Parágrafo sola. Desvío de los padres en cuanto al ejercicio del poder de la familia está asegurada cualquiera de ellos recurran a los tribunales para resolver el desacuerdo. Sección 1632. La separación legal, divorcio y la disolución de estable no cambiar el las relaciones entre padres e hijos, pero a la derecha, que se ajusta a la primera, que tienen en su esta última empresa. Sección 1633. El hijo, no reconocido por el padre, es único en el poder de la familia de la madre si el madre no se sabe o es capaz de ejercerlo, dará el tutor será menor. En la sección II El ejercicio de la Familia de energía Sección 1634. Es responsabilidad de los padres, respecto a la persona de los hijos

Una vez separados los padres se reglamenta cuidadosamente la posibilidad de la guarda conjunta o exclusiva²³⁸, pudiendo

menores: I - llevándolos a la crianza y la educación; II - tenerlos en su compañía y de guardia; III - para conceder o negar el permiso para casarse; IV - a designar tutor por testamento o por un documento auténtico, si el otro padre no sobrevivir, o no sobrevivir a la familia puede ejercer el poder; V - para que los representen hasta la edad de dieciséis años, en los actos de la vida civil, y de verlas después de que edad, en los actos en que sean partes, el suministro de ellos con su consentimiento; VI - dicen ellos, que mantiene ilegalmente; VII - para exigir que paguen la obediencia, el respeto y los servicios adecuados a su edad y condición.

²³⁸ La legislación del Brasil de junio 2008. 1. El texto. "Art. 1.583. La guarda sería unilateral o compartida. § 1o Entiendese por guarda unilateral la atribuida a uno solo de los progenitores o a alguien que los substituye (art. 1.584, § 5o) y por guarda compartida la responsabilización conjunta del ejercicio de los derechos y deberes del padre y de la madre que no viven bajo el mismo techo concerniente al poder familiar de los hijos comunes.

§ 2o La guarda unilateral será atribuida al progenitor que revele mejores condiciones para ejercerla y, objetivamente, más aptitud para fomentar en los hijos los siguientes factores:

I - Afecto en las relaciones con el progenitor y con el grupo familiar;

II - Salud y seguridad;

III - Educación.

§ 3o La guarda unilateral obliga al padre o a la madre que no la detenta a supervisar los intereses de los hijos.

"Art. 1.584. La guarda, unilateral o compartida, podrá ser:

I - Peticionada, por consenso por el padre y por la madre, o por cualquiera de ellos, en acción autónoma de separación, de divorcio, de disolución de unión estable, o a través de una medida cautelar;

II - Decretada por el juez, en atención a las necesidades del hijo, o en razón de la distribución del tiempo necesario para la convivencia de éste con el padre y con la madre.

§ 1o En la audiencia de conciliación, el juez informará al padre y a la madre el significado de la guarda compartida, su importancia, la similitud de deberes y derechos atribuidos a los progenitores y las sanciones por el incumplimiento de sus cláusulas.

§ 2o Cuando no haya acuerdo entre madre y padre en cuanto a la guarda del hijo, siempre que sea posible, se aplicará la guarda compartida.

§ 3o Para establecer las atribuciones del padre y de la madre en los períodos de convivencia bajo la guarda compartida, el juez, de oficio o a petición del Ministerio Público, podrá tener en cuenta la orientación técnico-profesional de un equipo interdisciplinario.

§ 4o La alteración no autorizada o el incumplimiento inmotivado de la cláusula de guarda, unilateral o compartida, podrá implicar la

decretarse a solicitud de uno de los progenitores o vía judicial con oposición de ambos padres.

El legislador del Brasil ha intentado que la separación de los padres no vulnere el derecho del hijo a mantener contacto con ambos e intenta dar normas claras y eficientes tanto para la guarda unilateral cuanto para la compartida²³⁹.

La ley brasileña, al igual que la española y la italiana, da valor significativo al acuerdo de ambos cónyuges; cuando ese acuerdo no existe, parece dar prioridad a la guarda compartida al decir: Cuando no haya acuerdo entre madre y padre en cuanto a la guarda del hijo, siempre que sea posible, se aplicará la guarda compartida²⁴⁰.

La Legislación colombiana, como hemos señalado en este texto²⁴¹, trata en títulos distintos, al igual que el Código Chileno, sobre el cuidado personal o de la crianza y educación y la patria potestad²⁴². Durante la convivencia el artículo 263 del Código Civil Colombiano señala "Los padres, de común acuerdo, dirigirán la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual, del modo que crean más

reducción de las prerrogativas atribuidas a su detentador, incluso en cuanto al número de horas de convivencia con el hijo.

§ 5o Si el juez verifica que el hijo no debe permanecer bajo la guarda del padre o de la madre, otorgará la guarda a la persona que muestre compatibilidad con la naturaleza de la medida, considerados la preferencia o grado de parentesco y las relaciones de afinidad y afecto.

²³⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La guarda compartida. una visión comparativa.", Investigación de D. Comparado, CS, 2006-144.

²⁴⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La guarda compartida. una visión comparativa.", Investigación de D. Comparado, CS, 2006-144.

²⁴¹ Ver 1.2. del presente trabajo.

²⁴² El título XII, del libro XII, sobre la crianza y educación artículo 253, y el título XIV sobre la patria y potestad artículos 288 y siguientes

conveniente para éstos; asimismo, colaborarán conjuntamente en su crianza, sustentación y establecimiento". Sin embargo, se ha organizado, en virtud de un Código del Menor²⁴³, todo lo concerniente a ellos y con esto ha unificado en cierta medida los conceptos.

En Venezuela²⁴⁴, con relación a la responsabilidad de crianza, el legislador establece el deber y derecho compartido igual e irrenunciable del padre y la madre de amar, criar, formar, educar, custodiar, vigilar y mantener y asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas.

Así, la legislación latinoamericana se basa en el principio de que, "El ejercicio de la custodia se requiere el contacto directo con los hijos e hijas y, por tanto, faculta a ambos progenitores para decidir mediante acuerdo, sobre el lugar de su residencia o habitación, a la vez que responsabiliza civil, administrativa y penalmente por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad de la crianza".²⁴⁵

2.3.2.- Derecho Europeo

En Francia, el Informe *Rénover le droit* de familia septiembre de 1999, señaló que los principios de derecho de familia son: derechos del menor a una familia, la primacía de la familia respecto a las autoridades públicas sociales o

²⁴³ Decreto 2737 de 1989, Código del Menor. Diario Oficial No. 39.080 de 27 de noviembre de 1989

²⁴⁴

²⁴⁵ VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos; RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, Coordinadores, "La incorporación progresiva de los niños a la ciudadanía activa" en "Por los derechos de la Infancia de la adolescencia", Editorial Bosch, Barcelona, 2009, p.130.

judiciales, el derecho del menor a ser educado por sus dos progenitores y el derecho a que se relacione con otros parientes. Se destaca entonces, como principio que el niño debe ser educado por ambos padres, como también el derecho del niño a una familia. "En orden a una profunda reforma del derecho de familia, estos señalan la conveniencia de reforzar y revalorizar la potestad de los padres para asegurar al menor un equilibrio y para facilitar a los padres los medios para ejercer su función, lo que repercute en la mejor educación del menor"²⁴⁶

El actual 371.1 del *Code*, modificado por la ley 2002-305 de 4 de Marzo de 2002, establece que la autorité parentale es el conjunto de derechos y obligaciones que tienen como fin el interés del hijo y en relación a su titularidad, señala que corresponde al padre y a la madre hasta la mayoría de edad o emancipación; consiguientemente el contenido corresponde velar por su seguridad, su salud y su moralidad, para asegurar su educación y permitir su desarrollo con el respeto debido a su persona.²⁴⁷.

El derecho Inglés se encuentra regido por la conocida *Children Act* de 1989. Este sistema parte de la base que ambos padres ejercen de forma completa la responsabilidad parental. Los padres, al separarse, deben acordar como se desarrollará la organización familiar, el cual deberá ser adoptado periódicamente en cuanto cambien las circunstancias²⁴⁸. En caso de desacuerdo, naturalmente es el juez quien decidirá sobre la

²⁴⁶ RUISÁNCHEZ CASPELASTEGUI, Covadonga, "La privación de la patria potestad", Atelier, Madrid, 2006, p.22.

²⁴⁷ Código Civil Francés edición bilingüe, Marcial Pons, 2005. p. 225.

²⁴⁸ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Custodia Compartida de los Hijos", Madrid, La Ley, 2008, p. 313.

residencia, contacto entre hijo y padre no conviviente, y el modo en que habrán de adoptar las decisiones más importantes en la vida del niño²⁴⁹.

El sistema de cuidado personal entonces, se encuentra organizado de tal forma que no se pierden, por parte del padre o madre para con su hijo, derechos por el hecho de no convivir juntos. Se establece eso sí, un sistema de residencia fija, y se organiza pro el juez los tiempos en los que el niño tendrá contacto con el padre no residente.

En relación al cuidado compartido, en este caso residencias alternadas, se plantea la discusión de cuan flexible debe ser el sistema de residencias, establecido en *section 8 (1)* del *Children Act*, ya que en un principio se concede a un solo progenitor. Los jueces solamente otorgan residencias alternadas en el caso de existir completo acuerdo y un alto nivel de cooperación entre los padres.

En Alemania, el parágrafo 1626.1 del BGB²⁵⁰ establece una función general de cuidado paterno. Esta función paterna comprende el derecho y la obligación de determinar su crianza, educación, guarda y residencia.²⁵¹ Aquí se distingue entre el cuidado personal y la administración patrimonial. El parágrafo 1631 determina el contenido del cuidado personal del hijo y la obligación de determinar su cuidado, educación, guarda y residencia. Una vez producida la ruptura, las decisiones

²⁴⁹ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "*Custodia Compartida de los Hijos*", Madrid, La Ley, 2008, p. 314.

²⁵⁰ Bürgerliches Gesetzbuch, Código Civil Alemán.

²⁵¹ Código Civil Alemán, Marcial Pons, Barcelona, 1998, p. 482.

relativas a los hijos pertenecen a ambos progenitores, de forma que lo que debe acordarse es la residencia del menor²⁵².

El sistema Alemán parte de la base que ambos padres ejercen el cuidado personal de los hijos, y cuando se recurre a los tribunales es para solicitar el sistema exclusivo del cuidado personal.

En España²⁵³, el término "potestad"²⁵⁴ sobre los hijos" implica el reconocimiento o la atribución a los padres de un poder jurídico (derecho-deber-función) que se ejerce en beneficio del sujeto pasivo y no de su titular, se corresponde con el término parental responsibility, promovido por la recomendación n° R. (84) 4 sobre responsabilidades parentales del Consejo de Europa.²⁵⁵

El deber de velar por los hijos y darles alimentos se halla en la patria potestad, cuyo ejercicio debe producirse siempre en beneficio de los hijos, comprendiendo deberes y facultades, entre los que cabe destacar, velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles

²⁵² LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *"Custodia Compartida de los Hijos"*, Madrid, La Ley, 2008, p. 322

²⁵³ Cfr. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *"Custodia Compartida de los Hijos"*, Madrid, La Ley, 2008.

²⁵⁴ El artículo 154 del Código Civil Español señala "Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de lo hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respecto a su integridad física y sicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: 1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral 2º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten"

²⁵⁵ Cfr. RUISÁNCHEZ CASPELASTEGUI, Covadonga, *"La privación de la patria potestad"*, Atelier, Barcelona, 2006, p.22.

una formación integral así como representarlos y administrar sus bienes”²⁵⁶

La regulación legal del cuidado personal se encuentra en el artículo 92 del Código Civil Español²⁵⁷

²⁵⁶ CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *Guarda y Custodia de los hijos menores. Las crisis matrimoniales y parejas de hecho.*, Editorial La Ley, Madrid, 2007, p. 340.

²⁵⁷ El nuevo artículo 92 del Código Civil español. El nuevo texto dice: “1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.
2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.
3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.
4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.
5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.
6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.
7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.
8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

En Italia, la obligación de cuidar y educar se mantiene incluso se hayan contraído nuevas nupcias, el juez al momento de declarar la disolución o divorcio debe decidir sobre quien ejerce el cuidado de los hijos. Lo trascendental del caso italiano es que no hace distinción sobre los deberes de crianza y educación una vez disuelto el matrimonio.²⁵⁸

2.3.2.1 Consagración constitucional del cuidado personal en ordenamientos jurídicos Europeos.

El deber de cuidado, protección y educación, en el viejo continente, llega a consagrarse constitucionalmente. Así, el artículo 39 de la Constitución española²⁵⁹ establece que "*Los padres deben prestar asistencia en todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de*

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores".

²⁵⁸ Cfr. ZANON MASDEU, Luis, "*Guarda y Custodia de los hijos*", Bosh, Barcelona, 1996, p. 196. El artículo 6 de la ley de 1 de Diciembre de 1970. "La obligación a tenor de los artículos 147 y 148 del Código Civil de mantener, educar e instruir a los hijos nacidos o adoptados durante el matrimonio del que se ha pronunciado la disolución o el cese de efectos civiles, subsiste también en el caso de nuevas nupcias de uno o ambos padres. El tribunal que pronuncia la disolución o el cese de los efectos civiles del matrimonio dispone a cual de los cónyuges se deben confiar los hijos, bajo la vigilancia del Juez tutelar, si, por motivos graves se deba acordar otra cosa sobre su guarda el juez lo determinará. En todo caso, el padre y madre conservarán el derecho y la obligación de velar por la educación de la prole. La custodia y los pronunciamientos referentes a los hijos se realizarán teniendo presente los intereses materiales y morales de los mismos. En particular, el tribunal establecerá la medida y forma en que el otro cónyuge debe contribuir al mantenimiento, a la instrucción y educación de los hijos"

²⁵⁹ Cfr. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "*Custodia Compartida de los hijos*", La Ley, Madrid, España, 2008.

edad y en los demás casos en que legalmente proceda". Los poderes públicos deben asegurar la protección integral de los menores de edad. La función de atender a los hijos corresponde a los padres. La titularidad de los padres sobre la potestad sobre sus hijos tiene rango constitucional; sin embargo, no está consagrada como derecho fundamental, sino como principio rector. La constitución alemana, por su parte, señala que los padres son titulares naturales de la potestad sobre sus hijos. Así el artículo 6 de la *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* señala: "El cuidado y la educación de los hijos son derechos naturales de los padres y constituyen una obligación que incumbe primordialmente a ellos". Los comentaristas del texto constitucional alemán han señalado que este derecho natural no implica un poder, sino que comporta que es un deber y responsabilidad primaria de los padres atender a la educación de los hijos; el Estado, junto a los padres, también tiene esa función y deber. Por último, la constitución italiana en su artículo 30 señala: "Es deber y derecho de los padres mantener, instruir, y educar a los hijos, incluso los habidos fuera del matrimonio."

Se consagra, así, en países europeos, el rango constitucional de deber función de educar y criar a los hijos, base que da apoyo a la evolución legal en cada uno de los países.

2.3.3 Derecho Norteamericano²⁶⁰: En los EE.UU. la joint custody constituye el régimen preferido y prevaleciente; la jurisprudencia presume que ésta es la mejor solución para el menor y, como regla, corresponde a su efectivo interés; no es

²⁶⁰ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Custodia Compartida de los hijos", La Ley, Madrid, España, 2008.

obligatoria en todos los Estados, pero en la mayor parte, quien se opone, debe demostrar su no conveniencia para el caso concreto.²⁶¹

Como es sabido, el sistema federal norteamericano, implica que cada estado tenga una regulación propia, pasando de una extrema regulación e intervención, a una completa desregulación sobre el cuidado de los hijos.

Así, a modo de ejemplo, en el estado de Luisiana, el tribunal puede ordenar a los padres a asistir obligatoriamente, a terapias a fin de que se les enseñe como compartir los derechos y obligaciones parentales después del quiebre.

Para precisar conceptos, el derecho norteamericano distingue las siguientes situaciones:

a.- **Custodia legal conjunta.** Ambos padres tienen iguales derechos y responsabilidades para las decisiones importantes relativas al niño, incluyendo, pero no limitado a la educación de los niños, la atención de la salud y la formación religiosa. El Tribunal podrá designar a uno de los padres a tener competencia exclusiva para tomar ciertas decisiones mientras ambos padres mantienen igualdad de derechos y responsabilidades para otras decisiones.

b.- **Custodia física conjunta.** Custodia física es compartida por los padres de una manera que asegure que el niño frecuente y sustancial contacto con cada progenitor.

²⁶¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La guarda compartida. una visión comparativa.", Investigación de D. Comparado, CS, 2006-144.

Custodia física conjunta no necesariamente la custodia física de duraciones iguales de tiempo.

c.- **Custodia legal única.** Uno de los padres tiene la exclusiva de los derechos y las responsabilidades para tomar decisiones importantes sobre el niño, incluyendo, pero no limitado a la educación de los niños, la atención de la salud y la formación religiosa.

d.- **Custodia física única.** Uno de los padres tiene custodia física única y el otro progenitor tiene derechos de visitas salvo disposición en contrario establecidas por el Tribunal.

En relación a la decisión sobre la custodia, los factores a determinar, o bases de procedencia de la demanda, algunos estados apenas regulan el tema de la custodia y lo dejan en manos del juez o de los informes de los servicios sociales. Otros estados, obligan a los progenitores a formular una declaración de los derechos de sus hijos (Delaware) frente al divorcio, para que sea admitida la demanda, comprometiéndose a no utilizar a los niños en estos casos, y declarando conocer las consecuencias legales (pérdida de la custodia) en caso de hacerlo.

Hay estados que exigen demostrar la dedicación previa en la crianza de los hijos para poder solicitar la custodia compartida, y para que los tribunales puedan valorar dicho factor entre otros muchos, entre ellos Minnesota.

Uno de los mayores avances en la legislación de divorcios con hijos en los últimos años, es el requisito del plan parental o plan de crianza de los hijos.

Por ejemplo, el estado de Washington, ha eliminado los términos custodia y visitas en su legislación y ha introducido un término nuevo: el plan de crianza o plan parental. A la hora de presentar una demanda de divorcio, en algunos estados es preceptivo presentar un plan parental y de crianza de los hijos, proponiendo cosas tan variadas, como quien y de qué forma se van a organizar no sólo el tiempo de cuidado y atención diaria de los hijos, sino de qué forma se llevaran a cabo las atenciones a nivel educativo, temas de salud, actividades extraescolares, colonias, campamentos, etc. En dicho plan, en algunos estados, se prevé la necesidad de establecer cómo se van a afrontar los gastos de todo ello, y la forma de cómo se va a pagar y como cada progenitor va a contribuir a dichos gastos, como ocurre en Código de California. Incluso en algún estado se prevé que dicho plan incluya con qué mecanismos se van a resolver los conflictos futuros, que no deben ser los judiciales.

Como se habrá notado dicho plan tiene características similares al acuerdo completo y suficiente que debe presentarse en conformidad a lo dispuesto en el artículo 21 en relación al 55 de la ley de matrimonio civil chilena, pero va más allá. Se requiere en el plan de crianza un espíritu de cumplimiento distinto al acuerdo completo y suficiente, ya que debe detallar con precisión como los padres ejercerán el cuidado de los hijos, a diferencia de los términos genéricos

en los que se encuentra planteado nuestro acuerdo completo y suficiente.

Así, los elementos o directrices para organizar la legislación norteamericana, refieren a si el cuidado compartido está regulado como modelo preferente, si está regulado como posible, si está prohibido, aunque de lo estudiado, ningún estado lo prohíbe. Asimismo se debe determinar si el estado obliga a los padres a presentar un plan de crianza, como también si se encuentra reconocido el Síndrome de Alienación Parental. Revisado lo anterior, podemos encontrar que en el sistema norteamericano, 38 de 51 estados establecen el sistema de cuidado compartido como régimen preferente, todos los estados lo consideren posible, y ninguno lo prohíbe.

Al final del presente trabajo se incluye un anexo, con la legislación estatal, y un cuadro de referencia donde se puede apreciar gráficamente cómo se comportan los elementos mencionados en cada estado.

Capítulo III

Principios relacionados con el ejercicio del cuidado personal

3.1.- Derechos de la infancia, generalidades e historia.

Los derechos del niño se han denominado como de "Tercera Generación de Derechos", nomenclatura que comprende derechos específicos en razón del sujeto (niños) o del objeto (medio ambiente)²⁶².

En relación a los artículos, libros, investigaciones antecedentes relacionadas directamente con los niños, podemos encontrar el primer artículo titulado "derechos de los niños" que apareció en Inglaterra en junio de 1852, en el número 36 de la revista Knickerbocker, bajo la firma de un autor dudoso; otro antecedente lo constituye la liga de protección de

²⁶² Cfr., HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio, "EL niño y los derechos humanos", en "Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas" VVAA CAMPOY CERVERA, Ignacio Corrdinador, Dykinson, 2007. p. 17. "...si atendemos a la sugerencia de muchos autores, que los derechos de los niños son una parte de la tercera generación de derechos humanos. Estos autores suelen explicar los derechos humanos como el producto de tres partos históricos. El primar parto se produce a finales del siglo XVIII, y da lugar a una generación de derechos que los autores llaman "derechos civiles y políticos". El segundo parto se produce a principios del siglo XX y da lugar a una segunda generación de derechos que estos autores denominan derechos económicos, sociales y culturales". El tercer parto se produce en nuestra era tecnológica, en consecuencia se diferencia de los anteriores en que es un parto sin dolos- sin el dolor de la violencia revolucionaria que caracterizó los anteriores partos- y esta dando lugar a una tercera generación de derechos que, según estos mismos autores se caracterizan por ser específicos, específicos en razón del sujeto (derechos de las mujeres, de los niños, de las minorías, de los minusválidos, de los ancianos, de los animales etc.) o específicos en razón del objeto (derechos medioambientales, derechos sobre el código genético, derechos informáticos, etc.)"

derechos de los niños creada en Francia por Jean Valles, tras los acontecimientos de la Comuna de París; otra referencia la encontramos en Eglentine Jebb, suiza, que inspiró la llamada "Declaración de Ginebra de 1923"; y no mucho después, en 1929, se publicó en España por Fernando Sainz un libro titulado "Los Derechos del Niño".

En un contexto más universal, en 1959 la Asamblea General de las Naciones Unidas había aprobado la Declaración de Derechos del Niño; casi veinte años después, cuando se iba a celebrar el año Internacional de los derechos del niño 1979, la comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas tomó en consideración una proposición de Polonia, en su sesión 1438, de Marzo de 1978. La proposición estaba apoyada por Austria, Bulgaria, Colombia, Jordania Senegal y Siria y fue presidida por el profesor Adam Lopatka, quien fue ministro de asuntos religiosos y luego presidente del tribunal supremo de Polonia. Lopatka, presidió la comisión desde su constitución hasta su extinción y fue el principal inspirador de la convención que diez años después, el 20 de Noviembre de 1989, sería aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Esta convención, aún cuando adolece de las debilidades inherentes a las normas jurídicas internacionales, aporta dos grandes novedades: 1. No se trata de un mero texto declarativo de principios, sino de un instrumento jurídico vinculante, una vez que ha sido ratificado, y 2. Abandona la concepción exclusivamente tuitiva de las declaraciones anteriores a favor de una concepción que asume que el niño es titular de derechos, incluyendo tanto derechos de igualdad y derechos de

seguridad como derechos de libertad; es decir asume que el niño es un sujeto en desarrollo, pero un sujeto de derechos.²⁶³

Se estructura así, la base que establece el desarrollo universal de los derechos del niño, ya que es la normativa internacional por la cual los países han comenzado a modificar sus nomenclaturas internas.

3.2.-Interés Superior del Niño

En 1925, se promulga en Inglaterra la Guardianship of Infants Act²⁶⁴, que se erige como el primer texto legal que reconoce a la madre los mismos derechos sobre los hijos que históricamente había ejercido el progenitor varón a través de la potestad suprema, exclusiva y excluyente. Este mismo instituto consagró que, en caso de guarda y custodia, los tribunales deberían tener como consideración suprema el bienestar de los menores.

Sin embargo, nuestra tradición continental no está ajena a reconocimientos históricos del interés del niño. Ello puede, incluso, encontrarse en la legislación romana.

²⁶³ "1. Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección." CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002 DE 28 DE AGOSTO DE 2002, solicitada por la comisión interamericana de derechos humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño p. 86.

²⁶⁴ Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La guarda compartida. una visión comparativa.", Investigación de D. Comparado, CS, 2006-144 También en "Dos pasos Jurisprudenciales para la guarda compartida (uno firme otro no tanto a favor de la guarda compartida. Una visión comparativa a través del nuevo derecho español e italiano en la materia" en JA 2008-III boletín del 3/9/2008.

En efecto, el libro V del Código Justiniano en el título 24 ²⁶⁵, señala la obligación de alimentar a la madre y que por regla general los hijos vivirán con el padre.

Claro Solar cita la Ley única C.V. tit. 24 "*Divortio facto, apud quem morar vel educari debeant*". Señalando con ello que la ley se ha remitido a la prudencia del juez para decidir a cuál de los cónyuges en caso de disolución del matrimonio por divorcio, debían ser entregados los hijos, queriendo que no sufrieran perjuicio alguno por discordias y separación de sus padres. Esta ley había resuelto que serían entregados al padre que había obtenido el divorcio, a menos que su mayor ventaja no determinara otras medidas.²⁶⁶

Suma a lo anterior otra ley encontrada en el digesto "*de liberis exhibendis item ducendis*" 1.3 párrafo 5. Por más que el padre pruebe que el hijo que está bajo su potestad; con conocimiento de causa la madre tendrá mejor derecho para retenerlo como determinó el Emperador Pío en un decreto suyo, en que la madre obtuvo, por que el padre era malo, que el hijo

²⁶⁵ "Imperatores Diocletianus, Maximianus . Licet neque nostra neque divorum parentium nostrorum ulla constitutione caveatur, ut per sexum liberorum inter parentes divisio celebretur, competens tamen iudex aestimabit, utrum apud patrem an apud matrem matrimonio separato filii morari ac nutriri debent". * DIOCL. ET MAXIM. AA. AA. ET CC. CAELESTINAE. * <A 294 S. XVI K. IUL. BEROAE CC. CONSS.> "Diocleciano los emperadores, y Maximiano. Se permite cualquiera de nuestros padres, ni los dioses ni los cimientos de nuestra atención es que se celebra por la división de las relaciones sexuales entre padres e hijos, el juez competente, sin embargo, son contados, ya sea por separado a los niños a vivir con su padre, o antes del matrimonio y de la madre debe ser alimentada"

²⁶⁶ CLARO SOLAR, Luis, "*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado*". De las personas Tomo Tercero, Editorial Jurídica de Chile, 1992, n° 1509, p. 190.

permaneciese con ella, sin disminución de la patria potestad"²⁶⁷

Aún a la muerte del padre, la legislación romana consideraba que la madre sobreviviente era quien podía educar mejor a su hijo, sin embargo, en interés del niño se presumía que la madre no tenía la capacidad de educarlo si pasaba a otras nupcias.²⁶⁸

Así, el interés del hijo se ve reflejado en la mentalidad romana²⁶⁹, y pasa a la occidental a través del digesto, el corpus iuris civiles y las novelas²⁷⁰.

Platón, en sus leyes, hace una referencia no menor a la distinción que debe realizarse para que los cónyuges que se separen encuentren nuevas nupcias, esta distinción debe basarse justamente en si hay o no hijos del matrimonio que se separa y se debe atender asimismo al número de hijos que existen²⁷¹.

²⁶⁷ CLARO SOLAR, Luis, *"Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado"*. De las personas Tomo Tercero, Editorial Jurídica de Chile, 1992, n° 1509, p.190 cita 220.

²⁶⁸ C.5.titulo 49.

²⁶⁹ Cfr. VALDES EULUFÍ, Pamela Angélica, *"Protección de los menores en el derecho romano y su influencia en nuestra actual legislación"*, Tesis de Grado Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2005.

²⁷⁰ El antecedente remoto de la sociedad romana se encuentra en la ateniense, el derecho ático consideraba de manera aún más drástica la patria potestad, teniendo el padre de familia un poder "absoluto" este poder es restringido con las reformas legislativas de Solon. Cfr. CAMPOY CERVERA, Ignacio, *"Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas"*, DYKINSON, Madrid, 2007, p. 47.

²⁷¹ El Ateniense dicta: "Si los esposos se hayan en desacuerdo no tienen hijos o estos son poco numerosos se tendrá en cuenta esta circunstancia a los efectos de nuevas uniones. Por el contrario, cuando son muchos los hijos de tales matrimonios, sólo habrá que preocuparse, tanto en la separación como en las nuevas nupcias que

En cuanto al contenido, una definición podemos encontrarla en el trabajo de Ricardo Pérez Manrique²⁷² publicado en el n° 9 de Justicia y derechos del niño, de UNICEF, definición que se restringe al ámbito interpretativo: "El interés superior del niño en el plano de los derechos como lo determina la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), constituye así un principio de interpretación de la norma que apoya a la dilucidación de conflictos entre los niños y el mundo adulto y de los niños entre sí. Se parte del concepto del interés superior del niño como el pleno respeto de sus derechos. He sostenido con anterioridad que esta formulación requiere a su vez de un mecanismo concreto de interpretación y aplicación que mantenga las garantías del propio niño y de los demás involucrados".

Más completa es la definición de Miguel Cillero, quien lo vincula al concepto de principio como directriz obligatoria hacia los integrantes del estado, "principio que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que

se realicen, de obtener la seguridad de que éstos últimos matrimonios no han de disolverse fácilmente y de que los cónyuges cuidarán de guardar entre sí las mayores de las consideraciones" PLATÓN, "Las Leyes" Obras Maestras Editorial Iberia, Barcelona 1965, p. 223.

²⁷² PEREZ MANRIQUE, Ricardo, "La participación judicial de los niños niñas y adolescentes" Justicia y Derechos del Niño n° 9, UNICEF. Santiago, Agosto 2007.

los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen"²⁷³.

Se puede desprender, entonces, que es mucho más que una norma interpretativa por la cual en cada caso particular se deberá respetar el pleno desarrollo de los derechos del niño y que es un paradigma que hay que respetar y fomentar, un principio en el sentido definido por Ronald Dworkin²⁷⁴.

Entonces, como principio interpretativo, debe aplicarse a los derechos en particular reconocidos por la Convención Internacional de Derechos del Niño, debiendo vincular dicho derecho particular con su interés superior. Por ello, se deben analizar los derechos reconocidos por la Convención para concretizar, si bajo la legislación nacional, se está o no cumpliendo con el principio interpretativo.

Asimismo, como principio imperativo, ordena al Estado, en todas sus ramas, a actuar a fin de adecuar a las necesidades del tratado internacional, la legislación interna, en caso de que no se respeten los derechos consagrados en ella²⁷⁵.

De manifiesto queda su aplicación para el caso particular, considerando que no todos los niños son iguales, y

²⁷³ Cfr. CILLERO BRUÑOL, Miguel, *"El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño"*, "JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO" Número 9, Santiago, Chile, Agosto 2007, p. 125.

²⁷⁴ Cfr., DWORKIN, Ronald, *"Los Derechos en Serio"*, Ariel Derecho, Barcelona, 2a. ed., 1989.

²⁷⁵ Cfr GONZÁLEZ ORVIZ, M^a Eloina, *"Modelos de guarda y custodia. Síndrome de alienación parental"*, Editorial Bosh, España, 2010, p. 10.

abarcen un grado de desarrollo distinto, "por ello se pueden apreciar ciertas diferencias entre una persona de 5 años y una persona de 14 ó 15 años, tal como lo hace Saramago en su autobiografía de la infancia, razón por la cual, en la terminología moderna se habla de niño y adolescente, como dos situaciones jurídicas que, a partir de un lenguaje común, deberían recibir un tratamiento diferenciado".²⁷⁶

Existen, entonces, tres fases de acción del principio: como principio inspirador al legislador²⁷⁷, como principio interpretativo del juzgador, tanto es así que se ha señalado que éste juega fundamentalmente, en tanto criterio definitivo para el juez en sus diversas intervenciones posibles²⁷⁸, y de aplicación por parte del mismo juzgador. El principio interpretativo nos señalará que ante una norma que se contraponga con otra de igual jerarquía prevalecerá la norma que favorezca al niño. La fase de aplicación, se realizará considerando las circunstancias particulares del niño, edad, sexo, condición y entorno familiar, que no es lo mismo que la autonomía progresiva, ya que ésta es una condición particular del niño.

Las características propias del principio lo configuran como un principio general del derecho, conforme lo señala el

²⁷⁶ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, "El principio del interés superior del niño y la corte interamericana de derechos humanos" Estudios Constitucionales Universidad de Talca, año 6, n° 1, 2008, Santiago, pp. 223-247.

²⁷⁷ VELOSO VALENZUELA, Paulina, "Principios fundamentales que inspiran el nuevo estatuto de filiación", en "El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil Chileno", Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 1999 p. 29.

²⁷⁸ VELOSO VALENZUELA, Paulina, "Principios fundamentales que inspiran el nuevo estatuto de filiación" en "El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil Chileno", Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 1999, p. 27.

artículo 38 letra c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, ubicado en el capítulo II De la Competencia de la corte, y señala que en su aplicación deberá tenerse en consideración los principios generales del derecho afianzados por las naciones civilizadas²⁷⁹.

En la legislación nacional, encontramos variada referencia al interés superior del niño, así la más trascendente, como principio general, se encuentra en el artículo 16²⁸⁰ de la ley de Tribunales de Familia.²⁸¹ Este artículo denominado, como es la tradición moderna de titular los artículos, "Interés superior del niño, niña y adolescente y derecho a ser oído", se estatuye como principio rector de la ley orgánica que crea los tribunales de familia, ordenando al juez tener como consideración principal, al momento de decidir, el interés superior del niño, como su derecho a ser oído. Se vincula, entonces, directamente con el derecho del niño a ser oído, toda vez que es en la instancia judicial donde se concretiza mayormente dicho derecho.

²⁷⁹ Artículo 38 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA.

²⁸⁰ Artículo 16.- (ley 19.968) Interés superior del niño, niña y 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.

²⁸¹ Publicada en el Diario Oficial el 30 de Agosto de 2004, comenzó a regir el 30 de Octubre de 2005.

No obstante esta consagración en una ley orgánica, con anterioridad se establecía en el Código Civil una norma de iguales contenidos. El artículo 242 inciso segundo señala: "En todo caso, para adoptar una sus resoluciones, el juez atenderá, como consideración primordial, el interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez". Incluye esta norma lo que podría considerarse el principio de autonomía progresiva, sobre el que volveremos más adelante.²⁸²

Así, reiteradamente el Código se refiere en distintas oportunidades al interés superior, o bienestar del niño. El artículo 222 inciso segundo "La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo"; el artículo 225 inciso tercero: "...cuando el interés del hijo lo haga indispensable..., el juez podrá entregar el cuidado del hijo al otro de los padres..."; el artículo 229 inciso segundo "Se suspenderá o restringirá el ejercicio de éste derecho (de régimen de relación directa y regular) cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo"; el artículo 234 inciso tercero "Cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar..." ;

3.3.- Derecho del niño, niña y adolescente a ser criado por ambos padres.-

El derecho de ser criado por ambos padres es la definición misma de coparentalidad²⁸³, observado desde la

²⁸² Cfr. 3.4 de este trabajo.

²⁸³ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "La corresponsabilidad parental", en Varios Autores, Estudios de Derecho Civil IV, Sextas Jornadas de

perspectiva del niño. Este derecho se basa en el principio de coparentalidad y debe ser ejercido generalmente por lo que su inobservancia debe ser preterida para casos excepcionales. Dora División señala: "Coparentalidad como lo señala la misma palabra, significa el ejercicio conjunto de la parentalidad, esto es, ejercicio conjunto de las funciones de crianza por ambos padres"²⁸⁴ Continúa señalando que otra forma de definirla es: la habilidad para trabajar en sociedad en la tarea de criar hijos, y trabajar en sociedad implica entre otras cosas: saber escuchar, saber comunicar, aceptar que el otro pueda tener un punto de vista diferente, buscar soluciones alternativas, negociar las diferencias, ceder sin sentirse vencido/a, y todo lo que hace posible a dos socios llevar adelante una empresa con éxito"²⁸⁵ Debiese sin embargo, llamarse parentalidad a secas, ya que en principio, y en una situación regular, la paternidad es consecuencia de dos, aunque la procreación no es causa exclusiva de la convivencia, se da mayormente en esta debiendo preferirse dicha terminología a fin de asentarla como principio general; es, entonces, de la esencia de la palabra parentalidad su ejercicio conjunto.

La magistrado Gloria Negroni Vera, Juez titular del Tercer Juzgado de Familia de Santiago, realiza un cerrado examen a los beneficios que del ejercicio de la coparentalidad se derivarían. Dicho informe es expuesto en la Comisión de

Derecho Civil Olmué, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2009, pp. 205-232.

²⁸⁴ DAVISON, Dora, *"Coparentalidad la respuesta al divorcio, Separación divorcio, un favor en el camino"*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2006, p. 69.

²⁸⁵ DAVISON, Dora, *"Coparentalidad la respuesta al divorcio, Separación divorcio, un favor en el camino"* Editorial Universidad, Buenos Aires, 2006 p. 69.

Familia de la Cámara de Diputados, que analiza las modificaciones²⁸⁶ al artículo 225 del Código Civil y demás normas relacionadas. La opinión de la magistrado debe tomarse fuertemente en consideración, ya que es un operador jurídico directo en la materia que nos convoca y ve cómo la lucha que se presenta en tribunales, tiene como único perjudicado el hijo común.²⁸⁷ Dicha observaciones son recogidas por el Primer Informe de la Comisión de Familia²⁸⁸.

En cuanto a los Tratados, podemos mencionar que las siguientes fuentes internacionales sientan las bases de la denominada co-responsabilidad parental²⁸⁹: El convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de Noviembre de 1950, la Declaración Universal de los Derechos del Niño, aprobada por la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 1836 XVI, de 20 de noviembre de 1959, o el Convenio de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989 convenio de Nueva York. Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, doc. A/CONF.157/23 12 de julio de 1993, par. 45.

²⁸⁶ Cfr. nota 211.

²⁸⁷ Cfr. NEGRONI VERA, Gloria, "*Rol de los operadores del derecho en la resolución de conflictos jurídicos derivados de la Crisis de la Pareja*", Revista de Magíster y Doctorado en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, Santiago, 2011, n° 4 p. 145.

²⁸⁸ Cfr. NEGRONI VERA, Gloria, "*Rol de los operadores del derecho en la resolución de conflictos jurídicos derivados de la Crisis de la Pareja*", Revista de Magíster y Doctorado en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, Santiago, 2011, n° 4 p. 145.

²⁸⁹ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "*La corresponsabilidad parental*", en Varios Autores, Estudios de Derecho Civil IV, Sextas Jornadas de Derecho Civil Olmué, Legalpublishing, Santiago, 2009, pp. 205-232.

Trabajos del Consejo de Europa²⁹⁰, Recomendación 874 (79) relativa a la Carta Europea de Derechos de la infancia de 4 de Octubre de 1979, 2006/²⁹¹19; La recomendación R (84) 4 sobre responsabilidades paternas y la recomendación 1121 (1990) relativa a los derechos de los niños de 1 de Febrero de 1990. A partir de esta última, fue elaborado el convenio de 25 de Enero de 1996 para el ejercicio de los derechos de los niños, entrado en la figura del interés del menor. Destaca también el Convenio Europeo sobre Reconocimiento y Ejecución de las resoluciones en materia de Custodia de Menores, hecho en

²⁹⁰ El Consejo de Europa es una organización internacional de ámbito regional destinada a promover, mediante la cooperación de los estados de Europa, la configuración de un espacio político y jurídico común en el continente, sustentado sobre los valores de la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho. De quien depende el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

²⁹¹ "Todos los padres quieren ser buenos para sus hijos. Sin embargo, aunque ser padre o madre es una experiencia gratificante, también puede ser fuente de estrés. La mayoría de los padres han vivido situaciones en las que les hubiese gustado contar con ayuda, no sólo para hacer frente al estrés y controlar momentos de cólera, sino también para tomar decisiones cotidianas. En algunos casos los padres necesitan ayuda especial, porque tienen que criar y educar a sus hijos en circunstancias de dificultad social, económica y/o personal. Educar a un hijo y crear las condiciones necesarias para que pueda desarrollarse plenamente supone una gran responsabilidad. Si bien educar y criar a un hijo es una responsabilidad que pertenece en muchos aspectos al ámbito privado, también son legítimos el apoyo y la intervención del ámbito público. Las instituciones públicas deben crear estructuras y servicios que permitan y faciliten a los padres aprender y llevar a la práctica habilidades parentales positivas para con sus hijos. De esta manera, se obtiene un cambio más rápido de comportamientos y aptitudes individuales, necesario para el fomento del ejercicio positivo de la parentalidad al nivel de la sociedad en general.

El Consejo de Europa ha sido siempre precursor en la comprensión de la infancia y de la vida familiar. Apoyándose en su gran experiencia y reconociendo plenamente que existen muchas formas diferentes de educar a los niños, ha elaborado una serie de principios generales que subyacen al concepto de parentalidad positiva, así como unas directrices sobre el modo en que los responsables políticos pueden apoyarlo". El documento de referencia es trabajo del Consejo de Europa, en este ámbito es la Recomendación (2006)19 sobre política de apoyo al ejercicio de la parentalidad positiva. <http://www.coe.int/t/dg3/familypolicy/>

Luxemburgo el 20 de Mayo de 1980, este, aborda cuestiones relativas a la responsabilidad parental y cooperación judicial en el caso de sustracción internacional de menores. Recientemente el consejo de Europa ha elaborado el convenio sobre relaciones personales concernientes a los niños de 15 de Mayo de 2003, en vigor desde 1 de Septiembre de 2005 (también conocido como consejo de Estrasburgo) en éste, se insiste en uno de los principios básicos de éste sector como es el contacto del niño con ambos padres o cualquier persona con la que éste tenga vínculos familiares.²⁹²

Las conclusiones de este consejo quedan plasmadas en la recomendación 2006/19. Como punto fundamental se insta al ejercicio de una parentalidad positiva debiendo el aparato público crear herramientas que permitan a los progenitores, el ejercicio de habilidades parentales positivas para con sus hijos. Con esto se modificaría el comportamiento para obtener conductas, comportamientos y aptitudes que potencialicen positivamente a los niños²⁹³.

3.4.- Autonomía progresiva y su valoración por tribunales. Derecho a ser oído.

3.4.1.- Autonomía progresiva.- Se considera que el niño es un ser humano sujeto de derechos con especial protección por parte del ordenamiento jurídico en base a su especial condición de indefensión.

²⁹² Cfr. ESPINIZA CALIBUG, Rosario, *"Custodia y visita de menores: litigios vinculados a la hoy llamada "responsabilidad parental"*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 19.

²⁹³<http://www.coe.int/t/dg3/familypolicy/>, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1073507&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>.

Dicho ser humano va desarrollándose, con la ayuda de sus padres o cercanos, a transformarse en adulto capaz de ejercer sus derechos de forma propia²⁹⁴. Sin embargo, dichos derechos se encuentran limitados por el ejercicio de la patria potestad por la cual el padre es quien lo representa y determina cuales son las mejores acciones a seguir. El ser humano en desarrollo, va desligándose de ciertas necesidades básicas respecto de los padres, desde el nacimiento hasta alcanzar la mayoría de edad.

Así, el derecho reconoce como principio, la capacidad del menor a poder ejercer por sí mismo derechos y deberes, dependiendo del nivel de desarrollo y madurez que tenga, pudiendo incluso ejercerlo contra sus propios padres.

A dicha evolución, particular en cada ser humano, se le denomina autonomía progresiva²⁹⁵.

²⁹⁴ Cfr. HERRERA, Marisa, *"La democratización de las relaciones de familia. Desafíos de la relación padres e hijos desde el principio de capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes"*, en Revista del Magíster y Doctorado en Derecho, Escuela de Graduados, Facultad de Derecho Universidad de Chile, n° 4, Santiago, 2011, p. 17.

²⁹⁵ "El artículo 5 de la CDN impone a los Estados Partes el respeto de las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o demás referentes familiares a impartir al niño "...en consonancia con la evolución de sus facultades", dirección y orientación apropiadas, para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. Estamos en consecuencia ante un sujeto de derecho, que en consonancia con la evolución de sus facultades, adquiere paulatinamente la capacidad de ejercicio por sí de sus derechos. Ello significa admitir que ese sujeto de derechos reconocidos en la CDN tiene, como consecuencia natural de su carácter de tal, la facultad de decidir cuándo y en qué condiciones ejerce tales derechos. También, en consecuencia, la facultad de renunciar a su ejercicio. Debe reconocerse en aplicación del principio de autonomía progresiva que el sujeto de derechos es libre para decidir cuándo ejercer sus derechos y cuándo renunciarlos. Se reconoce que excepcionalmente en hipótesis de falta de competencia

En términos generales, la representación se limita a aquellos actos que por su naturaleza son íntimos, como el reconocimiento de un hijo.²⁹⁶

En definitiva, por el sólo hecho de ser persona, los niños, niñas y adolescentes son titulares de la totalidad de los derechos consagrados en la Constitución, así como de todos aquellos inherentes a la persona humana que no hayan sido mencionados expresamente, los cuales deberán ejercerse en forma personal y directa, en la medida de su capacidad y aptitud de sus intereses y conveniencia²⁹⁷.

Carlos Peña nombra casos en que menores en etapa escolar se han rebelado contra la decisión de los padres de mantenerlos en determinados establecimientos educacionales "en

para decidir por sí (por razones de edad, enfermedad etc,) y de resultar acreditado que la solución o renuncia propuesta es perjudicial para el niño, a partir de los elementos objetivos incorporados a la causa, recién se podrá adoptar decisión diversa desde el mundo adulto". PEREZ MANRIQUE, Ricardo, *"La participación judicial de los niños niñas y adolescentes"*, en Justicia y Derechos del Niño n° 9, UNICEF, Agosto, 2007, p. 251.

²⁹⁶ "Resulta lógico que tal representación no se extienda a los actos que ella pueda efectuar por si misma, ni a los actos para los cuales la ley le ha facultado expresamente para realizarlos directamente. Dentro de la primera categoría están los actos que por su carácter íntimo no admiten representación, como lo serían el reconocimiento de los hijos nacidos de una unión extramatrimonial y el ejercicio de la responsabilidad de crianza de los hijos y entre los actos para los cuales el menor esta facultado para actuar personalmente y se excluye por tanto la representación del padre o madre o tutor" VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, Coordinadores, *"La incorporación progresiva de los niños a la ciudadanía activa"* en "Por los derechos de la Infancia de la adolescencia" Editorial Bosch, Barcelona, 2009, p. 130.

²⁹⁷ VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, Coordinadores, *"La incorporación progresiva de los niños a la ciudadanía activa"* en "Por los derechos de la Infancia de la adolescencia" Editorial Bosch, Barcelona, 2009, p.139.

las Cortes de Justicia de Chile ha habido ya dos o tres casos en los que jóvenes e incluso niños, se han rebelado contra el colegio donde los tienen sus padres y han reclamado el derecho de escoger ellos, y no sus padres, el tipo de establecimiento que mejor se ajusta a sus preferencias. Esos jóvenes han sostenido que lo que he denominado educación eugenésica atenta contra sus derechos fundamentales"²⁹⁸.

El acogimiento de las cortes de dichas solicitudes implica un reconocimiento directo a la autonomía progresiva²⁹⁹, en torno a los derechos de educación de los menores, sin duda la madurez de estos niños para plantearse esta situación, devela que su autonomía ya está lograda.

En el derecho anglosajón se denomina derecho a consentir, vincula el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión que no distingue sexo, edad ni condición; la voluntad de los menores de edad con su naturaleza de ciudadano.

3.4.1.1. El caso de Hanna Jones.

Un caso importante para reflexionar seriamente sobre la validez de la autonomía progresiva lo representa Hanna Jones: Hacia fines de 2008 la atención mundial se centraba en los alcances de la decisión de Hannah Jones³⁰⁰ (13 años), quien rehusó un trasplante de corazón que podría salvar su vida. La

²⁹⁸ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *¿Para qué educar?*, Revista de derechos del niño, n° 2, 2003, p. 94.

²⁹⁹ GONZÁLEZ ORVIZ, M^a Eloina, *Modelos de guarda y custodia. Síndrome de alienación parental*, Editorial Bosh, España, 2010, p. 15.

³⁰⁰ JONES, Hanna, *Opté por una vida más corta, pero en casa*, Revista *¿Qué Pasa?*, 22 noviembre, 2008.

niña, agotada de los tratamientos, y apoyada por sus padres, dijo querer evitar "los traumas asociados a los hospitales con los que he vivido hasta ahora", prefiriendo volver a casa a morir tranquila, con sus padres, sus dos hermanas y su hermano menor. El Herefordshire Primary Care Trust –hospital en el que se desarrollaba su atención–, sin embargo, decidió presentar una solicitud para privar a los padres de la custodia de Hannah. Argumentaron que los padres estaban obstaculizando su tratamiento médico, lo que causaría en última instancia la muerte de la niña. Notas de prensa indican que bastó una hora de conversación entre Hannah y el oficial inglés de las oficinas de protección de infancia para que éste se "convenciera que debían abandonar la acción judicial".

El Hospital abandonó el caso ante la High Court y, desde entonces, los medios de comunicación han insistido en el hecho de que una niña de 13 años ha ganado en las cortes su derecho a morir con dignidad.³⁰¹.

3.4.1.2. El caso chileno.

En Chile se conoció de un caso similar en abril de 2009³⁰². Una madre rechaza continuar el tratamiento médico para combatir la leucemia de su hijo de 11 años. Prefirió tratarlo

³⁰¹ LOVERA PARMO, Domingo, "Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía", en "JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO", Número 11, UNICEF, Octubre, 2009, p. 11.

³⁰² VIVANCO MARTÍNEZ, Angela, "Negativa de un menor de edad y de su familia a que este reciba una terapia desproporcionada o con pocas garantías de efectividad. Apelación de medida de protección otorgada por la jueza de familia de valdivia. sentencia de la i. corte de apelaciones de valdivia, de 14 de mayo de 2009", Revista Chilena de Derecho, vol. 36 N° 2, pp. 399 - 440.

bajo las reglas de la medicina alternativa. Los médicos tratantes, quienes informaron de la situación, aseguraron que el niño no podría sobrevivir mucho tiempo más de no seguir bajo el tratamiento de quimioterapia, al que se había sujetado hasta hace poco tiempo atrás. Hasta ahí el caso es, digamos, de aquellos no sencillos, pero donde existe una buena batería de argumentos para obligar (judicialmente) a la madre a continuar el tratamiento tradicional.

Esto, hasta que los medios de comunicación muestran al niño declarando no querer seguir la quimioterapia pues lo dejaba sin ánimo, sin energías, no pudiendo comer nada pues todo lo vomitaba después de las sesiones.

Junto a lo anterior, debía enfrentarse a la traumática experiencia –similar al del caso de Hannah– de tener que volver al hospital donde varios de sus amigos (otros pacientes) habían muerto.

Los médicos del Hospital Clínico Regional de Valdivia reaccionaron al igual que los médicos tratantes de Hannah, presentando una solicitud de medidas de protección a favor del niño. Pese a las declaraciones judiciales del niño, los médicos tratantes perseveraron en la acción y, a diferencia del caso inglés, acá la historia prosigue con una orden del Tribunal de Familia de Valdivia accediendo a la petición del Hospital³⁰³.

³⁰³ LOVERA PARMO, Domingo, "Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía", en "JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO", Número 11, UNICEF, Octubre 2009, Santiago, p. 11. En el mismo sentido del mismo autor y previamente "Razonamiento judicial y derechos del niño: de ventrílocuos a

Ambos casos de idénticas bases son resueltos de forma diametralmente distinta, en uno se reconoce la autonomía progresiva, incluso, y conforme a lo que correspondería a una decisión, de un paciente informado, con plena capacidad se esta a su voluntad, y en el otro caso, se limita dicha voluntad a la decisión del estado de proteger al niño.

Desde otro punto de vista de análisis, la voluntad, o capacidad del ser humano en formación, tiene distintas aristas respecto del derecho que se ejerce. Así, el derecho de opinión en Estados Unidos es altamente valorado por lo que se respeta el ejercicio de dicho derecho, sin embargo se limitan otros como la capacidad de comparecer en juicio, y en particular con respecto a lo que se refiere al ejercicio de su propio cuidado personal.

Mary Ann Mason hace referencia a un interesante caso en que unos niños protestaron contra la guerra de Vietnam en las afueras de su colegio: "La idea de derechos de los adolescentes es relativamente nueva y controversial para los americanos. Hasta el momento, el camino recorrido para reconocer los derechos de los niños ha sido accidentado e irregular. La Corte Suprema introdujo la idea de derechos de los niños por primera vez en la década de los sesenta, década en que las libertades individuales tomaron inusitada relevancia. Respecto a un caso de libertad de expresión en 1965, en que los niños del colegio Quaker protestaron en contra de la guerra de Vietnam en clases, la Corte Suprema audazmente declaró que: "los niños no han dejado sus derechos *marionetas*", en "JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO" Número 10, Septiembre 2008, Bogotá, p. 45.

constitucionales en la entrada del colegio". Sin embargo esa misma Corte, en los más conservadores setenta, autorizó la censura de los periódicos escolares y le dio a las autoridades escolares gran discreción para registrar los *lockers* de los estudiantes"³⁰⁴.

Asimismo hace referencia a la falta de voluntad que tienen los niños en el marco de un proceso judicial donde se disputa su custodia, produciéndose un grave contraste con hechos jurídicos, y aún más directamente judiciales, en los cuales los niños, tiene potestades, conculcadas cuando se disputa su custodia. "Hoy, un niño que roba un dulce del quiosco de la esquina puede solicitar un abogado. Un niño huérfano de 14 años puede elegir a su propio tutor. Una niña tiene el derecho de abortar sin decirle a sus padres, en la mayor parte de los estados. Sin embargo todavía un niño que es objeto de una brutal disputa de custodia entre sus padres carece de mayores prerrogativas. En la mayoría de las disputas sobre custodia, la voz de los niños está ausente. Los deseos, los sentimientos y los requerimientos para el desarrollo de un niño -o incluso de un adolescente, no son realmente tomados en cuenta. Además, en nuestra inflexible legislación es posible que los requerimientos para el desarrollo del niño no sean considerados al momento de establecer los patrones que determinan la custodia. No se distingue si se trata de un niño o un adolescente, ni al momento de determinar cuál es el "interés superior del niño", ni al establecer el régimen de custodia. Asimismo, el régimen de custodia establecido para un

³⁰⁴ MASON, Mary Ann, *¿una voz para el niño?*, en "Revista de Derechos del Niño", n° 2, Unicef, 2003, p. 118.

niño se mantiene intacto a través de los años aunque el niño crezca y madure.³⁰⁵

Vale la pena mencionar la disparidad de entendimiento que existe en uno u otro sistema ante la evidencia que relata la autora.

En algunas legislaciones se han consagrado los derechos u opiniones políticas de los menores como objeto de protección especial. Así el artículo 2º del Código del Menor Colombiano³⁰⁶ señala "Los derechos consagrados en la Constitución Política, en el presente Código y en las demás disposiciones vigentes, serán reconocidos a todos los menores, sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o cualquier otra condición suya, de sus padres o de sus representantes legales".

Como último punto, quiero hacer referencia al reconocimiento de derecho ciudadanos en los adolescentes. Estos expresan su voluntad vinculante para sus organizaciones, y sin duda debe ser considerada, ya que la participación ciudadana debe ser inculcada a los niños y a estos se les deberá otorgar herramientas de participación conforme su evolución³⁰⁷.

³⁰⁵ MASON, Mary Ann, *¿una voz para el niño?*, en "Revista de Derechos del Niño", n° 2, Unicef, 2003, p. 118.

³⁰⁶ Decreto 2737 de 1989, Código del Menor. Diario Oficial No. 39.080 de 27 de noviembre de 1989.

³⁰⁷ ARAYA VILCHES, Carolina Beatriz, *"Ampliación de ciudadanía en niños, niñas y adolescentes"*, en http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2009/araya_ca/html/index-frames.html

3.4.2.- Derecho a ser oído³⁰⁸: A diferencia del principio de autonomía progresiva, el derecho a ser oído tiene consagración legal expresa. El artículo 16 de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia consagra el principio del niño niña o adolescente a ser oído en las intervenciones judiciales. Dicho derecho se encuentra en el título tercero, párrafo primero denominado "De los principios del procedimiento", se estatuye entonces legalmente el principio constitucional emanado de la Convención de Derechos del Niño que en su artículo 12 recoge el derecho del niño a ser oído³⁰⁹ y a que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta³¹⁰, en aplicación de los conceptos desarrollados anteriormente, básicamente el de autonomía progresiva³¹¹.

³⁰⁸ Crf. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "El Derecho del Niño a ser oído", en SCHMIDT HOTT, Claudia y MARTINIC GALETOVIC, María, (coord.), Instituciones de Derecho de Familia, LexisNexis, Santiago de Chile, 2004, pp.145-185.

³⁰⁹ "96. Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento. OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002 DE 28 DE AGOSTO DE 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, p. 73.

³¹⁰ Artículo 12 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de la edad y madurez del niño.

³¹¹ "101. Este Tribunal considera oportuno formular algunas precisiones con respecto a esta cuestión. Como anteriormente se dijo, el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años (supra 42). Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su

En el mismo cuerpo legal, pero párrafo seguido, se estatuye el artículo 19³¹² que se confronta con el artículo 12 ya que se considera la interposición de un curador ad litem en caso de que los derechos de los niños no se vean suficientemente resguardados por quien ejerce su representación.

Por la interposición de un curador, que puede afectar la autonomía progresiva del niño, Ricardo Pérez Manrique hace la siguiente observación: "En ocasión del Seminario de Capacitación para los nuevos Magistrados de Familia, organizado por la Academia Judicial de Chile -en el que tuve el honor de participar-, formulé la siguiente apreciación sobre el artículo 19: "A la luz de tales consideraciones el artículo 19 de la Ley N° 19.968 impone al Juez el deber de velar por la debida representación de los intereses de los niños, niñas o adolescentes involucrados. Deberá asignar

interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio. OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002 DE 28 DE AGOSTO DE 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de derechos humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, p. 75.

³¹² Artículo 19.- Representación. En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados. El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación.

La persona así designada será el curador ad litem del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones del juicio. De la falta de designación del representante de que trata este artículo, podrán reclamar las instituciones mencionadas en el inciso segundo o cualquier persona que tenga interés en ello.

abogado al mismo en los casos que carezca de representante legal o cuando se estime que existen intereses independientes o contradictorios con su representante legal. En tal caso el abogado tendrá el carácter de curador *ad litem* del niño, niña, adolescente, lo que puede considerarse un principio de ruptura del derecho de participación y del principio de autonomía progresiva, toda vez que la curatela es un instituto de protección de los incapaces, situación en la que no se encuentra el niño"³¹³.

Debemos destacar que dicha norma debe ser aplicada y su necesidad está fundada en un alto nivel de conflicto entre los padres, tanto que los derechos del niño pueden encontrarse en contraposición con el propio ejercicio de quien detenta su representación. A fin de salvaguardar la autonomía progresiva y el derecho a ser oído el juez deberá adoptar las medidas necesarias para respetar ambos principios.

La valoración que han dado los jueces ha sido respetuosa de los principios constitucionales. Como principio se evita en la medida de lo posible que el hijo se vea envuelto en el conflicto ante tribunales, se produciría una doble victimización del niño, si es que este se ve obligado a ir donde el juez que decidirá sobre quien ejerce el cuidado personal. El problema no es menor, ya que el niño podrá expresar equivocadamente su pensamiento o podrá estar influenciado por los padres, que a esta altura de conflicto no dan tregua.

³¹³ PEREZ MANRIQUE, Ricardo, "*Participación judicial de niños niñas y adolescentes*", publicado en el n° 9 de Justicia y Derechos del niño, de Unicef, 2007, p. 260.

Se ha considerado entonces, que la mejor forma de que se cumpla el principio de que el niño sea oído, es fuera del ámbito de tribunales, a través de informes psicológicos, que permitan dilucidar la voluntad o necesidades de ellos, sin la intervención directa del tribunal³¹⁴.

Sin embargo, ante un conflicto altamente complejo, los jueces de familia, siempre solicitan oír directamente a los niños, principalmente por la ponderación que en conjunto con el consejo técnico le puedan dar a las expresiones del niño³¹⁵.

3.5.- Integridad física y síquica³¹⁶.

No obstante a que el presente apartado es el fundamento del trabajo que se entrega, ya que lo que se pretende evitar es el daño a los niños, se encuentra en este acápite por razones metodológicas. Las reseñas que se realizarán acá deberán tenerse en consideración a todos los elementos de discusión, derivados del ejercicio del cuidado personal.

³¹⁴ Como proyecto piloto se ha implementado en el Juzgado de Familia de Melipilla el sistema de la Cámara Gesell, creada por el psicólogo infantil Arnold Gesell (EEUU) que permite observar por medio de un espejo unidireccional la conducta de niños, sin que la presencia de extraños perturbe o altere su comportamiento. En algunos países, se utilizan especialmente en el ámbito penal. En el proyecto piloto chileno, la entrevista la realiza una psicóloga especializada y la sesión es observada por los jueces desde la sala contigua. Para estos efectos los magistrados cuentan con equipos de audio y video para grabar la entrevista e impartir, por medio de sonopronter, instrucciones a la entrevistadora.
http://www.poderjudicial.cl/modulos/Home/Noticias/PRE_noticias.php?cod=3554&opc_menu=0.

³¹⁵ DE FERARI VIAL, Ignacio, "El derecho del niño a ser oído. Una aproximación desde el caso pupino", en "Justicia y Derechos del niño", número 10, Unicef, setiembre 2008, bogota, p. 45.

³¹⁶ Cfr. CARREÑO ARANEDA, Pilar, "Violencia psicológica a los niños en la familia", Tesis de Grado, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2004.

Los daños en los niños, como también la presión en la pareja, es fomentada por la reglamentación conflictiva que entrega la disposición del artículo 225 del Código Civil. Al presentarse una pareja conflictiva se pueden evidenciar las siguientes consecuencias en los hijos.³¹⁷

1.- Un nivel elevado de conflicto entre los padres se relaciona con un alto nivel de conflicto entre padres e hijos.

2.- La interpretación que el hijo hace del conflicto interparental y las características del mismo conflicto, intensidad, duración y modo de resolución afecta a la adaptación de los niños. La seguridad emocional que intenta mantener el niño a su alrededor, cuando percibe el conflicto parental, puede activar en él una serie de conductas o por el contrario inhibirse, originándole trastornos adaptativos.

3.- La conducta agresiva se aprende.

En relación a los trastornos adaptativos se presentan problemas externos de conducta como desobediencia, falta de autorregulación, baja responsabilidad social, mayor riesgo de conducta antisocial, conducta agresiva, especialmente en los varones, consumo de drogas. Se pueden presentar problemas internos de conducta, depresión, ansiedad, retraimiento social, menores habilidades pro-sociales. Asimismo se presentan dificultades en las relaciones sociales y

³¹⁷ Cfr. AGUILAR REDORTA, Lola, "Los efectos de las rupturas en los hijos: aspectos a considerar para el interés del menor", en Separación y Divorcio, Cuadernos de Derecho Judicial XXIV,-2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 119.

familiares, existe una parentificación (inversión de roles los hijos asumen el papel del padre ausente), suele parecer una madurez precoz pero es una deformación en el crecimiento; adultización; mayor hostilidad entre los hermanos y menor apoyo entre sí; inicio temprano de las relaciones sexuales; mayor probabilidad de ser padres adolescentes; por último y no menor se presentan problemas académicos, abandono en estudios por desinterés en ellos.

Directamente los hijos pueden verse expuestos a peligro físico en la relación violenta de familia, se generan problemas emocionales y de desarrollo, alta tasa de suicidios, apatía, noches en vela, se insertan en vías de escape como el alcohol o las drogas.

A largo plazo se repite la conducta aprendida y se transforman en padres agresivos

Se destaca también que el establecimiento de la modalidad rígida de crianza afecta a los niños, ya que adquieren patrones de formación no ideales, cuando adultos, en especial las madres, pueden desarrollar estrés post-traumático y síntomas de rechazo ante un hijo no deseado.

3.5.1.- Las alteraciones de los niños expuestos a violencia³¹⁸ se pueden clasificar en³¹⁹:

³¹⁸ La violencia tiene muchos grados de ejercicio como de impacto en los niños, así la afectación de un menor a un episodio de violencia es distinta dependiendo de su madurez y capacidades, no obstante, los eternos conflictos entre los padres quienes se discuten por el cuidado unilateral del hijo, repercuten directamente en el niño, esto, es considerado como ejercicio de violencia indirecta contra ellos, por lo que bien cabe incorporarlo en este acápite a fin de

1.- Problemas físicos: Retraso en el crecimiento; dificultad o problemas en el sueño y en la alimentación, como anorexia y bulimia; regresiones; menores habilidades motoras; síntomas sicosomáticos (eczemas, asma);

2.- Problemas emocionales: Ansiedad; ira, depresión o baja autoestima; aislamiento; estrés post-traumático.

3.-Problemas cognitivos: Retraso en el lenguaje; retraso en el desarrollo; Alteración en el rendimiento escolar.

4.- Problemas de conducta: Agresión, delincuencia; crueldad con animales; rabietas; desinhibiciones; inmadurez; déficit atencional; Toxicodependencias

5.- Problemas sociales: escasas habilidades sociales; introspección o retraimiento; rechazo y falta de empatía.

3.5.2.- En relación a la edad los problemas pueden expresarse en las siguientes manifestaciones:

a.- Antes de los 3 años

Pueden aparecer diferentes manifestaciones: regresar a conductas evolutivas ya superadas como la pérdida del control

analizar los distintos efectos que puede producir en los niños un perpetuado escenario de conflicto apoyado por la norma jurídica.

³¹⁹ AGUILAR REDORTA, Lola, "Los efectos de las rupturas en los hijos: aspectos a considerar para el interés del menor", en Separación y Divorcio, Cuadernos de Derecho Judicial XXIV,-2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 119.

de esfínteres, irritabilidad, dificultad para separarse de los adultos, angustia y necesidad de contacto físico prolongado, inhibición en el juego, temor a ser abandonado.

Sentimientos de inseguridad, temores, aún cuando a esta edad pueden no llegar a comprender porque sus padres se separan y atribuir las causas a elementos concretos de la realidad, que muchas veces tienen que ver con conductas realizadas por ellos, (p. ej. se separan porque él o ella hizo algo malo, se portó mal o porque no lo quieren), pudiendo llegar a atribuirse a sí mismos la responsabilidad de la separación.

Pueden darse trastornos de conducta, en el jardín maternal, agitación, hiperactividad, rabietas, momentos de agresividad, y también trastornos del sueño con terrores nocturnos.

b.- Entre los 3 y los 7 años

Existe un aumento en el grado de tristeza, manifiesta llanto o sollozos, introversión, conductas compensatorias, temores ligados a fantasías de pérdida, a ser abandonados o quedar desprotegidos. Se preocupan por los sentimientos de rechazo que puede tener el padre o madre al irse, también puede aparecer temor a no verlo nunca más. Sentimientos de nostalgia ante la falta de padre. Pueden llegar a idealizar al padre ausente y fantasear con la nueva reunión de la pareja. Pueden surgir fantasías de que van a ser reemplazados por otros hijos, más aún en el caso que exista un tercero. Se puede

producir un descenso en el rendimiento escolar y temor a ser expulsado del colegio.

c.- Entre los 8 y los 10 años

Aumentan los sentimientos de culpa por el rompimiento de la familia, una disminución de la autoestima y sentimientos más claros de depresión, unidos a un sentimiento de abandono o pérdida de amor, sus conflictos pueden expresarse volviéndose callejeros, saliendo evadiéndose de su casa o bien tornándose hiperresponsables, haciéndose cargo del padre del cual queda a su cargo ocupándose de su cuidado, intentando ocupar en alguna circunstancia el lugar del padre ausente. También pueden surgir conductas delictivas o antisociales. Intensa ira contra uno de sus padres, deterioro de la relación con sus compañeros.

d.- Adolescencia

Surgen sentimientos depresivos, se pueden dar fugas o ausentismo escolar, actividad sexual, abuso del alcohol y drogas, hasta llegar en algunas ocasiones a intentos de autoeliminación³²⁰.

i.- Malos tratos.- A este respecto, y como se expresó en el acápite anterior, la violencia entre padres y de la cual son testigos los hijos constituye una forma de maltrato. Sin duda de mayor gravedad si los padres realizan actos punitivos contra sus propios hijos, sin embargo lo trascendente es destacar que el clima de beligerancia entre padres afecta a

³²⁰ TUZZO, Rosario, *"El impacto del divorcio en los más chicos"*, La República, Montevideo, 2002.

los hijos, quienes deberán recibir el mayor apoyo de especialistas, y antes de la legislación para evitar el daño.

ii.- Síndrome de Alienación Parental. El Boletín 5917-18. Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, Origen: Senado. Ingresado el 12 de junio de 2008. Trata sobre el síndrome de alienación parental. En dicho boletín se realiza un muy buen resumido análisis sobre el denominado Síndrome de alienación Parental³²¹

Sin embargo, no ha quedado claro aún, si el síndrome es la afección producida en los hijos, o si es la conducta realizada por un progenitor en una campaña sistemática para desprestigiar al otro. Claramente de presentarse existiría en el padre una enfermedad que lo haría inhábil para el ejercicio del rol parental.

A nuestro entender, lo primero es la consecuencia de lo segundo, no obstante, no debe esperarse a las consecuencias, que pudiesen ser a largo plazo, para atacar la problemática.³²²

En cuanto al síndrome de alienación parental en el derecho comparado³²³, se encuentra el trabajo de Alfredo

³²¹ Cfr. Capítulo 5 del presente trabajo.

³²² Cfr. MANONELLAS, Graciela, *"La responsabilidad penal del padre obstaculizador, ley 24.270, Síndrome de alienación Parental"*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.

³²³ "El SAP es un fenómeno nuevo o de reconocimiento nuevo y por lo tanto las legislaciones han tomado su tiempo para considerarlo. En muchas legislaciones, como la nuestra, todavía se encuentra en etapa de estudio y pese a los proyectos de ley presentados, su avance es muy poco alentador. Muchas de las legislaciones han incorporado el

Torrealba, quien hace el primer estudio sistematizado sobre el SAP en Chile.

3.6.- Igualdad entre padres:

3.6.1.- Igualdad constitucional:

SAP específicamente o como una causal genérica, relacionándolo con el cuidado personal o con la relación directa y regular. Así, Argentina con la ley 24.270, en que se ha establecido la responsabilidad penal del progenitor obstaculizador de la relación directa y regular. "Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes. Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión"; en Estados Unidos el estado de Pennsylvania" tiene la siguiente reglamentación: "Una parte que voluntariamente no cumple con cualquier tipo de visitas o custodia parcial, puede como regla general, ser juzgado por desacato. El desacato será castigado con una o más de las siguientes penas: (1) Prisión por un período que no exceda de seis meses. (2) Una multa que no exceda los US\$ 500. (3) Retiro por un plazo o para siempre la licencia de conducir; en el Estado de California, el artículo 278.5 del Código Penal establece que. "(a) Cualquier persona que tome, retire, mantenga, retenga a un niño y le quite a su custodio legal del derecho de custodia, o a una persona con derecho de visitas, será castigado con prisión en una cárcel del condado por no más de un año, una multa que no exceda de US\$ 1000, o ambas, o prisión en una prisión estatal por 16 meses, o dos o tres años y una multa que no exceda los US\$ 10000. (b) Nada de lo dicho en este párrafo limita el poder de decretar desacato de la corte."; el Estado de Ohio tiene su propia ley de alienación parental y lo relaciona directamente con el interés superior del niño. Se trata de una política pública para que ambos padres se impliquen plenamente en la vida del niño cuando esto sea adecuado. Por su parte en España el artículo 94 del Código Civil, que establece que: "El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial." Cfr. TORREALBA JENKINS, Emilio, *"El síndrome de alienación parental"*, Tesis Grado Magíster, Universidad de Chile, 2011, p. 81.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a través de las Convenciones suscritas y ratificadas por Chile³²⁴, por tanto, ley que debemos aplicar conforme lo dispone el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política, imponen obligaciones al Estado contraídas al amparo de los derechos fundamentales, que han ido adquiriendo cada vez mayor reconocimiento y que constituyen el reflejo de los cambios paradigmáticos que en estas materias presenciamos.

A continuación, desarrollaré cada uno de los tratados internacionales relacionados con la materia.

Como normas base encontramos el artículo 1°³²⁵ y 2°³²⁶ de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.

³²⁴ Convención Internacional de Derechos del Niño, Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención Americana de Derechos Humanos, y Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

³²⁵ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

³²⁶ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Lo propio se establece en la Convención de Los Derechos del Niño, que en su mensaje señala:

"Es también obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la Convención."

Por su parte, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem do Pará" establece en sus artículos, 5³²⁷, que libertad de ejercicio de derechos civiles y políticos, 6³²⁸ no discriminación, y 8³²⁹ intervención del estado para desarrollar medidas concretas a fin de evitar desigualdad y discriminación contra la mujer.

Frente a este último punto, la estereotipación marcada del artículo 225 inciso primero del Código Civil, refrenda,

³²⁷ Artículo 5. Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.

³²⁸ Artículo 6 El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y

b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

³²⁹ Artículo 8 Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer.

estatuye o consagra aún más la discriminación contra la mujer. El legislador, al establecer que por un hecho de la naturaleza se encuentra más apta para el ejercicio del cuidado personal, si bien en principio pareciera favorecerla con la determinación de una regla preferente de atribución sobre el cuidado personal, en definitiva, no cumple con los requerimientos de los tratados internacionales que justamente lo que pretenden es la eliminación de cualquier forma de discriminación entre el hombre y la mujer. De ahí que en Chile, más de la mitad de los homicidios contra mujeres sean catalogados de "femicidios" y que los márgenes de violencia intrafamiliar colapsan los tribunales de familia³³⁰.

Siguiendo a Fabiola Lathrop Gómez, la norma contenida en el artículo 225 inciso primero del C.C. es inconstitucional frente al principio de igualdad consagrado en el artículo 19 No. 2 de la CPR.³³¹

"Desde el punto de vista de la igualdad formal, el Código Civil establece una discriminación en contra del hombre, que no se justifica en ningún criterio de necesidad aceptable, ni de razonabilidad, ni de proporcionalidad, sin superar así, el

³³⁰ "La revisión de los expedientes judiciales y del diario La Cuarta permitió identificar los asesinatos de mujeres siendo posible establecer, a partir de los conceptos operacionales definidos para el estudio, que la mitad de ellos corresponden a femicidios." Cfr. MATURANA KESTEN, Camila; MAIRA VARGAS, Gloria; ROJAS BRAVO, Soledad (coordinadora) *"Femicidio en Chile"*, Editorial La Morada, Noviembre 2004, p. 45. "La revisión de los expedientes judiciales y del diario La Cuarta permitió identificar los asesinatos de mujeres siendo posible establecer, a partir de los conceptos operacionales definidos para el estudio, que la mitad de ellos corresponden a femicidios."

³³¹ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *"(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno"*, Revista Ius et Praxis, Vol. II, Talca, 2010, pp. 147-184.

test de razonabilidad y el test de proporcionalidad, es decir, se trata de una discriminación arbitraria."³³²

Junto con contravenir el mencionado artículo 19 No. 2 de la Carta Fundamental, el art. 225 inciso primero C.C. transgrede ciertas y determinadas normas contenidas en Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile, que se encuentran vigentes, y que revelan no sólo la dimensión formal del principio de igualdad sino también, especialmente, su dimensión real.

El artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que los Estados Partes se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en dicho Pacto. El artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales señala que los Estados Partes se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en dicho Pacto. El artículo 17 inciso cuarto del Pacto de San José de Costa Rica establece que los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo; agregando que, en caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los

³³² LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno", Revista Ius et Praxis, Vol. II, Talca, 2010, pp. 147-184.

hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

La Constitución chilena no sólo consagra el principio de igualdad jurídica en su artículo 19 No. 2, sino que se refiere también a la consecución de la igualdad real en su artículo 1º, en cuanto establece: a) que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece; y b) en cuanto señala que es deber del Estado asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se refiere, claramente, a esta especial aplicación de la igualdad. Se debe considerar el concepto de discriminación que la CEDAW desarrolla en su artículo 1º. Esta norma establece que la expresión discriminación contra la mujer, denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. Como expresa Lathrop Gómez: "Como queda claro, la discriminación contra la mujer no sólo se produce cuando existe intención de discriminar sino también cuando, por resultado, se produzca discriminación. De esta forma, una norma puede, aparentemente,

proteger a la mujer pero, en su resultado, discriminarla. En otras palabras, para analizar si una norma es arbitrariamente discriminatoria no basta con examinarla formalmente, con realizar un juicio de legitimidad constitucional formal, sino que se las debe evaluar en sus resultados."³³³

"El artículo 5 de esta Convención señala que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; y b) garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos".

Más claro y específico sobre el punto que nos atañe es su art. 16 apartado 1, incisos d) y f), establece: d) que 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: los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su

³³³ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno", Revista Ius et Praxis, Vol. II, Talca, 2010, pp. 147-184.

estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; f) y los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.

Se desprende de todos los tratados internacionales, que el estereotipo de la mujer se sigue manteniendo con la normativa del inciso primero del artículo 225 del Código Civil, aquel estereotipo donde la mujer cumple el rol de dueña de casa, cuidadora y criadora de los hijos, y el padre el proveedor de la familia. En la actualidad debe incluso cumplir con la doble función de ser madre y padre y aún más se encuentra incorporada al trabajo dependiente.

Dentro de este marco de atribución preferente materna la regla establecida en el inciso tercero se transforma en desigual y contraria a la discriminación en razón de género contra la mujer, contraria entonces, a los principios establecidos en la Convención de Belem Do Pará y los demás tratados internacionales.

3.6.2. Igualdad constitucional una mirada a los beneficios para las mujeres y la sociedad

Se debe propender a un sistema de cuidado compartido, debido a la propia protección de la mujer en el ámbito laboral. A esto, hay que sumar la baja tasa de natalidad,

considerando también, que la mujer tiene mejor expectativa de vida que el hombre, por lo que puede extender su vida laboral.³³⁴

³³⁴ Para extender este argumento los párrafos que siguen "[Las circunstancias vitales y el desarrollo integral de la persona muchas veces implican un ejercicio de derechos que, por lo que respecta a este estudio, puede extenderse a dos facetas: por un lado, el desempeño de una actividad profesional que permita la subsistencia unido en algunos casos a la satisfacción de verificar una aportación material a la colectividad; por otro, la materialización de la vertiente familiar del ser humano, que puede abarcar desde la libre elección de la maternidad/paternidad hasta el cumplimiento inexorable de responsabilidades familiares con diferentes beneficiarios y, precisamente por ello, con diverso contenido. A partir de la premisa de la compatibilidad de ambas facetas es un derecho de la persona, razones de orden psicológica, como la descendencia del modelo familiar tradicional OIT2003; demográfica o presupuestaria obligan a una intervención estatal de salvaguarda. En esta línea, hay que afirmar que una imposible o difícil compatibilidad de la vida familiar y laboral tiene notables repercusiones en la segunda, concretables en determinados aspectos en las condiciones de trabajo y que no afectan a todos los grupos sociales por igual, como se demuestra estadísticamente. Parece claro que el colectivo más perjudicado es el de las trabajadoras: la mujer continúa desempeñando un rol tradicional en un marco social no muy proclive a la asunción compartida de las responsabilidades familiares (OIT2003) Es notorio que cuando se trata de la guarda de los hijos, suelen ser las mujeres quienes renuncian a ejercer o seguir ejerciendo una actividad remunerada (Alber). La insuficiencia de medidas paliativas que descarguen a la mujer de esta responsabilidad, determina una baja tasa de actividad femenina, especialmente intensa cuando se tienen niños pequeños, que no afecta a los trabajadores masculinos. Igualmente, se constata estadísticamente que la precariedad laboral y la búsqueda de empleo incide en la baja tasa de natalidad de las mujeres con contratos atípicos y desempleadas. Si se abunda en el análisis cualitativo de estas evidencias, hay que señalar que el impacto negativo de la asunción no compartida de la guarda de los hijos, específicamente desde su nacimiento y primera infancia, se produce en el arco de las condiciones laborales en general y abarca desde el acceso al empleo hasta su mantenimiento, pasando entre otras por la afectación negativa de las condiciones de retribución. Cfr. SALDAÑA VALDERAS, Eva, *"Una aproximación al tratamiento comunitario de las medidas de tipo retributivo compatibilizadoras de la continuidad de la trayectoria profesional y el cuidado de hijos"*, en *Mujer Familia y Derecho*, Editora, Dra. María Dolores Cervilla Garzón, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, pp. 95-116.

Con la argumentación antes dada, y la universalidad de los principios de igualdad en materia laboral³³⁵, no puede sino concluirse que el estado actual de la legislación nacional carece con creces de un sistema paritario, lo que hace necesario una adecuación.

En ese sentido, podría pensarse que el permiso de maternidad puede ser dirigido a ambos progenitores, a fin de que el niño también pueda tener un vínculo afectivo directo con el padre en los primeros momentos de su vida, lo que generará en el padre sentimientos de afecto que no lograría de permanecer pasivo durante dicho período.

Esto está incipientemente reconocido con la ley n° 20.545. Una importante reforma a la manera que se desarrollan las familias, nace desde el derecho del trabajo. Publicada en el D.O. el 17 de Octubre de 2011, y que comenzó a regir desde el 1 de Enero de 2012, esta ley incorpora en el ámbito de la seguridad social o protección de la maternidad, la posibilidad de que el padre, a partir de la séptima semana del permiso posnatal parental, pueda ejercer dicho permiso, por el lapso que faltare. Así, el padre podría tener derecho a un permiso que permita el vínculo de apego con su hijo de un mes y dos semanas completos. La madre entonces puede traspasar hasta un máximo de 6 semanas al padre a jornada completa y si decide tomar 18 semanas a media jornada, le puede traspasar hasta un máximo de 12 semanas en media jornada. En cuanto a los días libres para el padre, los actuales 5 días permanecen

³³⁵ Cfr. CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *"La armonización de responsabilidades laborales y familiares: un nuevo fin para el derecho del trabajo"*, en Revista de de Magíster y Doctorado en Derecho, Escuela de Graduados Facultad de Derecho Universidad de Chile, n° 4, Santiago, 2011, p. 133.

inalterados. El ejercicio de este derecho mostrará el real estado de paternidad que ejercen los hombres.

No obstante que se debe propender al plano de igualdad participativo de ambos progenitores en la crianza y educación de los hijos, se ha destacado el plano de desigualdad sustancial que produciría esta igualdad formal establecido en los principios de los tratados internacionales. La mujer así pasaría un estado en el que se le genera mayor desigualdad, igualdad por la que paradójicamente ha luchado.³³⁶

³³⁶ Tamar Pitch señala que en el marco del divorcio sin culpa y de mutuo acuerdo, el padre se encontraría en una posición de ventaja frente a la mujer: "la difusión de un modelo neutral respecto al sexo de los padres, es decir, una mayor posibilidad del padre de conseguir la custodia de los hijos, proporciona al padre mismo un arma poderosa de chantaje hacia la madre: o renuncias al dinero, o me quedo con los hijos. Cfr. PITH, Tamar, *"Un derecho para dos, la constitución jurídica de género, sexo y sexualidad"* Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 122; En el mismo sentido Hernán Corral Talciani "Lo que en sus comienzos pareció una justa reivindicación del rol del sexo femenino en la constitución de la familia y en su desarrollo incluso económico, hoy parece haber tomado el derrotero de lograr, no la igualdad de entre el sexo masculino y femenino, sino la prescindencia general del sexo en los individuos humanos, en un tratamiento uniformista, que no teme rechazar incluso las medidas que son beneficiosas para las propias mujeres, como por ejemplo la prerrogativa de mantener la tuición de los hijos menores en caso de ruptura de la convivencia con el padre." CORRAL TALCIANI, Hernán, *"Ley de divorcio: las razones para un no"*, Ediciones de Derecho Actual, Universidad de los Andes, 2001, p. 27. Como contrapunto Fabiola Lathrop: "Esta revolución social se reflejó en el ámbito jurídico en la generación de corrientes doctrinales y jurisprudenciales tendentes a defender, sobre la base de diversas orientaciones, la asunción de un nuevo modelo de organización familiar post divorcio. Así, estas teorías elaboradas fundamentalmente a lo largo del siglo XX son evaluadas y contrastadas en la actualidad, pueden observarse ciertas contradicciones pese a que están, en general, basadas en principios similares (fundamentalmente el interés superior del hijo). Se trata en suma, de criterios jurídicos que fueron reflejando la enorme transformación producida en el ámbito de los derechos individuales y su consiguiente repercusión en las relaciones interpersonales desarrolladas en el seno familiar". LATHROP GÓMEZ, Fabiola,

Debemos hacernos cargo de esta crítica que se funda en consecuencias no queridas por sus impulsores.

Efectivamente, sucede que la mujer queda en un plano de desigualdad, ya que conforme al estereotipo social que se quiere modificar, con las recomendaciones, y tratados internacionales sobre la igualdad de género, estos no se han logrado. La mujer continúa manteniendo un rol de desigualdad, pero precisamente por normas que la discriminan en este sentido.

¿Cómo va a ser posible que la mujer logre un plano de igualdad laboral³³⁷, si aún se mantiene con la carga exclusiva de la crianza y educación de los hijos? (dentro o fuera del matrimonio o con o sin convivencia) ¿Cómo va a lograrse el desarrollo femenino³³⁸ en la sociedad, y por tanto el desarrollo de la sociedad toda, si se perpetúa el estereotipo a pretexto de que se genera una desigualdad?³³⁹

"Custodia Compartida de los hijos", La Ley, Madrid, España, 2008, p.287.

³³⁷ Cfr. REYES, Nora; PAZ, Claudia; TODAZO, Rosalía, (coordinadora) "Chile: Servicios de cuidado y división de responsabilidad de cuidado dentro del hogar" en Comercio, género y equidad en América latina: generando conocimiento para la acción política, Editado Red Internacional de Género y Comercio Capítulo Latinoamericano, Centro de estudios de la mujer, Septiembre 2007, p. 13.

³³⁸ Cfr. BINSTOK, Hanna, "Hacia la igualdad de la mujer. Avances legales desde la aprobación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", Cepal, Santiago, 1997.

³³⁹ Diversos trabajos de María Helena Valenzuela, a saber: VALENZUELA, María Elena, "Equidad de género y trabajo de la mujer en América Latina", documento presentado a la 7ª Conferencia Regional Santiago, CEPAL, noviembre 1997; VALENZUELA, María Elena, 1999. "Desafíos para la incorporación de una dimensión de género en la políticas de empleo y combate a la pobreza". Documentado preparado para el Seminario Técnico Subregional de la OIT sobre Género, pobreza y empleo. Santiago, 13-16 de septiembre, 1999. Ver también VALENZUELA,

Nuestra muy humilde respuesta a esta interrogante se encuentra en el otorgamiento al padre de roles presentes en la carga de la crianza y educación. Y con esto, quiero referir a que el empleador sepa ex ante que el hombre y la mujer tendrán igualdad de obligaciones para con los hijos, lo que representará que el hombre deba ausentarse cuando sea necesario para llevar a su hijo al médico, y no así exclusivamente la madre; que el hombre deberá ausentarse para tomar un período de postnatal; que el hombre deberá en definitiva asumir un rol que en exclusiva era asumido por la madre. Aumentando la participación del hombre en la crianza de los hijos, aumentará el plano de igualdad real en materia de trato laboral, aumentando las remuneraciones de las mujeres, cuya eficiencia es destacada en ciertos aspectos del trabajo, pero que sin embargo ganan menor remuneración que éstos, precisamente porque el empleador sabe que deberá cumplir en exclusiva con la carga de crianza y educación de los hijos, cuestión que le quitará tiempo en su trabajo, posible desconcentración en el mismo y menor rendimiento laboral.³⁴⁰.

M.Elena y Reinecke, Gerhard", 1999, *"Calidad del empleo y equidad de género en los países del Cono Sur"* (versión preliminar).

³⁴⁰ Tamar Pitch considera que un gran aporte a la desigualdad se encuentra generado por la organización del mercado laboral y la incidencia del Estado de Bienestar. Sin embargo su conclusión reafirma la argumentación dada, ya que mientras más se incorpore el hombre a la crianza de los hijos más se incorporará la mujer al mercado laboral. "la división sexual del trabajo no niega ni se afirma solo mediante normas relativas a las relaciones familiares. Esta tiene que ver con el modo en que está hecho y regulado el mercado laboral y, de forma complementaria, con el modo en que está hecho y funciona el estado de bienestar. Ante desigualdades entre sexos respecto a las oportunidades de trabajo en el mercado laboral y por consiguiente, respecto a las posibilidades de acceso a los recursos proporcionados por el estado de bienestar, la igualdad entre cónyuges o convivientes puede transformarse en un deterioro de la posición de la persona a quien, de hecho y de forma prioritaria, se le confía la tarea de proporcionar el trabajo de cuidar. PITCH

3.6.3.-Igualdad Constitucional entre padres, concepto de carga.

Junto con la protección integral de los derechos de los niños, a la sociedad le interesa la correcta formación de sus integrantes. Antiguamente, se señalaba que un niño abandonado era un joven delincuente. No puede, entonces, dejarse de lado el carácter público del cuidado personal, carácter que ha ido evolucionando del derecho de familia en términos absolutamente privatistas al derecho de familia con rasgos públicos. La carga de la crianza y educación, de la formación integral del niño, se radica en los padres por obligación legal impuesta por el ordenamiento jurídico, en beneficio del niño, la familia, y de la propia sociedad.

Si entonces, el derecho de familia ha evolucionado a un derecho público de familia³⁴¹, donde existen principios protectores, no disponibles por los integrantes de la familia, entonces, la carga establecida en el inciso tercero del artículo 225 del CC., puede conjugarse con el artículo 19 n° 23 que garantiza la igualdad en la repartición de las cargas públicas.

Tamar, *"Un derecho para dos, la constitución jurídica de género, sexo y sexualidad"*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 125.

³⁴¹ En estricto rigor debería denominarse "derecho público de la infancia", ya que en el ámbito matrimonial se ha virado en dirección contraria permitiéndose amplia regulación de la forma de término del matrimonio por voluntad de los cónyuges, eso sí, respetando el interés superior de los hijos su los hubiese.

Ya Jacinto Chacón³⁴² señaló al respecto: "Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos. La obligación de alimentarlos, que abraza la de darles vestidos i habitación, es de derecho natural, porque tiende a la conservación de la especie; la de educarlos i establecerlos, se deduce del estado de sociedad, i es de conveniencia pública, porque importa al Estado que todo hombre posea un oficio, arte o profesión por cuyo medio pueda ser útil a su familia, a la sociedad i a si mismo"

"Se entiende por cargas públicas todas las prestaciones de carácter personal y todas las obligaciones de carácter patrimonial que no sean jurídicamente tributos, que la ley impone a la generalidad de las personas para el cumplimiento de determinados fines, ética y jurídicamente lícitos, queridos por el legislador." "La ley puede imponer, por cierto, variadas cargas públicas, con la limitación que ellas sean repartidas de manera igualitaria y equitativa, sin que su peso caiga, a través de discriminaciones arbitrarias que tacharían la ley de inconstitucional, en unos en forma gravemente onerosa o en otros de manera preferencial o privilegiada"³⁴³ Se presenta en esta situación, ambos aspectos de la discriminación.

Así las cosas, el inciso primero del artículo 225 del Código Civil, rompe con el principio de igualdad en la repartición de las cargas públicas, radicando el deber de

³⁴² CHACÓN, Jacinto, "Esposición Razonada i Estudio Comparativo del Código Civil Chileno", Tomo I, 3ª Edición, Imprenta Nacional, Santiago, 1890.

³⁴³ EVANS DE LA CUADRA, Enrique, "Los Derechos Constitucionales" Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, p. 135.

cuidado personal sobre la crianza y educación en uno solo de los progenitores, en este caso la madre. Incluso no otorgándose la posibilidad de que ambos padres determinen como se repartirán dicha carga.³⁴⁴

³⁴⁴ Ver N° 2.2.1.i. del presente trabajo.

Capítulo IV

Cuidado Personal Compartido, Cuidado de los Hijos o Protección Integral de los Derechos de la Infancia por los Padres

4.1.- Introducción bases e historia.

El cuidado personal compartido nace como una solución al conflicto en que se ven envuelto los niños, una vez producida la separación de los padres o cónyuges. Se basa en los principios de corresponsabilidad parental, el interés superior del niño, el derecho del niño a ser criado por ambos padres, y la integridad física y síquica de los niños.

Se ha llegado a la conclusión que un sistema en que ambos los padre ejercen los roles parentales, produce en el niño una influencia positiva, los saca del medio del conflicto y en definitiva conserva mejor su integridad³⁴⁵.

³⁴⁵ "La investigación sobre los efectos del divorcio en los hijos y la demostración de la psicología evolutiva de la ausencia de diferencias por razón de género para la crianza de éstos (Maccoby et al. 1993; Lamb 1997), junto con la reclamación de mayor implicación por parte del progenitor no custodio de muchos padres y madres, han empujado a llevar a cabo un nutrido cuerpo de investigaciones sobre la custodia compartida. Así el trabajo, *Surviving the breakup* de Wallerstein y Nelly publicado en 1980, fue el primero en mostrar los efectos del divorcio desde el punto de vista de los hijos. En este trabajo, replicado en otros países con los mismos resultados, las autoras recogían el anhelo de los hijos de familias divorciadas por sus progenitores no residentes. Otra de las fuentes que ha venido a apoyar esta postura es la aparición de investigaciones centradas en evaluar las graves secuelas que, por motivo del uso de los hijos como arma y motivo de conflicto entre los progenitores ya divorciados, quedan en los menores. Tal es el caso del Síndrome de alienación parental o la alarmante cifra de caso de raptos de niños-en torno a un millón de casos en EE.UU. o México Gardner, 1985 y Aguilar 2004) Finalmente la asunción de muchos profesionales,

Sin embargo, su base histórica se encuentra en la reivindicación de los derechos de las mujeres para situarse en un plano de igualdad frente a los hombres³⁴⁶ (cuando aún los padres conviven).

Como se expresaba en el Capítulo 1 de este trabajo, en principio, la autoridad paterna estaba radicada exclusivamente en el padre, bajo el ejercicio de la patria potestad. En el derecho nacional, bajo la concepción original del Código, no se consagraban derechos de la madre sobre el cuidado de los hijos, ésta era subsidiaria a la del padre, pero sí se le otorgaba la obligación de cuidado y crianza³⁴⁷. Por esta razón, fue calificada de evolutiva la legislación ya que reconocía derechos de la madre sobre la persona de los hijos³⁴⁸ y podría considerarse, entonces, como un primer paso al ejercicio conjunto de la parentalidad.

asociaciones de padres y madres y sociedad en general, de cambios sustanciales en la distribución de papeles entre el hombre y la mujer en la actual época post industrial ha venido a complementar los apoyos que esta postura cosecha cada vez con mayor claridad". AGUILAR CUENCA, José Manuel, *"Con mamá y con papá"*, 3ª Edición, Almurza, 2009, p. 90; Cfr. AGUILAR REDORTA, Rosario Lola, *"Los efectos de las rupturas en los hijos: aspectos a considerar para el interés del menor"*, en Separación y Divorcio, Cuadernos de Derecho Judicial XXIV,-2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 119.

³⁴⁶ En una primerísima etapa contemporánea, a mediados del siglo XIX, la reivindicación nace desde las madres casadas en relación a las madres solteras. Éstas últimas, de menor calificación social, tenían mejores derechos que las primeras, siendo entonces una reivindicación de clases, pero en sentido inverso.

³⁴⁷ Ver nº 1.2. del presente trabajo.

³⁴⁸ Fabiola Lathrop señala al respecto "La guarda y custodia compartida, alternada o sucesiva tiene sus orígenes remotos en las primeras reformas legales que comenzaron a otorgar a la mujer un cierto grado de participación en la patria potestad de los hijos, iniciándose así un lento y largo proceso dirigido a situar a ambas figuras parentales en un plano de igualdad en todas las esferas relacionadas con el cuidado y crianza de los hijos" LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *"Custodia Compartida de los hijos"*, La Ley, Madrid, España, 2008, p. 286.

Concretamente, el desarrollo del cuidado personal compartido, nace en el derecho anglosajón en 1925 cuando se promulga en Inglaterra la Guardianship of Infants Act, que se erige como el primer texto legal que reconoce a la madre los mismos derechos sobre los hijos que históricamente había ejercido el progenitor varón, a través de la potestad suprema, exclusiva y excluyente. Este mismo instituto consagró que en caso de guarda y custodia los tribunales deberían tener como consideración suprema el bienestar de los menores.³⁴⁹

La consagración legal nace con The Children Act de 1989³⁵⁰, que introduce la noción de responsabilidad parental, establece la posibilidad de que el dictar una orden de residencia respecto de ambos progenitores, estableciendo que cuando se adopta dicha medida a favor de dos o más personas que no viven juntas, la orden puede especificar los períodos durante los cuales el niño va a vivir en los diferentes hogares³⁵¹

No se reconoce, entonces, expresamente el cuidado personal compartido, pero sí, el principio de responsabilidad parental, que es la base para la determinación del cuidado compartido.

³⁴⁹ No obstante y como ya se expuso el interés superior del hijo fue reconocido ya por la legislación romana. Ver nº 3.2. del presente trabajo.

³⁵⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La guarda compartida. una visión comparativa", Investigación de Derecho Comparado, CS, 2006-144

³⁵¹ Cfr. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Custodia Compartida de los hijos", La Ley, Madrid, España, 2008, p. 314.

En Estados Unidos³⁵², los tribunales consideraron sexista el principio de dar la custodia a la madre, cuando los menores son pequeños, al violar la décimo cuarta enmienda de la constitución que garantiza la igualdad ante la ley³⁵³.

Actualmente la custodia sucesiva o alternada, cuidado personal compartido para nosotros se encuentra reconocido en Francia Ley nº 2002-305 de 4 de Marzo de 2002, en España la ley 15/2005 artículo 92 y así otros países europeos que la han consagrado legalmente³⁵⁴ en vista a las recomendaciones e instrumentos comunitarios señalados anteriormente.³⁵⁵

En contra del cuidado compartido se ha señalado que el interés superior del niño se logra manteniendo estabilidad en su hogar³⁵⁶, como también que es connatural al derecho de custodia elegir el lugar de residencia del hijo, y por tanto determinar y no ser impuesto de donde vivirá el niño³⁵⁷.

³⁵² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La guarda compartida. una visión comparativa.", Investigación de D. Comparado, CS, 2006-144

³⁵³ MASON Mary Ann, *¿Una voz para el niño?*, en "Revista de Derechos del Niño" nº 2, UNICEF, 2003, p. 118.

³⁵⁴ Así Brazil y Argentina Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La guarda compartida. una visión comparativa", Investigación de Derecho Comparado, CS, 2006-144.

³⁵⁵ Ver nº 2.3.2. del presente trabajo.

³⁵⁶ GONZÁLEZ ORVIZ, M^a Eloina, "Modelos de guarda y custodia. Síndrome de alienación parental", Editorial Bosh, España, 2010, p. 15.

³⁵⁷ En contra, Pilar Maestre Casas "En todos los instrumentos internacionales el derecho de custodia recoge el derecho de quien lo ejerce a elegir el lugar de residencia. Algo totalmente normal pues la persona custodia es realmente quien lo tiene a su cuidado y por tanto, ostenta el control del menor, no así quien ejerce el derecho de visita. Nos permitimos dudar de las bondades de esta custodia compartida en parejas de carácter internacional, si lo que se pretende es la estabilidad del menor, no podemos imaginar una custodia compartida cuando ambos progenitores viven en diferentes estados. Libertad de elegir la residencia. La custodia es conjunta siempre que este derecho a fijar la residencia habitual viene en virtud de una resolución judicial, bien por el ministerio de la ley, no se goza en forma exclusiva por uno de los titulares de la

El segundo argumento cae con el desarrollo del concepto de cuidado personal en sentido integral, por el principio de corresponsabilidad parental y el derecho del niño a ser educado por ambos padres, sin embargo el primer elemento merece un mayor análisis, pero que, basado en los mismos principios, puede lograrse su contradicción³⁵⁸.

Múltiples son los efectos positivos del establecimiento de un sistema de cuidado compartido. En este sentido una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires³⁵⁹ expresa fuertes argumentos a favor de éste sistema, que

responsabilidad parental sino compartida con el otro titular que puede ser incluso una autoridad judicial. Si es verdad que el derecho de custodia implica elección de residencia. El interés superior del menor se traduce en el derecho del menor a tener una situación estable. Convenio de la Conferencia de La Haya de 12 de Junio de 1902 sobre la ley aplicable a la tutela de los menores. MAESTRE CASAS, Pilar, *"Sustracción y restitución internacional de menores"*, en *"Nuevos conflictos del derecho de Familia, coordinador Eugenio Llamas Pombo, Ediciones La Ley, España, 2009, p. 499.*

³⁵⁸ NEGRONI VERA, Gloria, *"Rol de los operadores del derecho en la resolución de conflictos jurídicos derivados de la Crisis de la Pareja"*, Revista de Magíster y Doctorado en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, Santiago, 2011, n° 4 p. 145.

³⁵⁹ "La tenencia compartida: permite al niño mantener un estrecho vínculo con ambos padres; promueve la participación activa de ambos padres en las funciones de educación, amparo y asistencia; atenúa el sentimiento de pérdida de quien no tiene la guarda, estimulando las responsabilidades el progenitor no guardador; atenúa el sentimiento de pérdida sufrido por el hijo; incentiva a ambos padres a no desatender las necesidades materiales del niño; facilita el trabajo extradoméstico de ambos padres; evita que existan padres periféricos; posibilita que el menor conviva con ambos padres; reduce los problemas de lealtades y juegos de poder; la idoneidad de cada uno de los padres resulta reconocida y útil; fomenta una mayor y mejor comunicación entre padres e hijos; el hijo se beneficia con la percepción de que sus padres continúan siendo responsables frente a él" Cfr. LLOVERAS, Nora; SALOMON, Marcelo, *"El derecho de Familia desde la constitución nacional"*, Editorial Universidad Buenos Aires, 2009, p 373.

concuerdan con los presentados por la magistrado Negroni³⁶⁰, y con la profesora Lathrop³⁶¹, en ellos destaca la necesidad de la cooperación entre los padres, ya que facilita el trabajo "extra doméstico", como asimismo se fomenta la participación del padre no custodio en cuestiones las necesidades materiales del niño, es decir bajaría el no pago de pensiones alimenticias.

4.2.- Beneficios del cuidado personal compartido³⁶²:

Un estudio de las familias después del divorcio, realizado en la tesis doctoral de D.A.Luepnitz (1980) Universidad estatal de New York en Buffalo. (UMI n°80-27618) estudia custodias monoparentales y compartidas. Detecta que la mayoría de los niños en custodia monoparental están insatisfechos con la cantidad de tiempo de visita del progenitor no conviviente, mientras que la mayoría de los que están bajo custodia compartida parecen razonablemente felices con sus contactos y accesos a ambos padres. La calidad en general de las relaciones progenitor-hijo, se determina como mejor en la custodia compartida. La relación del niño con el progenitor no conviviente, se describe por ellos, en forma similar a una relación del niño con un tío o tía.

³⁶⁰ NEGRONI VERA, Gloria, "Rol de los operadores del derecho en la resolución de conflictos jurídicos derivados de la Crisis de la Pareja", Revista de Magíster y Doctorado en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, Santiago, 2011, n° 4 p. 145.

³⁶¹ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "La corresponsabilidad parental", en Varios Autores, Estudios de Derecho Civil IV, Sextas Jornadas de Derecho Civil Olmué, Legalpublishing, Santiago, 2009, pp. 205-232.

³⁶² Cfr. ZANON MASDEU, Luis, "Guarda y Custodia de los hijos", Bosh, Barcelona, 1996, p. 196.

Como señalábamos, la juez titular del tercer juzgado de Familia de Santiago, expone "En relación a los niños y su interés superior y también a los padres, las ventajas del principio de corresponsabilidad son evidentes ya que³⁶³:

a.- Conserva en cabeza de ambos progenitores el poder de iniciativa respecto de las decisiones respecto de sus hijos, ya que son los padres quienes se encuentran en mejores condiciones para arribar al acuerdo que resultará más beneficioso para sus hijos³⁶⁴.

b.- La intervención judicial en el supuesto anterior, debe relegarse a un segundo plano y funcionar como mecanismo de control,... acorde con el principio de colaboración establecido en el artículo 14 de la ley 19968³⁶⁵.

c.- Garantiza la participación activa de ambos padres en la crianza de sus hijos³⁶⁶

d.- Se logra la equiparación de padres en cuanto a la organización de su vida personal y profesional distribuyendo

³⁶³ NEGRONI VERA, Gloria, "Rol de los operadores del derecho en la resolución de conflictos jurídicos derivados de la Crisis de la Pareja", Revista de Magíster y Doctorado en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, Santiago, 2011, n° 4 p. 145.

³⁶⁴ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "La corresponsabilidad parental", en Varios Autores, Estudios de Derecho Civil IV, Sextas Jornadas de Derecho Civil Olmué, Legalpublishing, Santiago, 2009, pp. 205-232.

³⁶⁵ Artículo 14. Colaboración. Durante el procedimiento y en la resolución del conflicto, se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando la soluciones acordadas por ellas"

³⁶⁶ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "La corresponsabilidad parental", en Varios Autores, Estudios de Derecho Civil IV, Sextas Jornadas de Derecho Civil Olmué, Legalpublishing, Santiago, 2009, pp. 205-232.

la carga de la crianza...³⁶⁷ ...Apunta a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de las desaveniencias de sus padres.

e.- Atenuación del sentimiento de pérdida o abandono del niño luego de la separación de los padres.

f.- Reconocimiento del hijo como alguien ajeno al conflicto matrimonial o de pareja.

g.- El niño necesita continuar el contacto que tenía antes de la separación con ambos padres.

h.- El niño mitiga el sentimiento de presión, eliminando los conflictos de lealtad con alguno de los progenitores, en especial con el que conserva su custodia.

i.- Garantiza la permanencia de los cuidados parentales y con ello un mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas³⁶⁸.

j.- La decisión en paridad de condiciones en cuanto a los aspectos de educación, crianza y cuidado de los hijos obliga a los padres a conciliar y armonizar sus actitudes personales a favor del mejor y mayor bienestar de los niños, lo que pone a prueba su actitud y aptitud como progenitores.

³⁶⁷ Cfr. 3.6 del presente trabajo.

³⁶⁸ DAVISON, Dora, *"Coparentalidad la respuesta al divorcio, Separación divorcio, un favor en el camino"* Editorial Universidad, Buenos Aires, 2006, p. 69.

k.- Se encuentra acorde con los artículos 3 de la CDN, que habla de la obligación de los Estados en asegurar al niño la protección y cuidados necesarios para su bienestar, tomando en cuenta los derechos y deberes de sus padres, artículo 5, que indica como otra obligación del Estado respetar las responsabilidades y derechos y deberes de los padres, artículo 7 de la CDN, en el marco del derecho a la identidad, .."conocer a sus padres y ser cuidado por ellos". Art. 9 , que el niño no sea separado de sus padres, y en su caso, mantener con ellos relaciones personales y contacto directo de modo regular; art. 14, Los estados respetaran los derechos y deberes de los padres como guías en el ejercicio de la libertad de pensamiento del niño; art. 18 de la CDN, " 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, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

l.- Acorde con el Principio de igualdad art. 224 CC, art. 1 y 19 N°2 Constitución Política m.-Acorde con lo dispuesto en la Convención Belem Do Para art. 5 inc. B y 16, inc.d., puesto que las funciones parentales se distribuyen en forma equitativa entre los progenitores, lo que constituye un alivio para una gran mayoría de mujeres que trabajan fuera del hogar y deben repartir su vida entre el ejercicio de su profesión u oficio y la crianza de sus hijos, encontrando poco o casi nada de tiempo para su desarrollo personal.

n.- Provoca un estímulo para los padres que quieren compartir más momentos con sus hijos y participar en su educación y crianza en forma activa, y no como un tercero ajeno en la toma de decisiones.

ñ.- Se promueve un sistema familiar democrático en el que cada uno de sus miembros ejerce su rol con independencia, igualdad y respeto recíproco, de acuerdo a los principios reconocidos en las diversas normas internas como en las incorporadas a través de convenciones.

4.3. Supuestas desventajas³⁶⁹

a.- Generaría indefinición de las funciones propias del padre y de la madre, creando una disociación para el hijo en dos mundos.

b.- Provocaría un aumento de la judicialización de los conflictos ante la falta de acuerdos entre los padres.

c.- General el problema de con quien se queda el niño mientras los padres se ponen de acuerdo.

Los investigadores estadounidenses, E. Marvis Hetherington y Margaret M. Stanley-Hagan han estudiado los efectos del divorcio en su país, y con respecto a la tuición compartida han concluido lo siguiente: "Desafortunadamente, para muchas parejas que se separan el conflicto que

³⁶⁹ NEGRONI VERA, Gloria, "Rol de los operadores del derecho en la resolución de conflictos jurídicos derivados de la Crisis de la Pareja", Revista de Magíster y Doctorado en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, Santiago, 2011, n° 4, p. 145.

caracteriza al período anterior al divorcio suele no terminar con el divorcio, sino que aumenta tras él. Por lo tanto, tras el divorcio la efectividad de la tuición compartida frente a la situación de conflicto permanente es dudosa. Si bien los hijos pueden beneficiarse de la participación de ambos padres en sus vidas, es probable que sólo algunas familias puedan hacer de la tuición compartida legal una experiencia no estresante y positiva”.

4.4.-Contra Argumentos³⁷⁰

a.- Respecto al primer punto, se trata de una crítica basada en un concepto de familia que no se condice con las estructuras familiares modernas, eminentemente variables ligadas al funcionamiento particular de cada familia en un momento específico en el campo económico, cultural, político, ideológico y religioso. Lo trascendente para la crianza y educación del niño es desarrollarse en un ambiente, familia, que respete sus derechos fundamentales, preocupándose por los más desvalidos de la misma, y no continuar perpetrando un estereotipo donde existe un papa hombre y una mama mujer.

b.- En cuanto al aumento de la judicialización, es dable señalar que si consideramos las estadísticas, de la cantidad de familias existentes en el país con hijos cuyos padres no permanecen juntos, un porcentaje bastante minoritario lleva sus conflictos a tribunales y cuando ello ocurre, o es necesario regular el tema en los divorcios de común acuerdo,

³⁷⁰ NEGRONI VERA, Gloria, *“Rol de los operadores del derecho en la resolución de conflictos jurídicos derivados de la Crisis de la Pareja”*, Revista de Magíster y Doctorado en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, Santiago, 2011, n° 4, p. 145.

estas materias se resuelve vía acuerdo como su nombre lo indica; luego las causas de divorcio unilateral en las que hay hijos menores de edad, las relativas a cuidado personal y relación directa y regular, en su mayoría se resuelve vía la mediación o la conciliación y un porcentaje muy reducido, se resuelve mediante la adjudicación del juez, tendencia que está confirmada por las cifras que arroja la mediación y la conciliación como formas alternativas de resolver el conflicto.

c.- Finalmente, respecto al conflicto a resolver mientras los padres no llegan a acuerdo, se propone que el juez resuelva manteniendo como medida cautelar la custodia del niño, tomando en cuenta especialmente la opinión del niño conforme a su edad y madurez y la idoneidad de los padres, considerando como factor preponderante la facilidad que otorgue uno de ellos para el contacto con el otro de los padres, todo ello conforme al interés superior del niño, y manteniendo la corresponsabilidad en cuanto a las decisiones más importantes relacionadas con la crianza, educación y establecimiento del niño.³⁷¹ Se debe distinguir entre padres altamente conflictuados de aquellos que no se encuentran en dicho punto. El tribunal deberá asumir el rol cautelar correspondiente, adoptando las providencias necesarias para que estos padres logren una estabilidad, todo en pos de otorgar al niño un ambiente sano de crecimiento.

³⁷¹ Cfr. LLOVERAS, Nora; SALOMON, Marcelo, *"El derecho de Familia desde la constitución nacional"* Ed. Universidad Buenos Aires, 2009, p. 373; NEGRONI VERA, Gloria, *"Rol de los operadores del derecho en la resolución de conflictos jurídicos derivados de la Crisis de la Pareja"*, Revista de Magíster y Doctorado en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, Santiago, 2011, n° 4, p. 145. presentación ante la comisión de familia.

Debe tenderse y fomentarse la responsabilidad parental común, ya que el divorcio o separación no debe implicar una mono parentalidad para el niño³⁷². Las bases constitucionales se encuentran presentes, y deben ser fomentadas por el estado tratante, que se encuentran por cierto, por sobre las normas legales.

4.5.- Definición y tipos

i.- Definición.- El oficio de S.E. Presidente de la República, a la Cámara de Diputados oficio n° 1-359, el cual formula una indicación sustitutiva al proyecto de ley que introduce modificaciones al código civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados (boletín n° 5917-18) de 30 de marzo de 2011, define el cuidado personal compartido como "el derecho y el deber de amparar, defender y cuidar la persona del hijo menor de edad y participar en su crianza y educación, ejercido conjuntamente por el padre y la madre que viven separados".

Como se desprende de lo transcrito, la definición no proporciona elementos que puedan dar forma a la institución, sino que simplemente señala que el derecho deber de cuidado será ejercido conjuntamente una vez separados.

Maricruz Gómez de la Torre entiende que el cuidado compartido es aquel cuidado del niño ejercido sea por ambos

³⁷² TAPIA PARREÑO, José Jaime, "Custodia Compartida y Protección de Menores", en Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, II- 2009, p. 249.

padres en forma alternativa o rotativa, por los padres en igualdad de condiciones.³⁷³

Una luz del contenido de la definición la da Fabiola Lathrop, quien distingue en el cuidado personal dos acepciones, una en sentido restringido referida al contacto directo, diario y continuo que entrega la convivencia y otra amplia que es configurada por el conjunto de prestaciones de carácter personal a través de las cuales se cumplen los deberes parentales³⁷⁴, sin restringir el contenido al hecho de vivir con el hijo.³⁷⁵

Así entonces, la define como "aquel sistema familiar que posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere vivir con cada uno de ellos durante lapsos más o menos predeterminados."³⁷⁶

La definición deja fuera a aquellos padres que jamás han convivido, que no fueron matrimonio o pareja. La explicación está dada ya que el instituto se basa, en principio, en que el hijo no sufra la misma ruptura que han sufrido los padres. Ruptura que no se da si los padres jamás han convivido, por

³⁷³ Cfr. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *"El sistema filiativo Chileno"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 146.

³⁷⁴ Cfr. LLOVERAS, Nora, SALOMON, Marcelo, *"El derecho de Familia desde la constitución nacional"*, Editorial Universidad Buenos Aires, 2009, p 373.

³⁷⁵ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *"Custodia Compartida de los hijos"*, La Ley, Madrid, España, 2008, p. 276.

³⁷⁶ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *"Custodia Compartida de los hijos"*, La Ley, Madrid, España, 2008, p. 286.

ejemplo, si el hijo nace de una relación esporádica o la pareja se separa antes del nacimiento. Sin embargo se deberán adoptar las medidas necesarias para que padre o madre lleguen a los puntos de encuentro, para que, en pos del bienestar del hijo, este pueda desarrollarse con una figura paterna y materna³⁷⁷.

La situación es muy delicada, podrá privarse al padre o madre quien exclusivamente ha reconocido al hijo, y luego de años sin conocerlo desea mantener contacto con él. Se aumenta la dificultad si este niño ya ha sido criado por otra figura paterna o materna con el cual ha formado vínculos afectivos estables y debe reconocer como padre o madre.

Como siempre se deberá atender al interés del niño, y en su consideración principal para el presente caso, se deberá estar a la edad y autonomía progresiva del niño. Los efectos del abandono estarán determinados por el lapso en que el padre no ha ejercido el derecho-deber de crianza. Mientras más tiempo haya pasado desde que no ha tenido vínculo con él, mayor será la dificultad de establecer lazos con el padre. Debemos recordar que el derecho-deber de criar y educar se encuentra establecido a favor del hijo, y si este ya ha iniciado su formación bajo la figura parental de un tercero a quien reconoce, respeta y quiere como tal, mal podría requerir

³⁷⁷ Nora Lloveras y Marcelo Salomón haciendo una fuerte crítica a que el conflicto es suscitado egoístamente por los padres en perjuicio de los hijos, definen "responsabilidad parental o autoridad parental compartida significa comprender que el hijo requiere de auxilio, protección, cuidado, afecto, educación, conocimiento y enlace familiar con el padre y con la madre, sin que pueda diseñar un proyecto de vida íntegro, si no cuenta con los dos pilares de su propia vida". Cfr. LLOVERAS, Nora; SALOMON, Marcelo, *"El derecho de Familia desde la constitución nacional"* Editorial Universidad Buenos Aires, 2009, p 373.

el padre biológico que se le respete dicho derecho, ya que ha realizado acciones incompatibles que presumen su inhabilidad, y que dañarán al menor³⁷⁸, quien se verá enfrentado a una situación que tal vez conocía, pero de la que conforme a su edad no le corresponde averiguar.³⁷⁹

³⁷⁸ "Como regla general, cuando se produce esta ausencia de relación entre el progenitor no conviviente con su hijo menor de edad, sin que el otro progenitor haya impedido de forma alguna, o interviniendo de modo negativo para que esta relación se diera de modo normal, hay que concluir, que en beneficio del menor, lo más conveniente es privar al progenitor incumplidor de la patria potestad". RODRIGUEZ GUITAN, Alma María, "Responsabilidad Civil en el derecho de familia", Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 272.

³⁷⁹ RUISÁNCHEZ CASPELASTEGUI, Covadonga, "La privación de la patria potestad", Atelier, Barcelona, 2006, p.57; "De la jurisprudencia se deduce, sin embargo, que se priva de la potestad de los padres, en este supuesto, si el juez aprecia la elevada probabilidad de un perjuicio o daño para el menor que se derive de la no privación de la potestad del progenitor (la privación de la patria potestad es la sanción más grave en el derecho español y tiene como efecto al caso la no determinación de un régimen de relación directa y regular) Así por ejemplo podría privarse de la potestad a un progenitor que, después de mucho tiempo sin mantener relación con su hijo, se opone a su adopción con el único fin de poner trabas a la actuación del otro progenitor. (averiguar el fin no tiene trascendencia e incluso puede llevar a equívocos en la resolución del caso, ¿Cómo averiguar lo que sucede en el fuero interno de aquel padre abandonador?) También procedería la privación de la potestad, tras la separación de los padres, si se considera que el menor ha formado vínculos afectivos estables con la pareja del progenitor o con otros familiares del progenitor a los que considera como madre o padre y no privar de la potestad supondría un perjuicio para el menor al destruir este referente paterno estable. La formación de estos vínculos presupondrá la mayor parte de las veces un patente desinterés por parte del progenitor no conviviente. Si no concurren estas circunstancias o similares, la pauta de decisión de los tribunales exige la apreciación de un daño o peligro para el menor que derive de la conducta del progenitor. Este criterio ha encontrado refrendo en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Soderback v Suecia 28.10.1998. Pareja que tiene una hija y tras su nacimiento se separan. La relación entre los progenitores naturales había durado dos años. La hija, convivió siempre con la madre y el padre (demandante) se interesó por ellas, especialmente en el primer año de vida de la niña. Con el tiempo las visitas se hicieron más escasas y cesaron a causa de la oposición de la madre, que aducía que no convenía estar con su padre, pues éste abusaba del alcohol. Cuando la niña tenía ocho meses, la madre comenzó a convivir con

ii.- Tipos. La doctrina entiende que el ejercicio del cuidado personal puede ser alternado, sucesivo o rotativo³⁸⁰. Esta terminología podría considerarse si el cuidado personal fuese exclusivamente la guarda o tenencia del hijo, en los términos antes escindidos por Lathrop. Sin embargo, si se adopta un concepto amplio de cuidado personal, éste no podría ser ni alternado ni sucesivo, sino que lo único que cambiaría sería la residencia del niño.

No obstante lo anterior, se conocen comúnmente a lo menos tres modalidades.

a.- Cuidado Alternado cuando el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los padres, según la organización y

otro hombre y se casó con el en 1989. el demandante había solicitado en 1987 la asistencia de los servicios sociales para poder visitar a su hija, sin éxito. El marido promovió la adopción de la niña y, pese a los informes negativos de los servicios sociales y la oposición del padre, se constituyó la adopción. Esta decisión se fundamentó en el interés de la niña que había convivido con el adoptante desde que tenía ocho meses y le consideraba su padre y también en el hecho de que el progenitor por naturaleza no había tenido nunca la guarda de la niña y que sólo la había visto en contadas ocasiones. Los tribunales internos confirmaron esta decisión y el demandante acudió al TEDH. Alegó la violación del art. 8 de la CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar) El TEDH denegó la existencia de violación del artículo 8 de CEDH al apreciar las autoridades judiciales suecas habían considerado el escaso contacto entre demandante y su hija, en encontrarse con los vínculos que el padre adoptivo mantenía con la niña, como con su madre, que era esposo desde hacía más de cinco años, por lo que la adopción había consolidado formalizado los lazos existentes. En opinión del tribunal las autoridades judiciales suecas estaban en mejor posición para valorar el justo equilibrio entre los intereses en juego y la decisión no sobrepasó el margen de la apreciación permitido a las autoridades".

³⁸⁰ Cfr. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, "El sistema filiativo Chileno", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 147.

posibilidades de cada familia singular.³⁸¹ Bajo esta modalidad el traslado de hogar de los niños va acompañado de todos los elementos para su formación. "Este sistema permite que el hijo conviva con cada uno de los progenitores por períodos alternados o sucesivos, entendiendo que cada uno de dichos lapsos el padre o madre respectivo es quien ejerce el cuidado personal, pudiendo el otro disfrutar un régimen de comunicación con el hijo durante el tiempo que no conviva con éste"³⁸²

Este sistema por su naturaleza podría aplicarse en aquellos casos en que la alternancia sea de larga duración, ya que se sugiere que el padre que no tiene el cuidado personal mantenga un régimen de relación directa y regular con el hijo.

Sin embargo, se mantiene la crítica a la repartición de roles por el cual un padre ejerce plenipotenciariamente los derechos-deberes-funciones mientras conviva con el hijo y el otro, ejerce un deber de vigilancia sobre el progenitor que detenta el cuidado personal. No se cumpliría, entonces, con la necesidad de vinculación diaria del niño con ambos padres, a fin de que ambos participen en su crianza y educación³⁸³.

b.- Cuidado Conjunto. El cuidado conjunto, custodia compartida o simplemente cuidado personal en sentido amplio,

³⁸¹ Definición dada por Cecilia Grosman, en "La tenencia compartida después del divorcio", GROSMAN, Cecilia, "La tenencia compartida después del divorcio, Nuevas tendencias en la materia", en La Ley, Tomo 1984-B, Madrid, p. 806.

³⁸² LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Cuidado Personal de los hijos" Editorial Punto Lex, Santiago, 2005, p. 80.

³⁸³ Cfr. GONZÁLEZ ORVIZ, M^a Eloina, "Modelos de guarda y custodia. Síndrome de alienación parental" Editorial Bosh, España, 2010, p-7-46

consiste en que la familia, compuesta de los padres separados y su hijos establezcan un sistema de responsabilidades paritario, equitativo, considerando el caso particular, a fin de que ambos padres cumplan con el deber de criar y educar a sus hijos de la forma más inmediata posible, compartiendo las tareas propias de la formación integral de sus hijos³⁸⁴.

"Es una situación que privilegia la convivencia del hijo por sobre las disputas de los padres. Con la tuición compartida se cumple con el derecho del niño a mantener una relación parental con ambos padres, sin perjuicio de la responsabilidad de ambos en la crianza formación y educación, aún cuando estén separados o divorciados" ³⁸⁵

Este sistema se establece también en base a una rotación de hogar de los niños, viven con el padre y con la madre, los niños tienen dos casas, dos camas dos entornos familiares en los cuales puedan desarrollarse, en la medida de lo posible en normalidad, atendida la situación de anormalidad que la separación de los padres ha producido.³⁸⁶

³⁸⁴ Como cita Lloveras y Salomón "No implica necesariamente tenencia alternada sino la asunción compartida de autoridad y responsabilidades en relación a todo cuanto concierna al niño, al respecto de su derecho a continuar contando afectivamente y realmente, con un padre y una madre. Lo esencial de la tenencia compartida es participar con amplitud y afectivamente de las decisiones respecto del hijo, aún cuando la custodia física estuviera en cabeza de uno solo de los progenitores". Cfr. LLOVERAS, Nora; SALOMON, Marcelo, "*El derecho de Familia desde la constitución nacional*" Editorial Universidad Buenos Aires, 2009, p 377.

³⁸⁵ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, "*El sistema filiativo Chileno*", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 147.

³⁸⁶ "Desde un punto de vista económico, adoptando la custodia compartida cabe la posibilidad de que cada padre se haga cargo de los alimentos ordinarios de los hijos en proporción al tiempo que los tenga en su compañía. En cuanto a los extraordinarios, puede pactarse o el juez acordar que sean satisfechos por mitad o en proporción a su caudal respectivo. De esta forma se contribuirá a

Se ha llegado a señalar³⁸⁷ que no es posible hablar de guarda conjunta, porque resulta imposible que ambos progenitores, viviendo separados, la ejerzan. Así solo sería posible la custodia alternada³⁸⁸. Sin embargo, esta apreciación no abarca el cuidado en sentido amplio y se queda con el concepto de custodia física.

Se observa entonces, que no cabría de hablar de cuidado compartido, sino de residencias alternadas, ya que lo que se pretende es que padres e hijos no tengan un estatuto distinto de responsabilidad con respecto a sus hijos por no encontrarse residiendo con ellos. Cuestión sobre la que volveremos más adelante.³⁸⁹

La solución de todas formas no es perfecta, ya que el problema es la separación de los padres y dicho conflicto, salvo que éstos se reconcilien, es insolucionable.

c.- Anidación. Consiste en un sistema en el cual el niño tiene una residencia única y son los padres quienes rotan en torno al sistema de distribución acordado o determinado. Nace

disminuir el impago de pensiones alimenticias al desaparecer el deudor de la misma, y a la vez, la litigiosidad que en este punto se viene planteando", CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, "Guarda y custodia compartida, principales novedades de la ley 15/05" Madrid 2008, p. 195.

³⁸⁷ TAPIA PARREÑO, José Jaime, "Custodia Compartida y Protección de Menores", en Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, II- 2009, p. 255.

³⁸⁸ TAPIA PARREÑO, José Jaime, "Custodia Compartida y Protección de Menores", en Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, II- 2009, p. 256

³⁸⁹ Ver 4.3.1. del presente trabajo.

como una solución al denominado problema "niño mochila" que se le critica a los establecidos, cuidado sucesivo o alternado.

Por su propia naturaleza, existirá en el desarrollo familiar tres hogares. No se ha estudiado el efecto que produce este sistema en los niños, por el cual podrían sentirse empoderados al ser "su casa", como tampoco el problema que se generaría si los padres no pueden llegar a las horas acordadas al hogar del niño.

A nuestro entender constituye una solución forzada, que solamente podrá darse en aquellos casos en que los padres tengan la capacidad económica para ello. Consideramos que bajo este sistema, el padre puede desligarse de sus obligaciones parentales, en definitiva no conviviendo con el niño en su entorno particular, que le otorgará al hijo las referencias necesarias para enfrentar su formación.

No obstante las conclusiones anotadas, deberá evaluarse con el tiempo y en aquellos casos en que se produzca este tipo de cuidado si, en definitiva, es beneficioso para el niño, o no.³⁹⁰

4.6.- Distinción entre cuidado personal, patria potestad y residencia del niño.- Situación de los alimentos.

4.6.1.- Patria potestad, cuidado personal y residencia.

³⁹⁰ En derecho español, Cfr. MONTERO AROCA, Juan, "Guarda y Custodia de los hijos", Triant lo Blanch, 2001, p. 33 Y GARCIA PASTOR, Milagros, "La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales", Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, p. 96.

Como se expresaba en el primer capítulo, el cuidado personal y la patria potestad, en la lógica del Código de Bello se encuentran regulados en títulos distintos y constituyen dos instituciones de diferente naturaleza. Sin embargo, como ya señalaba Claro Solar "el carácter de la patria potestad se ha transformado progresivamente. Se comprueba una tendencia constante a hacer de ella una institución tutelar, protectora del hijo"³⁹¹ "No se trata pues, de una simple cuestión de colocación de las distintas disposiciones de la ley en que hubiera podido cometerse un error, sino de una voluntad deliberada y perfectamente conciente del legislador, aunque inadvertidamente, sin duda, nada se dice a este respecto en el mensaje con que el Presidente de la República sometió el proyecto del Código Civil a la aprobación del Congreso Nacional. La separación de las disposiciones en dos títulos distintos aparece desde el proyecto de 1853. Como se señalaba también la Comisión Revisora incorporó el artículo 233 sobre la corrección y castigo moderado. Pero en definitiva, son dos instituciones, que pueden o no convivir juntas, es decir bajo el mismo titular.

La nueva nomenclatura propuesta deslinda el ejercicio del cuidado personal del lugar de residencia del niño. El artículo 72 del Código Civil señala "el que vive bajo patria potestad sigue el domicilio paterno o materno según el caso". Para Alessandri la residencia importa asentarse en otro lugar, o

³⁹¹ CLARO SOLAR, Luis, "*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado*", De las personas, Tomo Tercero, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 157. "Nuestro Código no podía ser extraño a esta tendencia y ha realizado en parte, la evolución tratando separadamente de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos"

ejerger habitualmente su profesión u oficio en un lugar distinto del domicilio.³⁹²

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define: "residencia lugar en que se vive. Edificio en que se vive en especial de lujo. Casa donde, sujetándose a determinada reglamentación residen y conviven personas afines por la ocupación, el sexo, el estado, la edad etc., El Diccionario Jurídico Chileno de Ciencias Afines, agrega que, la residencia para el Código Civil es considerada como elemento sustancial y básico del domicilio, y como tal, lo contempla en el libro I-Título I-parrafo 2 "del domicilio en cuanto depende de la residencia y del ánimo de permanecer en ella. Así, el artículo 59 expresa "El domicilio consiste en la residencia acompañada real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella" al respecto el profesor Luis Claro Solar define la residencia como "el asiento real o de hecho de una persona" Por otra parte, el catedrático Héctor Claro Salas señala: "Hay que tener cuidado en distinguir el domicilio, de la residencia y de la habitación". La residencia es el lugar donde la persona habitualmente vive. La residencia implica cierta idea de permanencia como el domicilio de una persona y generalmente el domicilio de una persona se halla en el lugar en que reside. No hay que confundirlos, sin embargo, pues la residencia es el centro de la vida material del individuo. Mientras el domicilio es por así decirlo, el centro de su vida jurídica; se puede tener domicilio donde jamás se ha residido. La tendencia, según los profesores Alessandri y Somarriva, es

³⁹² ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODÁNOVIC HAKLICKA, Antonio, "Tratado de Derecho Civil, Partes Preeliminar y General", Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, N° 719, p. 461.

darle cada vez más importancia a la residencia, por que la vida moderna impele a los hombres a trasladarse de un lugar a otro, relajándose así los lazos que ataban a un individuo con el lugar de asiento principal. La noción de domicilio, pues, cede terreno ala de la residencia"³⁹³

Así, la idea propuesta, cuadra con las definiciones dadas. En cuanto a la definición dada por la RAE, el niño tiene su residencia, ya que habita una misma casa en razón de su estado, el estado civil de hijo, sujetándose a una determinada reglamentación y la dada por el diccionario jurídico de ciencias y afines, en cuanto a que el domicilio va perdiendo fuerza en razón de la evolución social, siendo necesario así, que el niño resida en dos domicilios, ya que así la sociedad ha evolucionado, no siendo piedra de tope el argumento de que un niño tiene y debe tener un solo domicilio³⁹⁴.

El ejercicio del cuidado personal no se confunde con la residencia del niño³⁹⁵, quien como menor que es, deberá ser

³⁹³ "Diccionario Jurídico Chileno de Ciencias y Afines", de DIMER JOHANSSEN, Enrique y CERDA VALDES DE DIMER, Olga, Editorial Legalpublishing, Vol. II, Santiago, 2008.

³⁹⁴ "Por efecto de la ruptura marital, la familia nuclear se reorganiza como una familia de dos núcleos, representados por la casa del padre y por la casa de la madre. Esta reorganización binuclear mantiene la continuidad de la familia para los hijos. Grosman y Martínez Alcorta dicen claramente "La estabilidad de los hijos está asegurada por su vínculo de filiación, en el que la pareja parental sobrevive independientemente del fin de la pareja conyugal, afirmándose el carácter irremplazable de la parentalidad" DAVISON, Dora, "Coparentalidad la respuesta al divorcio, Separación divorcio, un favor en el camino", Editorial Universidad, Buenos Aires, 2006, p. 72.

³⁹⁵ Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, "Guarda y custodia compartida, principales novedades de la ley 15/05", Madrid, 2008, p. 196.

cuidado en sentido estricto por aquel de los padres con quien el niño se encuentre residiendo.

4.6.2.- Patria potestad, cuidado personal y alimentos.

La patria potestad y su ejercicio genera el inconveniente que por una parte se estaría ejerciendo la representación legal del hijo y por otra se estaría administrando los bienes de éste.

Los bienes, en la realidad nacional, estarían configurados por los alimentos que el progenitor que ha hecho abandono del hogar debe proveer a su hijo, por ya no estar conviviendo con él. Ahora bien, si consideramos que ambos padres ejercerán de forma equitativa el rol de convivencia con sus hijos, los alimentos que deba proporcionar el padre o madre dependerán de cual de los dos padres se encuentre en una posición económica superior con respecto al otro. Si ambos padres se encuentran en situaciones económicas similares, no cabría posibilidad de que se determine una pensión de alimentos a fin de que el padre administre dineros provenientes del otro progenitor para propender a la crianza y educación del hijo común. Por el contrario si la capacidad económica entre los padres es importante, quien detente mejor posición deberá propender a alimentos a favor de su hijo en la medida necesaria para que se cumpla con el ejercicio del cuidado personal conjunto. Los alimentos que si bien pueden ser determinados como pagos directos, colegio, salud u otros, también deben ser determinados en dineros que administrará el padre que los requiera. Dicha administración se alejará de la administración general referida a la actual patria potestad,

por la razón de separación de los padres y principalmente porque en la nomenclatura actual no existe rendición de cuentas que pueda solicitar aquel por el cual se administran los bienes. Como se señalaba en un principio la patria potestad es atribuida a quien detente el ejercicio del cuidado personal. Como la administración de los bienes del hijo, alimentos, es ejercida por el mismo titular que tiene la representación del hijo, no se puede solicitar una rendición de cuentas por quien a debido sufragar los gastos, ya que los alimentos pertenecen al hijo. El modelo de patria potestad, el cual contiene la representación y administración de los bienes del hijo, no podría cumplirse con la figura actual en la que ambos padres ejercerían el cuidado personal. Necesariamente, se deberá acomodar la figura fiduciaria a la nueva institución, desmembrando en administración, cuidado y representación o fusionando los elementos de la patria potestad, quedando un derecho de rendición de cuentas contra el padre administrador, sin perder ninguno la representación³⁹⁶. Dicho análisis abarca con creces el propósito de este estudio por lo que solamente indicamos la

³⁹⁶ En relación a la representación de los hijos, cabe tener en cuenta la consideración a aquellos actos que puede ejecutar conforme a la autonomía progresiva lo permita "La patria potestad pertenece a la categoría de instituciones jurídicas de protección comprendidas dentro del régimen de representación, que se funda en la necesidad de proveer legalmente a la protección de personas que a consecuencia de su incapacidad natural, no están en situación de defender eficazmente sus derechos e intereses, aún cuando por el hecho de ser personas son sujetos de derecho y tienen capacidad de goce. Resulta lógico que tal representación no se extienda a los actos que ella pueda efectuar por si misma, ni a los actos para los cuales la ley le ha facultado expresamente para realizarlos directamente. Actos de carácter íntimo no admiten representación" ASENCIO SANCHEZ, Miguel Ángel, *"La patria potestad y la libertad de conciencia del menor, el interés del menor a la libre formación de su conciencia"*, Editorial Tecnos, Madrid, 2006, p. 110.

necesidad de ello a fin de completar la institucionalidad sobre el cuidado, crianza y educación de los hijos.

4.7.- Determinación del Cuidado Personal Compartido

4.7.1.- Regla General, norma supletoria legal.- Conforme a lo latamente analizado, la figura del cuidado personal compartido, una vez producida la ruptura, debiese ser la regla general. Por ello, la forma de establecimiento sería la ley, con consideraciones en cuanto a la situación particular de la familia de que se trate.

La profesora Lathrop, realizó una presentación a la comisión de familia de la Cámara de Diputados ha propuesta de articulado para un nuevo título IX del libro I del Código Civil, relativo a la responsabilidad parental, en razón de los boletines n°s 5917-18 y 7007-18 (refundidos)³⁹⁷.

En dicha propuesta se ha dispuesto la siguiente modificación al actual artículo 225 del Código Civil "Si los padres viven separados, podrán determinar, de común acuerdo, que el cuidado personal de su hijo o hija corresponda a la madre, al padre o a ambos de forma compartida, sin perjuicio de la responsabilidad que éstos ejercen. Esto último, en conformidad al artículo 36 de la Ley de Matrimonio Civil"³⁹⁸

³⁹⁷ Ver n° 5, del presente trabajo.

³⁹⁸ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "*Propuesta a la comisión de familia de la cámara de diputados, de articulado para un nuevo título ix del libro i del código civil, relativo a la responsabilidad parental, en razón de los boletines n°s 5917-18 y 7007-18 (refundidos)*", Agosto 2011. Minuta ha sido elaborada, en el mes de Agosto de 2011, por la profesora Fabiola Lathrop, en base a lo expuesto por la misma en la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados y a la presentación del profesor Nicolás Espejo en la Comisión de Constitución,

Esta sería la primera regla de atribución del cuidado personal, primando la voluntad de los padres en cuanto a la titularidad, sin perjuicio de lo anterior, no se quiso dejar de lado la necesidad de respetar los intereses de los hijos para lo cual presenta un nuevo inciso segundo al artículo 225 por el cual los padres para determinar la elección referida deben tener en cuenta la situación particular del hijo³⁹⁹.

“En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal a que se refieren los incisos anteriores, deberán considerarse y ponderarse conjuntamente, los siguientes criterios y circunstancias⁴⁰⁰:

a. La vinculación afectiva entre el hijo o hija y cada uno de los padres y demás personas con las que el hijo o hija tenga relación de confianza (esto último, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 71 letra b) de la Ley de Tribunales de Familia, que utiliza esta denominación);

b. La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo o hija y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad;

c. La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo o

Legislación y Justicia de la misma Cámara. Dicho propuesta fue recogida en el primer informe de la comisión de familia referido a dos proyectos de ley que modifican normas del código civil en materia de cuidado personal de los hijos, boletines n°s 5917-18 y 7007-18, (refundidos).

³⁹⁹ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, “Propuesta... op. Cit., letra f).
www.bcn.cl

⁴⁰⁰ Íbid.

hija, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones con sus dos padres⁴⁰¹;

d. El tiempo que cada uno de los padres había dedicado a la atención del hijo o hija antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar⁴⁰²;

f. La opinión expresada por el hijo o hija;

g. Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio;

h. La ubicación geográfica de los domicilios de los padres, y los horarios y actividades del hijo o hija y de sus padres;

i. El resultado de los informes periciales que se hayan ordenado practicar;

j. Cualquier otro antecedente o circunstancia que sea relevante atendido el interés superior del hijo o hija⁴⁰³.

⁴⁰¹ Cfr. VILLAR, Ariel, *"Impedimento de contacto de hijos menores y la comunicación paterno-filial"*, Editorial Némesis, 2003, p. 141.

⁴⁰² En el mismo sentido Cfr. RODRIGUEZ PINTO, María Sara, *"El cuidado personal de los niños y adolescentes"*, Legalpublishing, Santiago, 2010.

⁴⁰³ Juan Montero Aroca clasifica las circunstancias que no deben ser tomadas en consideración para el otorgamiento del cuidado personal, así señala la fe religiosa, la nacionalidad, el sexo, el dinero o status social, la convivencia con un tercero, el interés del progenitor, y el coeficiente intelectual. Cfr MONTERO AROCA, Juan, *"Guarda y Custodia de los hijos"*, Triant lo blanch, Madrid, 2001, p. 68; GARCIPASTOR, Milagros, *"La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales"*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, p. 133.

En derecho comparado se han considerado necesario explicitar mínimos que el juez debe tener en consideración. El caso Español que se explicita el principio de atender el interés y beneficio del menor como el principio de "procurar no separar a los hermanos"⁴⁰⁴.

Así también, la Ley francesa de Autoridad Parental establece que el juez, cuando tenga que pronunciarse sobre las modalidades del ejercicio de la autoridad parental, tendrá especialmente en consideración, entre otros elementos, los siguientes: 1. La práctica que los progenitores hayan desarrollado con anterioridad, o los acuerdos que hubieran podido alcanzar anteriormente. 2. Los sentimientos expresados por el menor, en las condiciones previstas por la ley. 3. La aptitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, y respetar los derechos del otro⁴⁰⁵.

Como requisito base del cuidado personal compartido se ha considerado la necesidad de que ambos padres lleven una convivencia sana, es decir, que no se presenten conflictos entre ellos⁴⁰⁶. "La convención sobre derechos del niño, que tiene rango constitucional en nuestro país, reconoce el

⁴⁰⁴ TAPIA PARREÑO, José Jaime, "*Custodia Compartida y Protección de Menores*", en Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, II- 2009, p. 255.

⁴⁰⁵ El artículo 373-2-11 del Código Civil Francés establece los elementos que deberá ponderar el juez para determinar el régimen de cuidado. Estos elementos son: 1º La práctica que los padres hubieren seguido de manera precedente o los pactos que hubiesen acordado; 2º Los sentimientos expresados por el menor; 3º La aptitud de cada padre de asumir sus deberes y respetar los derechos del otro; 4º El resultado de las pericias efectuadas, considerando principalmente la edad del menor; 5º Las informaciones obtenidas a partir de eventuales investigaciones y contra investigaciones sociales.

⁴⁰⁶ Así lo entiende el sistema Inglés. Cfr. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "*Custodia Compartida de los Hijos*", Madrid, La Ley, 2008, p. 314.

derecho de los niños a mantener relaciones personales y un contacto directo y regular con ambos progenitores. La coparentalidad después del divorcio va más allá, porque es impensable la crianza de los hijos sin un mínimo acuerdo entre sus progenitores"⁴⁰⁷ Esto es muy difícil de lograr, por ende, el cuidado personal compartido, si bien puede ser determinado por la voluntad de los padres, no tendría cabida alguna cuando no existe acuerdo entre ellos, que es el conflicto ex ante que la norma jurídica debe solucionar.⁴⁰⁸

Las parejas que se separan, en su mayoría, lo realizan con conflicto y será en contadas ocasiones, en que los padres se separen de manera sana, de forma madura y sin rencillas,

Entregar la posibilidad a los padres a que ellos decidan en un momento de conflicto, reitero por regla general, ya que de lo contrario no habría rompimiento, y de haberlo y separarse sanamente, ésta separación no pasaría por los tribunales, por lo que por regla general, si bien puede considerarse la voluntad de los padres para decidir sobre la forma y desarrollo que tendrán con sus hijos, la norma jurídica no puede dejar en manos de ellos una situación que puede darse conflictivamente y así de decidir sobre un asunto de tan vital importancia para la formación de un ser humano. Sin embargo el momento en que se los entrega, nos parece inadecuado, considerando que a ante la falta de acuerdo se establece el ejercicio de forma unilateral.

⁴⁰⁷ DAVISON, Dora, *"Coparentalidad la respuesta al divorcio, Separación divorcio, un favor en el camino"*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2006, p. 72.

Un momento de conflicto en la pareja, hace presumir una inestabilidad para la toma de decisiones, también influyen factores que no son netamente el interés de los hijos, como señalábamos en capítulo primero, la determinación de una pensión de alimentos, la designación de un bien familiar o la cuantía de la compensación económica podrán determinar la voluntad de los padres, en perjuicio del niño. En uno u otro sentido, ya que uno puede renunciar de facto a los alimentos y el bien familiar, y el otro puede ofrecer una suma importante de dinero a cambio de la anulación del rol del otro progenitor. Esto coloca en indefensión a la mujer o marido manipulada (o) económicamente, quien accederá a la oferta realizada.

Con lo señalado en los párrafos anteriores queremos señalar, que el juez deberá estar atento a las condiciones que han precedido a la ruptura, no funcionando como mero tirabuzón, en los acuerdos presentados y revisando los acuerdos en caso de haber indicios de conflicto entre las partes. Destacamos que la intervención en este caso es sumamente difícil, debido a las estrechas condiciones de trabajo de los operadores de tribunales de familia, quienes no tienen las herramientas adecuadas para otorgar una medida eficaz tendiente a la protección de la familia en estos casos. En la actualidad los mecanismos, o redes relacionadas son de carácter de emergencia y no se cuenta con elementos de apoyo permanente, ni menos especializados para vigilar el desarrollo adecuado para los niños.

Cuando partimos este trabajo señalábamos que la norma jurídica que otorga el cuidado personal en forma exclusiva a

la madre, fomentaba el conflicto en vez de solucionarlo. Y efectivamente es así. Una norma discriminatoria contra el hombre, determina que éste realice acciones que no realizaría, de en su entender se respetasen sus derechos; por su parte, una madre que sabe que el derecho no la discrimina positivamente, no utilizará a sus hijos, para tomarse rencilla de la separación.

Eliminando la posibilidad de encontrarse, uno en posición de ventaja y el otro en desventaja, se dejará, en parte, un espacio al conflicto⁴⁰⁹. Lo mismo es explicado en las técnicas avanzadas de negociación. El punto base para saber si negocio o no, es tener el conocimiento de cual sería mi mejor alternativa a un acuerdo negociado, (MAAN), con ello si el acuerdo no me es más beneficioso que mi mejor alternativa, optaré por ésta última.⁴¹⁰

La consideración entontes es, que primariamente debiese establecerse la norma legal supletoria en el cuidado personal compartido cuando los padres vivan separados. Ello redundará en la imposibilidad de que se generen utilizaciones o manipulaciones de los hijos y a la vez, limitará las muchas veces descomedidas reacciones de los padres. Como contrapeso, el derecho del padre que hace abandono del hogar, que utiliza a los hijos⁴¹¹ o que incumple con sus obligaciones parentales,

⁴⁰⁹ El análisis económico del derecho nos puede ayudar en este punto con la clásica teoría de los juegos. Cfr. COOTER Robert; ULEN, Thomas, *"Derecho y Economía"*, Editorial del Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

⁴¹⁰ FICHER, Roger, URY, Willam, *"Si de acuerdo, como negociar sin ceder"*, Editorial Norma, Colombia, 1991, p. 83.

⁴¹¹ Ver VILLAR, Ariel, *"Impedimento de contacto de hijos menores y la comunicación paterno-filial"*, Editorial Némesis, 2003. Cap VIII, p. 141.

deberá ser drásticamente sancionado, justamente para frenar toda posibilidad de mal utilización del sistema judicial.

De presentarse conflictos, deberá ocurrir, el que considere afectado el interés del hijo, a fin de que sea el juez quien determine quien es el padre más apto para el ejercicio del cuidado personal o si éste debe ser realizado de forma conjunta por ellos.⁴¹²

Dentro de los elementos que deberá considerar el juez está el nivel de apego que tiene el hijo con sus padres. En especial si el otro progenitor no ha convivido con el hijo, habiendo hecho abandono de éste, no podrá presentarse solicitando el derecho a ejercer el cuidado conjunto, ya que no satisfacerla el fin de la norma, cual es proteger la integridad del hijo.

Se podría objetar inmediatamente que una normativa de éste tipo judicializaría, en sumo, los conflictos familiares, ya que ambos padres solicitarán el ejercicio exclusivo del cuidado personal. Se volvería a mediatizar al niño, cuestión que justamente se trató de evitar con la inclusión de un cuidado conjunto.

Puedo dar dos líneas argumentativas para rebatir dicha afirmación. La primera, es que los padres que quieran judicializar el conflicto, lo harán igual con norma supletoria o no. La segunda, es el efecto que produce la reglamentación

⁴¹² "Cuando los desacuerdos sean reiterados o concurra causa que entorpezca gravemente el ejercicio conjunto el Juez puede atribuir la patria potestad a uno de los progenitores". DIAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M^a Dolores, "La Patria Potestad", en "Protección Jurídica del Menor" VVAA, Editorial Colex 2009, p. 63.

en los individuos, quienes deberán considerar si el sistema que se les presenta es justo o no en su aplicación.

En cuanto a lo primero, las separaciones en su mayoría son conflictivas, no cabe entonces pensar que un sistema igualitario la conflictúe aún más, so pretexto de ejercer de forma exclusiva el cuidado personal. Se pierde de vista la norma jurídica como elemento regulador de la convivencia social. Si compro un auto y no lo pago, se que me lo quitarán o me lo harán pagar, si mato intencionalmente al vecino se que me condenarán, etc., La mayoría de las personas acatará la reglamentación, ya que eso es "lo justo", o es lo que se encuentra en la ley, observarán que los principios establecidos a favor del hijo son claros, que lo que pretende fomentar la norma es la igualdad de roles parentales, que debe lograrse por la necesidad de la incorporación de la mujer al trabajo, y así se despejan las dudas en cuanto a la judicialización y se refuerza el mandamiento legal necesario para la sana convivencia en sociedad.

La pregunta es entonces, ¿Qué sistema genera mayor conflictividad?, ¿Aquél que establece un sistema discriminatorio justificado o no, a favor de una de las partes? o ¿Aquél que intenta equiparar a los padres en sus roles? Se ha señalado que la norma jurídica actual, refleja lo que sucede en la sociedad, y efectivamente actualmente la mujer es la que en su mayoría se queda al cuidado de los hijos, pero esto es un reflejo de la sociedad o la sociedad se refleja en la norma jurídica? La norma jurídica debe propender a comportamientos que la mayoría de los ciudadanos consideren

como necesario, prohibir aquellos que considere negativos y tolerar y reglamentar aquellos que considere aceptables.

Por ello, bajo dicha argumentación y en vista a que la propuesta considera la incorporación efectiva de los tratados internacionales ratificados por Chile, ergo, ya aceptados como necesarios para nuestra sociedad, no puede sino adoptarse una reglamentación que tienda a evitar el conflicto y proteger los intereses de los niños.

Muy distinto es el caso que, una vez producida la separación se produzcan conflictos sobre "el cómo" se regulará este régimen de cuidado compartido. Aquí el juez podrá tener incidencia y determinar la forma de su ejercicio considerando los elementos desarrollados por la profesora Lathrop.⁴¹³

Así, no se induce al litigio desmedido y solo se concurrirá a tribunales en casos de graves desavenencias.

4.7.2.- Atribución convencional. Los padres podrán pactar, no obstante ser la regla supletoria legal, el cómo se ejercerá el ejercicio del cuidado conjunto, para ello al igual que el juez deberá tener en consideración los elementos básicos señalados en el párrafo anterior, solo con ello el juez podrá homologar el acuerdo regulatorio, ya sea en el contexto de un acuerdo completo y suficiente en conformidad al

⁴¹³ "En lo relativo al examen por el tribunal del caso concreto a fin de acordar la custodia compartida, la jurisprudencia ha venido atendiendo a criterios tales como que las viviendas se hallen en el mismo edificio, o al reparto del tiempo, por semestres, por meses alternados o por períodos de 15 días. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, *"Guarda y Custodia de los hijos menores. Las crisis matrimoniales y parejas de hecho."*, Editorial La Ley, Madrid, 2007, p. 345.

artículo 22 de la ley de matrimonio civil o de una transacción de ser un hijo no matrimonial.

Nacerá la pregunta de para que existe la posibilidad de que se regule el cuidado compartido si la norma ya lo establece. Primero la posibilidad otorga seguridad jurídica a los padres que se separan y segundo, por ser necesario para la presentación del acuerdo regulador.

Lo interesante es, que este pacto debería establecerse en las capitulaciones matrimoniales, y señalo debería ya que es un asunto de interés público, como ya se ha señalado, tal como el régimen patrimonial del matrimonio e incluso más trascendental. El efecto probable de este pacto significará que la pareja realice concientizadamente un esfuerzo por no romper el vínculo familiar, tan accesible con la legislación actual. Además se pone énfasis en la familia que nace con el matrimonio y no solamente a la unión de pareja, que puede no ser definitiva.

4.7.3.- Atribución Judicial. En principio, creemos que la atribución judicial solamente debería quedar para casos, por los cuales, los padres concurren al tribunal a fin de determinar su regulación. No sería una regla de atribución propiamente tal, sino, una forma de concretizar el cuidado personal compartido, considerando los elementos básicos desarrollados en el primer punto de éste acápite⁴¹⁴.

⁴¹⁴ Juan Montero Aroca, antes de la entrada en vigencia de la ley 15/2005, realiza un estudio jurisprudencial, clasificando las circunstancias en que sería poco aconsejable, inadecuada, y hasta denegatoria el cuidado personal compartido. Cfr. MONTERO AROCA, Juan, "Guarda y Custodia de los hijos", Triant lo Blanch, 2001, p. 45.

Capítulo V.-

Derecho proyectado. Desarrollo del estado actual de los proyectos de ley que modifican el artículo 225 del Código Civil.

El presente capítulo, a modo de colofón, describe el estado actual de los proyectos de ley presentados en el congreso y que modificarían el artículo 225 del Código Civil.

5.1. Ingreso del proyecto. Cuidado personal compartido de forma supletoria legal.

La iniciativa contenida en el boletín N°5917-18, plantea en su letra b), sustituir el artículo 225, del Código Civil, del siguiente modo:

"Artículo 225. Si los padres viven separados, el cuidado personal de los hijos corresponderá en principio a ambos padres en forma compartida. Si no hubiere acuerdo en adoptar el cuidado compartido y surgiere disputa sobre cual padre tendrá la tuición, el juez decidirá a solicitud de cualquiera de ellos cual de los padres tendrá a su cargo el cuidado personal de los hijos.

Todo acuerdo que regule el cuidado personal de los hijos deberá constar por 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, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de

uno o más hijos corresponda a la madre o al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

Cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada o cuando no se cumpla lo señalado en el inciso anterior, el juez podrá entregar su cuidado personal a uno de los padres en el caso del cuidado compartido o al otros de los padres en los demás casos.

No obstante, no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiere cumplido las obligaciones de mantención mientras estuvo al cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Igual medida se adoptará respecto del padre o madre respecto del cual se acreditare fehacientemente que ha maltratado física o psicológicamente al hijo."

Por su parte, la otra iniciativa de que da cuenta este informe, contenida en el boletín 7007-18, propone sustituir el referido artículo 225 del Código Civil, de la siguiente forma:

"Artículo 225. Si los padres viven separados, podrán determinar de común acuerdo, 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, a cuál de los padres corresponde el cuidado personal de uno o más hijos, o el modo en que dicho cuidado personal se ejercerá entre ellos, si optaran por hacerlo en forma compartida. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

Tratándose de lo dispuesto en el inciso anterior, a falta de acuerdo, decidirá el juez. Una consideración primordial a la que atenderá será el interés superior del niño.

Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros".

La Comisión, en un primer debate, centrado en los tres primeros incisos, valoró que ambas iniciativas tengan en común el terminar con la normativa vigente que recoge un modelo unilateral de cuidado personal de los hijos e hijas, en virtud del cual, si los padres viven separados, éste corresponde a la madre como derecho-deber, (atribución legal) y que permite sólo por acuerdo de los progenitores, que pase al padre (atribución convencional), pero siempre ejercido de modo unilateral, o bien, lo decida el juez, pasando al otro de los padres (atribución judicial), por causas justificadas como el maltrato o descuido u otra, teniendo presente el interés superior del niño o niña.

Asimismo, sus integrantes resaltaron, como primera alternativa, el acuerdo de los padres para determinar si a uno, o a ambos, les corresponderá el cuidado personal o el modo en que éste se ejercerá entre ellos, entendiendo que son los padres los primeros llamados, no obstante el conflicto que pueda existir, a determinar qué es lo mejor para sus hijos, en consideración a las circunstancias y contexto del grupo familiar, de manera que concordaron plenamente con la primera parte de ambas proposiciones en cuanto razonan sobre la misma base.

Sin embargo, el punto de desencuentro lo constituyó la resolución del cuidado personal cuando no hay acuerdo, es decir, ante el conflicto, y, de conformidad con los proyectos propuestos, a cuál de los padres debería el juez entregar el cuidado personal de los hijos e hijas, y en virtud de qué elementos a considerar. Por otra parte, hubo pleno acuerdo entre sus integrantes en que el juez, al decidir, debería asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de ambos padres y establecer las condiciones que, por una parte, fomenten una relación paterna filial sana y cercana, y por la otra, permita a ambos progenitores participar activamente y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos

En este contexto, el debate de los integrantes de la Comisión se mantuvo en dos posiciones, las que, no obstante, coincidieron en cuanto a que en la crianza y educación, el cuidado personal de los hijos e hijas comunes debe ser siempre compartido porque la decisión incide en materias tan relevantes, como por ejemplo, la religión en que se educarán o el colegio a que asistirán, pero, no fue así en lo que respecta a con quién debe vivir el niño niña, es decir, su residencia, elemento de la mayor sensibilidad tanto respecto de los propios padres como de los hijos.

La opinión mayoritaria conformada por las señoras Cristi, Hoffmann, Rubilar, Sabat y Zalaquett, y señores Barros, Bauer y Sabag defendieron el mejor derecho de la madre basada en una cuestión de orden natural y de hecho, que demuestra que la mujer está mejor preparada y es más idónea para criar a los hijos, por lo demás, avalada porque en la práctica lo más

frecuente es que sea la madre quien lo asume cuando los padres viven separados.

Por su parte, la señora Saa se manifestó a favor de que sea el juez quien determine a cuál de los padres corresponde el cuidado personal, en caso de que los padres no puedan arribar a un acuerdo, el que deberá considerar primordialmente el interés superior del niño o niña (como por ejemplo, su cercanía con el colegio o el horario de trabajo del padre o madre) y no en el género o su situación personal, porque, si bien a lo largo de la historia y la división sexual del trabajo, las mujeres han sido tenidas como las que mejor cuidan a los niños, no es por el instinto maternal, sino por determinaciones culturales que condicionan el rol de los seres humanos en la sociedad.

Las señoras Goic, Muñoz y el señor Schilling, fueron de la idea de que el juez debería estimar, por regla general y a priori, a ambos padres igualmente idóneos, de modo que, ante el desacuerdo, y frente a la disyuntiva de con cuál de los padres debe vivir el hijo o hija si ambos garantizan igualmente su bienestar y protección, se debe preferir a la madre, si se trata de un menor de 14 años, y, teniendo en vista primordialmente el interés superior del niño o niña, se le debe oír, si es capaz de formarse un juicio propio.

5.2. Indicación del Ejecutivo.- Cuidado Personal compartido con acuerdo de los padres, sin acuerdo regla general a la madre corresponde el ejercicio del cuidado personal.

El Ejecutivo, presente en la discusión en general, presentó una indicación para sustituir el artículo 225 del Código Civil, del modo que se señala:

"Artículo 225: Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos e hijas.

No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción del nacimiento del hijo o hija dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que le cuidado personal de uno o más hijos o hijas corresponda al padre o a ambos en conjunto. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

En todo caso, cuando el interés del hijo o hija lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo o hija mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

En ningún caso el juez podrá fundar su decisión en base a la capacidad económica de los padres. El padre o madre que ejerza el cuidado personal facilitará el régimen comunicacional con el otro padre.

Velando por el interés superior del hijo o hija, podrá el juez entregar el cuidado personal a ambos padres, cuando el

padre o madre custodio impidiere o dificultare injustificadamente, el ejercicio de la relación directa y regular del padre no custodio con el hijo o hijos, sea que ésta se haya establecido de común acuerdo o decretado judicialmente. También podrá entregarlo cuando el padre o madre custodio realice denuncias o demandas basadas en hechos falsos con el fin de perjudicar al no custodio y obtener beneficios económicos.

El cuidado personal compartido, es el derecho y el deber de amparar, defender y cuidar la persona del hijo o hija menor de edad y participar en su crianza y educación, ejercido conjuntamente por el padre y la madre que viven separados.

El hijo o hija sujeto a cuidado personal compartido deberá tener una sola residencia habitual, la cual será preferentemente el hogar de la madre.

En caso de establecerse el cuidado personal compartido de común acuerdo, ambos padres deberán determinar, en la forma señalada en el inciso segundo, las medidas específicas que garanticen la relación regular y frecuente del padre custodio con quien el hijo o hija no reside habitualmente, a fin de que puedan tener un vínculo afectivo sano y estable. En caso de cuidado personal compartido decretado judicialmente, será el juez quien deberá determinar dichas medidas.

Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.".

La Ministra Directora del SERNAM, explicó las indicaciones., en los siguientes términos

1.- Mantiene el cuidado personal supletorio a la madre, cuando los padres viven separados.

Explicó que se mantiene la regla actual consagrada en el artículo 225 del Código Civil, la que según expresó, viene a reconocer la necesidad de seguridad y certeza para los hijos, especialmente respecto de dónde y con quién seguirán viviendo, velando siempre por el interés superior del niño. Agregó que por medio de esta disposición se reconoce la realidad de las familias de nuestro país, en que son las madres quienes más tiempo destinan al cuidado de los hijos y del hogar en que ellos viven.

Insistió en que el no reconocer esta titularidad supletoria a la madre, implicaría una judicialización inmediata de a quién debiera entregarse el cuidado personal, con el dolor que ello traería aparejado para los hijos. La inestabilidad de toda ruptura se vería gravemente aumentada con la incertidumbre de los hijos respecto del desconocimiento del padre con quién vivirán y el lugar en que lo harán. Resulta del todo lógico entonces que, en la medida de lo posible, no se exponga a los menores a juicios, por los efectos nocivos que provocan en su desarrollo emocional.

Agregó que dado que las relaciones y circunstancias familiares son tan diversas, no puede establecerse como regla supletoria el cuidado personal compartido, como tampoco afirmarse a priori que ésta constituya la mejor alternativa.

Sin perjuicio de lo anterior, recalcó que el padre no pierde su derecho a relacionarse con el niño y a educarlo y tiene siempre abierta la posibilidad de solicitar al juez la modificación del cuidado personal, en función del interés superior del niño. En tal sentido, nada obsta a que se busquen alternativas que aumenten la participación de los padres en la crianza y educación de los hijos, las que en ningún caso son contradictorias con la regla de la titularidad supletoria de la madre en caso de separación de los padres.

Como mecanismos que permitan fortalecer la relación entre padres e hijos en miras del bien superior del niño, se establece la figura del cuidado personal compartido como alternativa para los padres que separan, el que se define, al tenor de la indicación presentada, como el derecho y el deber del padre y la madre que viven separados, de amparar, defender y cuidar la persona del hijo menor de edad, participar activamente en su crianza y educación y tener conjuntamente su patria potestad.

Agregó que el cuidado personal compartido puede ser origen convencional o judicial. En el primer supuesto, puede ser pactado en cualquier momento por los padres, bastando para ello una escritura pública o acta extendida ante el Oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo; y en el segundo caso, el juez puede otorgar el cuidado personal compartido en las siguientes hipótesis, siempre que esté velando por el interés superior del niño:

1.-Cuando quien tenga el cuidado personal, entorpezca las visitas del padre no custodio con el hijo.

2.-Cuando quién tenga el cuidado personal denuncie o demande falsamente al otro padre para perjudicarlo y obtener beneficios económicos.

Expresó que a fin de velar por la estabilidad del hijo se precisa que el niño deberá tener una sola residencia habitual, la cual será preferentemente el hogar de la madre, pero en tal caso se deben establecer los canales necesarios para fomentar una relación más cercana entre ellos y el padre no custodio, tal como se explica en el punto que sigue.

3.- Se garantiza la relación sana y estable del hijo con el padre con quién el menor no reside habitualmente:

En caso de establecerse el cuidado personal compartido, deberán determinarse las medidas específicas que garanticen la relación regular y frecuente del padre custodio con quien el hijo no reside habitualmente, dichas medidas deben ser establecida por los padres y por el juez, según sea la fuente del cuidado personal compartido.

En el mismo orden de ideas, precisó que cuando sólo uno de los padres tenga la titularidad del cuidado personal del hijo, el legislador debe establecer los canales necesarios para que exista una corresponsabilidad entre madre y padre que vivan separados, en el cuidado y la toma de decisiones que atañen a los hijos comunes.

La mayoría de los integrantes de la Comisión, en términos generales, valoraron las semejanzas -básicamente en dos aspectos-, que presentan las indicaciones propuestas por el Ejecutivo, con los proyectos refundidos en discusión y con los términos del debate efectuado; efectivamente, coinciden, por una parte, en lo que respecta al cuidado personal compartido entendido como participación en la crianza y educación de los hijos e hijas, y que procederá siempre que hay acuerdo entre las partes, lo que viene a cambiar lo existente hasta ahora en la ley, en cuanto a que, en cualquier caso, será siempre unilateral, toda vez, que si existe acuerdo, pasa al otro de los padres, pero no a ambos en conjunto, y, por otra parte, en cuanto a que, sin perjuicio de que el cuidado personal se ejerza compartido, la residencia habitual de los hijos comunes, debe ser una sola, de preferencia la materna, aunque, en este punto, la coincidencia no fue absoluta porque las indicaciones parlamentarias priorizaron el acuerdo de los padres, permitiéndoles regular la residencia de manera voluntaria, incluso compartida. La indicación del Ejecutivo, impide dicha posibilidad estableciendo que, aún cuando los padres acuerden cuidado personal compartido, los hijos deberán tener una sola residencia, preferentemente la materna, con el propósito de velar por su estabilidad.

5.3. Proyecto de ley. Cuidado personal compartido con acuerdo de los padres. Sin acuerdo corresponde a la madre el ejercicio.

"Artículo 1º.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Civil, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fija el artículo 2º del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2000, del Ministerio del Justicia:

1.- Reemplázase el artículo 225 por el siguiente:

"Art. 225. Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

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

El acuerdo a que se refiere el inciso primero deberá establecer la frecuencia y libertad con que el padre o madre privado del cuidado personal mantendrá una relación directa, regular y personal con los hijos.

Mientras no haya acuerdo entre los padres o decisión judicial, a la madre toca el cuidado personal de los hijos

menores, sin perjuicio de la relación directa, regular y personal que deberán mantener con el padre.

En cualquiera de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés del hijo lo haga conveniente, el juez podrá modificar lo establecido, para atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiere contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro mantendrá con él una relación directa, regular y personal.

En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres.

Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.”.

2.- Derógase el artículo 228.

3.- Sustitúyese el artículo 229 por el siguiente:

"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, regular y personal, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado en las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

Se entiende por relación directa, regular y personal, aquella que propende a que el vínculo paterno filial entre el padre no custodio y su hijo se mantenga a través de un contacto personal, periódico y estable. El régimen variará según la edad del hijo y la relación que exista con el padre no custodio, las circunstancias particulares, necesidades afectivas y otros elementos que deban tomarse en cuenta, siempre en consideración del mejor interés del hijo.

Con todo, sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa, regular y personal o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de ambos padres en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación paterno filial sana y cercana.

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

4.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 244:

a) Reemplázase el inciso segundo por el siguiente:

"A falta de la suscripción del acuerdo, toca al padre y madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad."

b) Intercálase el siguiente inciso tercero, pasando los actuales tercero y cuarto a ser cuarto y quinto, respectivamente:

"En el ejercicio de la patria potestad conjunta, los padres podrán actuar indistintamente cuando cumplan funciones de representación legal que no menoscaben los derechos del hijo ni le impongan obligaciones."

5.- Modifícase el artículo 245 en el siguiente sentido:

a) Intercálase en el inciso primero, entre los términos "hijo," y "de conformidad" las palabras "o por ambos,".

b) Sustitúyese el inciso segundo por el siguiente:

"Sin embargo, por acuerdo de los padres o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse la patria potestad al otro padre o radicarla en uno de ellos si la ejercieren conjuntamente. Además, basándose en igual

interés, los padres podrán ejercerla en forma conjunta. Se aplicará al acuerdo o a la resolución judicial las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente.”.

c) Agrégase el siguiente inciso tercero:

“En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se aplicará lo establecido en el inciso tercero del artículo anterior.”.

Artículo 2º.- Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N° 16.618, de Menores, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el artículo 6º del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2000, del Ministerio de Justicia:

1.- Introdúcese el siguiente artículo 40:

“Artículo 40.- Para los efectos de los artículos 225, inciso tercero; 229 y 242, inciso segundo del Código Civil, y de otra norma en que se requiera considerar el interés superior del hijo como criterio de decisión, el juez deberá ponderar al menos los siguientes factores:

a) Bienestar que implica para el hijo el cuidado personal del padre o madre, o el establecimiento de un régimen judicial de relación directa, regular y personal, tomando en cuenta sus posibilidades actuales y futuras de entregar al hijo estabilidad educativa y emocional;

b) Riesgos o perjuicios que podrían derivarse para el hijo en caso de adoptarse una decisión o cambio en su situación actual;

c) Efecto probable de cualquier cambio de situación en la vida actual del hijo, y

d) Evaluación del hijo y su opinión, especialmente si ha alcanzado la edad de catorce años.”.

2.- Introdúcese el siguiente artículo 41:

“Artículo 41.- Para los efectos del artículo 225 del Código Civil, el artículo 21 de la ley N° 19.947 y de los artículos 106 y 111 de la ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, y cada vez que esté llamado a aprobar un régimen de cuidado personal compartido, el juez tomará en cuenta, según procedan, los siguientes factores:

a) Vinculación afectiva entre el hijo y cada uno de sus padres, y demás personas de su entorno;

b) Aptitud de los padres para garantizar, de acuerdo a sus medios, el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un ambiente adecuado, según su edad;

c) Actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa, regular y personal del hijo con ambos padres;

d) Tiempo que cada uno de los padres, conforme a sus posibilidades, dedicaba al hijo antes de la separación y tareas que efectivamente ejercitaba para procurarle bienestar;

e) Evaluación del hijo y su opinión, especialmente si ha alcanzado la edad de catorce años;

f) Ubicación geográfica del domicilio de los padres y los horarios y actividades del hijo y los padres, y

g) Cualquier otro antecedente o circunstancia que sea relevante según el interés superior del hijo.".

3.- Sustitúyese la frase inicial del artículo 42 " Para los efectos" por la siguiente " Para el solo efecto".

Artículo 3º.- Sustitúyese el inciso segundo del artículo 21 de la ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, por el siguiente:

"En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado. En este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido."."

5.4. Proyecto de ley presentado por el senador Alejandro Navarro.

Por su parte, el senador Alejandro Navarro el 12 de Marzo de 2012, presentó moción parlamentaria, Boletín N° 8.205-07

Proyecto de ley, iniciado en Moción del Honorable Senador señor Navarro, que modifica el Código Civil para establecer el cuidado personal compartido de los menores y evitar el daño de éstos en caso de separación de los padres.

El Síndrome de Alienación Parental es un proceso que consiste en programar a un hijo para que odie a uno de sus padres sin que tenga justificación para ello. Normalmente esta situación se crea tras un divorcio o separación conflictiva, en la que el progenitor que se queda con la custodia de los niños proyecta sus odios personales hacia su ex pareja en ellos. A menudo, se recurre a mentiras y falsas historias que convierten al otro padre en un monstruo, llegando incluso a hablar de abusos sexuales o malos tratos.

El proceso puede tener como detonante que uno de los padres rehaga su vida sentimental o que el alienador sienta que ha perdido su lugar ante los hijos. Entonces el progenitor

alienador se marca como objetivo alejar a la ex pareja de sus hijos y empieza a influir en ellos. Como consecuencia, los niños caen un conflicto de lealtades y no quieren dar la razón ni a uno ni a otro, lo que deriva en graves problemas emocionales para ellos.

El progenitor alienador sabotea la relación entre los hijos y el otro progenitor, hasta obstruir todo contacto padre-hijo o madre-hijo. Los hijos alienados tienen las mismas ilusiones que el progenitor alienador, en el procedimiento psiquiátrico llamado "locura a dos" (folie-à-deux o Trastorno de ideas Delirantes Inducidas).

1. Campaña de denigración. Esta campaña se manifiesta verbalmente y en los actos.

2. Justificaciones fútiles. El hijo da pretextos fútiles, poco creíbles o absurdos para justificar su actitud.

3. Ausencia de ambivalencia. El niño está absolutamente seguro de él y su sentimiento expresado hacia el progenitor alienado es maniqueo y sin equívoco: es el odio.

4. Fenómeno de independencia. Afirma que nadie lo ha influenciado y que ha llegado solo a adoptar esta actitud.

5. Sostén deliberado. El pequeño toma de manera pensada la defensa del progenitor alienador en el conflicto.

6. Ausencia de culpabilidad. No siente ninguna culpabilidad por la denigración o la explotación del progenitor alienado.

7. Escenarios prestados. Cuenta hechos que manifiestamente no ha vivido él, o que ha escuchado contar.

8. Generalización a la familia extendida. Extiende su animosidad a la familia entera y a los amigos del progenitor alienado.

Como el SAP consiste en la continua manipulación de uno de los progenitores sobre su hijo para que deje de querer al otro progenitor, este proceso tiene efectos demoledores sobre las criaturas. A corto plazo el niño crece en orfandad psíquica paterna o materna, en un ambiente de "secta fanática anti-papá o anti-mamá". A largo plazo, llegan a odiar a ambos progenitores, al que alienta el odio y al receptor del mismo. Como el niño amputa psíquicamente una parte de sí mismo, la que se identificaba con el padre/madre alejado y atacado, obviamente se perjudica el desarrollo de su personalidad.

Ningún niño será capaz de llevar una vida normal a no ser que este "maltrato" se interrumpa. Estos pequeños son susceptibles de padecer una depresión crónica, un sentimiento incontrolable de culpabilidad y de aislamiento, trastornos de identidad y de imagen, comportamientos de hostilidad, y una falta de organización, entre otros problemas. A largo plazo, estos pequeños tendrán problemas de autoestima y de pérdida de seguridad emocional, una herramienta básica para que los seres

humanos se desarrollen adecuadamente. Algunos, incluso han llegado a terminar con el problema suicidándose.

El SAP tiene un rasgo fundamental y es que este síndrome se produce, casi siempre, en un proceso judicial de ruptura de pareja y, en un país con una Justicia secularmente lenta, la dilación judicial acaba coadyuvando a la aparición del SAP y dificultando, cuando no impidiendo, su curación. "El SAP es una urgencia sanitaria de salud mental infante-juvenil, pero "urgencia" y "juzgado" son palabras antinómicas, una contradicción en sus propios términos. Si a lo anterior unimos que un conjunto heterogéneo de operadores jurídicos (abogados, procuradores, psicólogos forenses, asistentes sociales, puntos de encuentro familiar, etc.) basan sus ingresos anuales en la propia existencia del conflicto de las parejas rotas con hijos, la salud psíquica de estos niños y su desarrollo equilibrado no encuentra muchos defensores con suficiente influencia política y social para la solución de esta grave "epidemia psíquica".

Asimismo, existe una arista poco explorada del SAP y se refiere a los extremos a que un padre o madre alienador puede llegar para, infundir mayor odio en el menor de edad, y se refiere a las "falsas acusaciones" que en su gran número llegan a tribunales. Imputaciones de delitos sexuales y de situaciones de violencia de intrafamiliar, ha comenzado a ser utilizado como una herramienta para "pasar la cuenta" al padre o madre que hizo abandono de hogar o que simplemente puso fin a una relación sentimental, circunscrita o no a un matrimonio.

Respecto al origen del concepto, el primero en hablar y describir este síndrome fue el Dr. Richard Gardner en 1985, quien le define como un desorden que surge principalmente en el contexto de las disputas por la custodia y el régimen de visita de los niños- fenómeno que se vio intensificado con el surgimiento y auge de las tuiciones compartidas- cuya primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación en la realidad, ya que el padre afectado es acusado de un sin número de hechos en los cuales no se ha visto envuelto. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de la propia contribución del hijo a la denigración del padre rechazado.

Sin perjuicio de lo anterior, el autor mencionado, ha sido duramente criticado por diversas conclusiones y afirmaciones "científicas" respecto a las relaciones afectivas entre adultos y púberes, conclusiones que son ajenas al objeto del presente proyecto. Con todo, como dato objetivo, es necesario señalar que este autor fue de los primeros en incorporar en el lenguaje de la ciencia el concepto de SAP.

En la realidad jurídica comparada, en especial en España, el concepto de SAP ha cobrado especial relevancia a la hora de tramitarse los juicios de divorcio (instancia donde se debaten cuestiones relacionadas con los menores y cuestiones patrimoniales), pues en ellos, se ha detectado la utilización de la denostación, falsas denuncias en contra de padres o madres, e instrumentalización de los hijo con la finalidad de

obtener algún beneficio económico o simplemente dañar al otro padre litigante.

Al respecto resultan interesantes las conclusiones arribadas en el Sexto Simposio Anual en Psicología Forense, en Las Vegas, marzo 13 de 1990, titulado "Personality Characteristics of falsely Accusing Parents In Custody Disputes" (traducción: Características de la Personalidad de los padres que realizan acusaciones falsas en Juicios de Custodia). Los especialistas reunidos, incluido Richard Gardner, concluyen que las falsas acusaciones de abuso sexual han aumentado en los últimos tiempos, en especial durante la tramitación de juicios de divorcio o batallas sobre la custodia del menor. Cito textualmente: "Un pequeño número de padres en batallas por custodia o controversias sobre visitas han explotado la epidemia de abuso sexual, utilizando dichos argumentos para promover sus propios intereses a costa de sus hijos y de su ex pareja. Los argumentos se han tornado una forma de éxito seguro para obtener la atención del juez y cortar las visitas".

A modo de conclusión es necesario considerar que el 77% de los casos de abuso sexual relacionados con divorcios que llegan al programa de Sexualidad Humana en la Universidad de Minnesota han resultado ser casos fraudulentos". En los casos en que los denunciados han sido personas normalmente adaptadas es aún mayor el porcentaje en que esas denuncias devienen falsas.

También en nuestro país, profesionales del área no se han interesados en la temática ante el aumento de relatos de abuso

sexual infantil que resultan no haber sucedido. Son muchos los casos en que padres denunciados resultan ser ¡nocentes, pero de igual manera pierden a sus hijos, con el consecuencial daño para el desarrollo del menor.

Con todo, los Tribunales de Familia han comenzado a tener una visión más global del problema y han entendido que el cuidado del menor debe estar en cualquiera de los padres, sin atender a la presunción que establece la ley, así un fallo del Juzgado de Familia de Coquimbo es decidor al señalar que reconoció los derechos de un padre frente a una actuación que "con la excusa de buscar un bien, puede impedir el normal desarrollo del niño".

El SAP, es considerado por los expertos como una agresión al menor que debe ser sancionado y evitado de acuerdo a la Convención de los derechos del Niño, suscrito por Chile, de esta manera, el proyecto de ley busca establecer que el cuidado personal del menor sea compartido por ambos padres y en el evento que un padre denigre o imputare aventuradamente delitos al otro padre con el solo fin de denostar o lleve al menor a cometer perjurio o falso testimonio en juicio, sea privado del cuidado personal. La idea es propiciar que la imagen que los padres tengan sobre sus hijos no se vea interferida por imputaciones o agravios que un padre, independientemente de las razones que las motiven y de que en caso de que se formulen imputaciones, acusaciones o denuncias que dieran lugar a procedimientos penales o que provocaren el escarnio o descrédito público, utilizando para tal cometido al hijo menor de edad, pueda configurarse su idoneidad para tener el cuidado personal de su hijo menor de edad. Esta presente

moción encuentra su origen en otra propuesta legislativa Boletín N°5917-18 y con el N°7007-181, que propone modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, en esta moción se introduce la facultad para que los jueces modifiquen el régimen de cuidado personal o de relación directa y regular, cuando el padre o madre que lo ejerce cometa, entre otras, conductas de alienación respecto del otro progenitor". Ese proyecto se funda, al igual que la presente moción, en la necesidad de velar por la integridad psicológica de los menores, para ello hace mención a la Convención sobre los derechos del niño, suscrita por Chile el 26 de enero de 1990 y promulgada mediante Decreto Supremo N°830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial del 27 de septiembre de 1990, previene en su artículo 9 que: los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Como precedente relevante, cabe destacar que la jurisprudencia se está abriendo paso a este nuevo concepto extrajudicial como es el SAP, y así lo refleja un fallo del Tribunal de Familia de Coquimbo que reconoció los derechos de

un padre frente a una actuación que "con la excusa de buscar un bien, puede impedir el normal desarrollo del niño".

PROYECTO DE LEY

Artículo 1: Agréguese el siguiente inciso segundo al Artículo 222 del Código Civil, pasando el actual inciso segundo a ser el tercero y final.

"Es deber de ambos padres, cuidar y velar por la integridad física y psíquica de sus hijos. Asimismo, deberán actuar en forma conjunta en las decisiones que tengan relación con el cuidado personal, educación y crianza y formación de los hijos evitando la comisión de actos u omisiones que degraden, lesionen o desvirtúen o que induzcan o tiendan a lesionar la imagen que un hijo tiene respecto de sus padres o de su entorno familiar."

Artículo 2: Reemplácese el actual Artículo 225 del Código Civil por el siguiente nuevo:

"Artículo 225. En caso de que los padres vivieren separados, el cuidado personal de los hijos corresponderá a ambos en forma compartida. Si no hubiere acuerdo en adoptar el cuidado compartido y surgiere disputa sobre cual padre tendrá la tuición, el juez decidirá a solicitud de cualquiera de ellos cuál de los padres tendrá a su cargo el cuidado personal de los hijos.

Artículo 3: Reemplácese el actual Artículo 229 del Código Civil por el siguiente nuevo:

"Artículo 229: Aquel de los padres, que no tenga el cuidado personal del menor no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y 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 menor. Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.

En el evento de que el padre o madre que tuviere a su cuidado el hijo, por si, o que instigare a un tercero a cometer alguna de las siguientes conductas,

a) Denigrar, desprestigiar, insultar, alterar la imagen que el hijo tiene del otro padre en forma permanente y sistemática que tengan como resultado directo un cambio en la relación del otro padre con sus hijos;

b) Obstaculizar o prohibir injustificadamente la relación entre los hijos y el otro padre, aun cuando no cumpla con sus obligaciones alimentarias;

c) Incumpliere los acuerdos sobre visitas presentados ante el juez o las resoluciones que el Tribunal dicte al respecto en forma injustificada;

d) Formular falsas denuncias, imputare la comisión de delitos en calidad de autor, cómplice o encubridor, o indujere al menor a dar falso testimonio en juicio;

e) actuando personalmente o a través de terceros, obligue al menor a prestar falso testimonio en juicio, en indagaciones policiales o peritajes, con miras a denostar al otro progenitor; autorizará al padre que no tiene el cuidado personal solicitar al juez que se lo conceda, sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que deriven de las conductas señaladas.

5.5.- Comentarios al estado actual del proyecto de ley:

Merecen serias dudas la determinación judicial del cuidado compartido por las siguientes razones:

1.- Los elementos sobre el interés superior, la corresponsabilidad y derecho del niño a ser criado por ambos padres, que se han desarrollado, como también los elementos que se deben tener en consideración, hacen necesario un análisis muy de fondo con pruebas que hagan irrefutable la atribución judicial.

2.- Considero asimismo que no puede establecerse como castigo, a uno de los progenitores, no por que sea una voluntad impuesta, sino por el temor a mediatizar nuevamente el conflicto.

3.- En concordancia con lo señalado en el n° 1, dicha decisión requiere de un análisis de fondo que se ve enfrentado, a los siguientes problemas:

5.5.1. En relación con la capacidad de los profesionales que intervienen en el proceso judicial. Parto con los abogados, colegas, quienes verán un nicho de trabajo y sin especulación alguna propondrán a sus clientes, padres o madres con problemas, llevar el conflicto a tribunales, si su cliente es el padre, en el peor de los casos queda como estaba y si su cliente es la madre en el peor de los casos, sólo si el padre demanda reconvenencialmente y tiene las condiciones para ello, el cuidado podrá ser conjunto. Así, la judicialización será mediatizada en pos del beneficio particular. Continúo con los abogados para señalar la falta de especialización que se advierte en la plaza. El problema no es menor, ya que el derecho de familia siempre se ha observado con desdén y cualquier abogado que se encuentra titulado, parte con un divorcio de mutuo acuerdo y luego pasa a un cuidado personal, es el mismo procedimiento, ante los mismos tribunales, pero la falta de conocimiento de las normas sustantivas, la jurisprudencia y la evolución del derecho de familia, hacen que muchos conflictos nazcan por falta de conocimiento de los abogados que patrocinan las causas. En la misma línea se encuentra la falta de capacidad para asesorar correctamente al cliente. Es común escuchar entre abogados dedicados al derecho de familia la doble función que debemos cumplir acompañando emocionalmente a los clientes, siendo no pocas veces, abogados-psicólogos cuestión que solo lo da la especialización.

Se requiere entonces para una completa determinación judicial del cuidado personal, en este caso compartido, una confluencia de elementos que en la actualidad no se están dando, para que el juez así lo pueda determinar.

Por otra parte está la falta de capacidad de los tribunales para soportar juicios de alta complejidad, como suele llamárseles. El tiempo, los recursos, el personal calificado no sobra en los tribunales de familia. La sobrecarga de trabajo de los magistrados, quienes deben pasar horas desgastándose personalmente en los asuntos que llegan a su conocimiento a fin de lograr un acercamiento entre las partes, no por cerrar un caso, sino que en definitiva para que la pareja que se presenta ante el tribunal no vuelva a entrar con conflictos.

5.5.2. Generará un problema la amplia gama de directrices dadas al magistrado para decidir. Ello puede ser un problema de corto plazo hasta que se uniforma la jurisprudencia en uno u otro sentido, pero, siempre el tribunal de primera instancia podrá tener una interpretación distinta a la de su colega de la sala contigua, lo que en definitiva redundará en incertidumbre jurídica ante la evaluación de los casos.⁴¹⁵

Por último, refiriéndome a lo señalado por Miguel Ángel Asencio, "Se trata del ejercicio de un derecho fundamental de los propios progenitores que no puede ser sustituido por una decisión judicial y, por otro, el propio artículo 156 cc p2. establece que, en caso de discrepancia el juez atribuirá sin ulterior recurso la capacidad de decidir a una de los progenitores y si los desacuerdos fueren reiterados podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores, o

⁴¹⁵ Esto estaba presente en Bello al reglamentar detenidamente la interpretación de la ley.

bien distribuir entre ellos las funciones inherentes a su ejercicio."⁴¹⁶

⁴¹⁶ Cfr. ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel, *"La patria potestad y la libertad de conciencia del menor, el interés del menor a la libre formación de su conciencia"*, Editorial Tecnos, Madrid, 2006, p. 110.

Conclusiones

A lo largo del presente trabajo hemos intentado desarrollar las principales necesidades de los niños a fin de que la separación de los padres, unidos en matrimonio o bajo convivencia, les afecte en la menor medida posible. Sin perjuicio de ello, los principios desarrollados se aplican también cuando los padres jamás han vivido juntos, ya que lo necesario es que los padres realicen un rol parental equilibrado.

Primero: El cuidado personal y la patria potestad son instituciones jurídicas distintas a la del lugar de residencia del niño, ya que los deberes-derechos de criar y educar son, en principio, "inalienables" e "irrenunciables", es decir, derechos fundamentales de los padres y no pueden, por tanto, radicarse de forma exclusiva en uno de los progenitores, ni tampoco dividirse o separarse durante los momentos en que se encuentran bajo el cuidado de uno u otro progenitor. Tanto es así, que se ha llegado a señalar, que de no ejercerse de forma conjunta, no existiría Derecho de la Infancia. El reclamo de los padre que no ejercen el cuidado personal y por ende la patria potestad, nace desde la necesidad de mayor vinculación afectiva con los hijos y mayor capacidad de decisión sobre la vida de sus hijos.

Segundo: Los niños que hasta el momento de la separación eran amparados, protegidos, criados y educados por ambos padres, y cuyas directrices formativas eran establecidas de común acuerdo o tácitamente entre ellos o bien eran decisiones que no ameritaban mayor conflicto, ahora, por atribución

legal, y por un hecho de difícil comprobación fáctica (vivir los padres separados), son criados y educados de forma exclusiva por la madre o el padre; asimismo, son separados de la cotidianeidad con el otro progenitor, cuestión que contraría y desorienta aún más a los niños que atraviesan seguramente uno de los momentos más traumáticos de su infancia.

Tercero: Bajo la legislación actual, se produce una modificación de roles parentales, un desorden en lo que hasta el momento de la separación sucedía para los niños, que acrecienta en mayor medida el conflicto parental y, por ende, para los niños; en definitiva, se genera una situación muy difícil de enfrentar tanto para padres como para los especialistas que, en el mejor de los casos, intervienen en el conflicto.

Cuarto: La familia se desfigura, rompe y termina; muchas veces los niños consideran que son la causa del conflicto ya que ven a los padres enfrentarse o por los alimentos, o por la custodia o por la casa, lugar donde ellos han crecido, conflictos que no son sino expresiones del estado de la separación y que se incrementa entre los padres, por lo que se transmite hacia el hijo que presencia las discusiones entre los padre y por ello podría generar en él, problemáticas derivados del trauma, tanto de la separación como de la agresividad vivida en las distintas etapas de crecimiento.

Quinto: La argumentación para el rechazo del sistema exclusivo de cuidado personal es válida, incluso, para quien supuestamente se ve beneficiado con la normativa actual. En

esta forma unilateral de atribución, por la cual existe un régimen comunicacional de fines de semana, la carga de la crianza y educación cae sobre los hombros de un solo progenitor.

Sexto: Se reseñaron los daños que en los niños produce, tanto el establecimiento de un sistema rígido de familia post separación, léase régimen comunicacional o de relación directa y regular con el padre no cuidador de fines de semanas por medio, como también los daños que se producen en los niños el establecimiento de normas reguladores que generan conflicto en vez de resolverlo.

Séptimo: Especial hincapié se hizo en este último punto, que se detecta como problema base de la estructura familiar el desarrollo de estereotipos familiares basados en la diferencia de sexos por el cual, aún el hombre es el proveedor de la familia y la mujer quien cuida a los hijos.

Octavo: El conflicto que se presenta frente a la separación de los padres no es quién ejercerá de forma plenipotenciaria el cuidado personal y la patria y potestad, sino de qué forma los niños se desarrollarán con posterioridad a la ruptura familiar o, mejor dicho, en este "nuevo estado de familia", estableciéndose reglas y lineamientos claros que permitan compatibilizar la necesaria vinculación que los niños deben tener con ambos progenitores, como asimismo el cumplimiento equitativo de las obligaciones de cuidado de los hijos. Existen, entonces, dos problemas: la atribución legal supletoria materna y el ejercicio exclusivo del cuidado personal

Noveno: La perpetuación de este sistema estereotipado, de entregar a la madre el cuidado de los hijos una vez producido el quiebre de pareja, no sólo le produce un daño a los hijos, sino también a la evolución de la sociedad que requiere para el progreso la incorporación efectiva de la mujer al trabajo, con igualdad de condiciones laborales, tanto en trato, en ocupaciones, como en remuneraciones. Esto no se lograría con meros reconocimientos formales a la mujer sino a través de una simple regla del mercado. Si el empleador sabe que ambos padres se ausentarán para acompañar a sus hijos al médico, si sabe que ambos padres se ausentarán para criar a sus hijos en las primeras etapas de su vida, y si sabe, además, que la mujer es con creces más eficiente y responsable que el hombre, este empleador preferirá a la mujer que al hombre para ocupar un mismo puesto de trabajo.

Décimo: Se deben entonces equiparar las obligaciones de los padres para con lo hijos, otorgando al padre obligaciones que tradicionalmente no ocupaba, por múltiples factores.

Décimo Primero: Se considera para ello, que el mejor sistema es uno en que los roles parentales no presenten modificaciones una vez producida la ruptura, debiendo ser la discusión al quiebre, el cómo se reparten dichos roles y no quién ejerce de forma exclusiva la titularidad de derechos y obligaciones sobre los hijos.

Décimo Segundo: La voluntad de los padres se encontrará supeditada a la norma legal que imperativamente estatuirá un sistema de ejercicio conjunto del cuidado personal post quiebre. Este sistema permitirá que se reduzcan los

conflictos, tanto por el cuidado personal como por la determinación de la pensión de alimentos.

Décimo Tercero: Se detectó que estas dos últimas condiciones fomentan los conflictos de la pareja, ya que generan una asimetría en los derechos de los padres en perjuicio de los hijos y del progenitor que no detenta el cuidado personal. Estos pueden ser utilizados como moneda de cambio con la finalidad de detentar la titularidad del cuidado personal, ya sea para eximirse de la obligación del pago de pensión alimenticia como para forzar a una.

Décimo Cuarto: Estas consideraciones no son originales, ya que todas han sido tomadas en cuenta para la elaboración de tratados internacionales, tanto a favor de la igualdad de género como a favor de la protección integral de los derechos del niño. Es en la necesidad de adecuación de la norma nacional a la constitucional la que lleva a un cambio funcional en la legislación.

Décimo Quinto: No obstante, del análisis de proyectos de ley, en particular en que se encuentra en tramitación, y que todos nacieron bajo el alero de los principios que por esta investigación se defienden, se pudo detectar que la modificación no será producida y, en definitiva, deberemos esperar un par de generaciones más, a fin de que el legislador comprenda que la norma jurídica está para establecer reglas que permitan el desarrollo de la sociedad y no para simplemente reconocer la inercia de un Estado, que no se condice con los principios universales.

Décimo Sexto: El cuidado personal y la patria potestad son instituciones jurídicas distintas a la del lugar de residencia del niño ya que los deberes-derechos de criar y educar son, en principio "inalienables", es decir, derechos fundamentales de los padres y no pueden, por tanto, radicarse de forma exclusiva en uno de los progenitores, ni tampoco dividirse o separarse durante los momentos en que se encuentran bajo el cuidado de uno u otro progenitor. Tanto es, que de no ejercerse de forma conjunta, no existiría Derecho de la Infancia.

Bibliografía

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, "El principio del interés superior del niño y la corte interamericana de derechos humanos" Estudios Constitucionales Universidad de Talca, año 6, n° 1, Santiago, 2008.

AGUILAR CUENCA, José Manuel, "Con mamá y con Papá", Editorial Almurza, Tercera Edición, España, 2009.

AGUILAR REDORTA, Lola, "Los efectos de las rupturas en los hijos: aspectos a considerar para el interés del menor", en Separación y Divorcio, Cuadernos de Derecho Judicial XXIV,- 2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, "De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODÁNOVIC, Antonio, "Tratado de Derecho Civil, Partes Preeliminar y General", Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2005.

ALVAREZ CID, Carlos, "Derechos y obligaciones entre padres e hijos, en particular de la autoridad paterna", en Modificaciones al Código Civil en materia de filiación y sucesión por causa de muerte. Ley 19.585, Universidad de Concepción, 1999.

ARAYA VILCHES, Carolina Beatriz, "Ampliación de ciudadanía en niños, niñas y adolescentes" en http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2009/araya_ca/html/index-frames.html

ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Angel, "La patria potestad y la libertad de conciencia del menor, el interés del menor a la libre formación de su conciencia" Editorial Tecnos, Madrid, 2006.

AVILA MARTEL, Alamiro, "La filosofía Jurídica de Andrés Bello" en Congreso Internacional "Andrés Bello y el Derecho" Editorial Jurídica de Chile, 1982.

AZNAR GÓMEZ, Hugo, "Un reto fundamental de la ética comunicativa: la protección y el cuidado de los menores" en "La protección del menor" VVAA, VALLES, Antonio, Director, Triant lo Blanch, Valencia 2009.

BARAHONA, Jorge, TAPIA R., Mauricio, "Contrapunto sobre la modificación al artículo 234 del Código Civil relativo a la facultad de los padres de corregir a los hijos" en Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N° 1, [2008],

BARCIA L., Rodrigo, "Fundamentos del Derecho de Familia y la Infancia", Editorial Thomson Reuter Puntolex, Santiago, 2011,

BARROS BOURIE, Enrique "Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación", en VVAA "El nuevo

estatuto de filiación en el Código Civil Chileno", Ed. Fundación Facultad de Derecho universidad de Chile 1999.

BAVESTRELLO BONTÁ, Irma, "Derecho de Menores", LexisNexis, Santiago de Chile, 2003.

BELOFF, MARY, "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar", Justicia y Derechos del Niño, Número 1, UNICEF y Ministerio de Justicia, Santiago, 1999.

BINSTOK, Hanna, "Hacia la igualdad de la mujer. Avances legales desde la aprobación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer" Cepal, Santiago. 1997.

BOBADILLA AYALA, Valeska Nathalia. "El rol subsidiario del estado en la protección de los niños, niñas y adolescentes" Tesis de Grado Facultad de Derecho universidad de Chile, 2008.

CAMPOY CERVERA, Ignacio, "Los derechos de los niños : perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas" DYKINSON, Madrid, 2007,

CARREÑO ARANEDA, Pilar, "Violencia psicológica a los niños en la familia", Tesis de Grado, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2004

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, "Guarda y Custodia de los hijos menores. Las crisis matrimoniales y parejas de hecho." Editorial La Ley, Madrid 2007.

CHACHÓN, Jacinto, "Exposición Razonada i Estudio Comparativo del Código Civil Chileno", Tomo I, 3ª Edición, Imprenta Nacional, 1890.

CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", Justicia y Derechos del Niño, Número 1, UNICEF y Ministerio de Justicia, Santiago, 1999.

CLARO SOLAR, Luis, "Explicaciones de derecho civil Chileno y comparado. De las personas Tomo Tercero", Editorial Jurídica de Chile, 1992.

Código Civil Alemán Barcelona Marcial Pons 1998.

Código Civil Francés edición bilingüe, Marcial Pons 2005.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, "Guarda y custodia compartida, principales novedades de la ley 15/05" Madrid 2008.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, "Custodia Compartida y protección de menores" Madrid, 2010.

COOTER Robert, ULEN, Thomas, "Derecho y Economía" Editorial del Fondo de Cultura Económica, México 1999.

CORRAL TALCIANI, Hernán, "Ley de divorcio: las razones para un no" Ediciones de Derecho Actual Universidad de los Andes 2001.

CORRAL TALCIANI, Hernán, "Familia y Derecho". Colección Jurídica Universidad de los Andes. Santiago de Chile 1994.

CORRAL, Hernán, "Bienes Familiares y Participación en los Gananciales", Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

CORRAL TALCIANI, Hernán, "Adopción y filiación adoptiva" Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002 DE 28 DE AGOSTO DE 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño opinión 4 p. 86.

DAVISON, Dora, "Coparentalidad la respuesta al divorcio, Separación divorcio, un favor en el camino" Editorial Universidad, Buenos Aires, 2006.

DE AVILA MARTEL, Alamiro, "La filosofía Jurídica de Andrés Bello" en Congreso Internacional "Andrés Bello y el Derecho" Editorial Jurídica de Chile, 1982.

DE FERARI VIAL, Ignacio, "El derecho del niño a ser oído. Una aproximación desde el caso pupino" en "Justicia y Derechos del niño" número 10, Unicef, setiembre 2008.

DE TORRES PEREA, José Manuel, "Interés del Menor y derecho de Familia, una perspectiva multidisciplinar", Iustel, Buenos Aires, 2009

DEL PICÓ RUBIO Jorge, "Concepciones contemporáneas influyentes en la perspectiva pública sobre la familia. Un contrapunto entre las posiciones comunitaristas y liberales" en Libro homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

DIAZ-AMBRONA BARDJAÍ, M^a Dolores, "La Patria Potestad" en "La protección jurídica del Menor" VVAA Coordinación POUS DE LA FLORE, M^o Paz y TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes 2^a Ed. Editorial Colex, Madrid, 2009.

DIMER JOHANSEN, Enrique y CERDA VALDES DE DIMER, Olga "Diccionario Jurídico Chileno de Ciencias y Afines", Editorial Legalpublishing, Vol II, 2008.

DIEZ-PICAZO, Luis, GULLON, Antonio, "Sistema de Derecho Civil" I 10^a Editorial Tecnos, 2001.

DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "*Derecho Sucesorio*", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

ESPINIZA CALIBUG, Rosario "Custodia y visita de menores: litigios vinculados a la hoy llamada "responsabilidad parental" en "Custodia y Visita de Menores en el espacio judicial europeo", Marcial Pons, Madrid, 2007.

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",
Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1999.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique, "Los Derechos Constitucionales",
Editorial Jurídica de Chile, 1986.

FABRES EGAÑA, José Clemente, "Instituciones de Derecho Civil
Chileno", Imprenta del Universo, 1863.

FICHER, Roger; URY, Willam, "Sí... ¡de acuerdo!, como negociar
sin ceder", Editorial Norma, Colombia, 1991.

FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo "EL Patrimonio" n° 188 Editorial
Jurídica de Chile 2ª Edición 1997.

FUCHSLOCHER PERTERSEN, Edmundo, "Derecho de Menores, de la
tuición", Editorial Jurídica de Chile, 1893.

FUEYO LANERI, Fernando, Derecho Civil, Tomo VI Vol. III
"Derecho de Familia" Imprenta y Lito Universo S.A. Valparaíso
1959.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen, "Aspectos actuales de la
protección jurídica del menor, una aproximación
interdisciplinario" Editorial Aranzadi, Navarra 2008.

GARCIA GARNICA, María del Carmen, "Protección de los menores
en los procesos de separación y divorcio", en Aspectos
actuales de la protección jurídica del menor, una aproximación
interdisciplinario" Aranzadi, Navarra, 2008.

GARCIA PASTOR, Milagros "La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales" Mc Graw-Hill, Madrid, 1997.

GARCIA VILARDEL, Maria Rosa, El derecho a determinar la formación religiosa y moral de los hijos reflexiones en torno a su titularidad" en "La protección del menor", Antonio Vallés Copeiro del Villar (coord.), Tirant lo Blanch, España, 2009.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricrúz, "El interés superior del niño" Gaceta Jurídica N°238, Santiago de Chile, año 2000.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, "El sistema filiativo Chileno". Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007.

GONZALEZ ORVIZ, M^a Eloina, "Modelos de guarda y custodia. Síndrome de alienación parental" Editorial Bosh, España, 2010.

GROSMAN Cecilia, "La tenencia compartida después del divorcio" "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", en "La Ley", Tomo 1984-B, página 806.

GUILARTE MARTIN-CALERO, Cristina, "Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales", Lex Nova, Valladolid, 2009.

HERRERA, Marisa, "La democratización de las relaciones de familia. Desafíos de la relación padres e hijos desde el principio de capacidad progresiva de niños, niñas y

adolescentes", Revista del Magíster y Doctorado en Derecho, Escuela de Graduados, Facultad de Derecho Universidad de Chile, nº 4, Santiago, 2011.

HERRERA, Marisa "La familia en el nuevo Derecho" Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio L, "EL niño y los derechos humanos", en "Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas" VVAA CAMPO Y CERVERA, Ignacio Corrdinador, Dykinson, 2007.

JOSERRAND, Louis, "Derecho Civil" Tomo I, Vol. II, La Familia, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La guarda compartida. Una visión comparativa", Investigación de Derecho Comparado, CS, 2006.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Cuidado personal de los hijos", Editorial PuntoLex, 2005.

Libros

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Custodia Compartida de los Hijos", Madrid, La Ley, 2008.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno", Revista Ius et Praxis, Vol. II, Talca, 2010, pp. 147-184.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Reformas pendientes en materia de patria potestad y cuidado personal", Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año XIII núm. 13, 2009, pp.41-48.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas", Diario La Ley, España, año XX, núm. 7206.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "La corresponsabilidad parental", en Varios Autores, Estudios de Derecho Civil IV. Sextas Jornadas de Derecho Civil Olmué, Santiago de Chile, Legalpublishing, 2009, pp. 205-232.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "La custodia alternada o sucesiva de los hijos", en Fundación Fernando Fueyo. Varios Autores, Homenaje al Profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 461-483.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Custodia compartida: ¿necesidad de legislar?", La Semana Jurídica, núm. 379, semana del 6 al 19 de agosto de 2008, Tribuna, pp.2-3.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos", Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 10, julio 2008, pp.9-37

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Naturaleza jurídica del acuerdo regulador de la crisis matrimonial", Gaceta Jurídica, año 2008, marzo, núm. 333, pp.20-37.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Los conflictos de intereses entre progenitores e hijos", Gaceta jurídica, Año 2007, diciembre, núm. 330, pp.7-25.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "La conciliación de la vida familiar y laboral y las responsabilidades parentales. El caso español", Actualidad Laboral, diciembre de 2007, pp.3-10.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Custodia compartida de los hijos e igualdad material entre progenitores", en Figueruelo, A., Ibáñez M. L., Merino, R. M. (editoras), Igualdad ¿para qué? (A propósito de la L.O. de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres), Granada, Comares, 2007, pp.251-280.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "El Derecho del Niño a ser oído", en SCHMIDT HOTT, C. y MARTINIC GALETOVIC, M., (coord.), Instituciones de Derecho de Familia, Santiago, LexisNexis, 2004, pp.145-185.

LEPIN MOLINA, Cristian, "La compensación económica", Editorial Jurídica de Chile, 2010.

LOVERA PARMO, Domingo, "Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía en "JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO" Número 11 UNICEF, Santiago, Octubre 2009.

LLOVERAS, Nora, SALOMON, Marcelo, "El derecho de Familia desde la constitución nacional" Ed. Universidad Buenos Aires, Buenos Aires, 2009.

MAESTRE CASAS, Pilar, "Sustracción y restitución internacional de menores" en "Nuevos conflictos del derecho de Familia, coordinador Eugenio Llamas Pombo, Ediciones La Ley, España 2009.

MANONELLAS, Graciela, "La responsabilidad penal del padre obstaculizador, ley 24.270, Síndrome de alienación Parental"; Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.

MASON, Mary Ann, ¿una voz para el niño? En Revista de Derechos del niño n° 2, UNICEF, 2003.

MATURANA KESTEN, Camila y MAIRA VARGAS, Gloria, ROJAS BRAVO, Soledad (coordinadora) "Femicidio en Chile", Editorial La Morada, Noviembre 2004.

MENDEZ COSTA, María Josefa, "Los principios jurídicos en las relaciones de familia", Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006.

MIZRAHI, MAURICIO LUIS, "Familia, matrimonio y divorcio" Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006.

MONTERO AROCA, Juan, "Guarda y Custodia de los hijos", Triant lo Blanch, 2001.

MORENO TORRES SÁNCHEZ, Julieta, "La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español" Editorial Aranzadi, Navarra 2009.

NEGRONI VERA, Gloria, "Rol de los operadores del derecho en la resolución de conflictos jurídicos derivados de la Crisis de la Pareja" Revista de Magíster y Doctorado en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, Santiago, 2011, n° 4

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, ¿Para qué educar?, Revista de derechos del niño n° 2 2003.

PEREZ MANRIQUE, Ricardo, "La participación judicial de los niños niñas y adolescentes", Justicia y Derechos del Niño n° 9, UNICEF, Agosto 2007.

PITCH Tamar, "Un derecho para dos, la constitución jurídica de género, sexo y sexualidad", Editorial Trotta, Madrid 2003.

QUINTANA VILLAR, María Soledad, "Legislación y jurisprudencia sobre el cuidado personal del niño y la relación directa y regular con él", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIII (Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2009) pp. 149 - 172.

RAWLS, John, "Teoría de la Justicia", Fondo de Cultura Económica, México 1995.

REYES, Nora; PAZ, Claudia; TODAZO, Rosalía, (coordinadora) "Chile: Servicios de cuidado y división de responsabilidad de cuidado dentro del hogar" en Comercio, género y equidad en américa latina: generando conocimiento para la acción política, Editado Red Internacional de Género y Comercio

Capítulo Latinoamericano, Centro de estudios de la mujer, Septiembre 2007.

RIVERO HERNANDEZ, Francisco, "Las relaciones personales de los hijos tras la crisis matrimonial de los progenitores. Incidencia y protección" en Revista de de Magíster y Doctorado en Derecho, Escuela de Graduados Facultad de Derecho Universidad de Chile, nº 4, Santiago, 2011.

RODRIGUEZ GUITAN, Alma Maria, "Responsabilidad Civil en el derecho de familia", Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.

RODRIGUEZ PINTO, María. "El cuidado personal de los niños y adolescentes", Legalpublishing, Santiago, 2010.

RODRIGUEZ PINTO, María, "El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia" en Revista Chilena de Derecho vol.36,no.3,2009.

ROMERO SEGUEL, Alejandro, "La cosa Juzgada en el proceso Civil Chileno, Doctrina y Jurisprudencia", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques, "Emilio o la educación", Editorial Bruguera, Barcelona, 1971.

RUISÁNCHEZ CASPELASTEGUI, Covadonga, "La privación de la patria potestad", Atelier, Barcelona, 2006.

RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, Covadonga, "La privación de la patria potestad", Atelier, Barcelona, 2006.

SALDAÑA VALDERAS, Eva, "Una aproximación al tratamiento comunitario de las medidas de tipo retributivo compatibilizadas de la continuidad de la trayectoria profesional y el cuidado de hijos" en Mujer Familia y Derecho, Editora, Dra. Maria Dolores Cervilla Garzón, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003.

SARIEGO, José Luis, ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO, La custodia compartida en Estados Unidos, (Una visión para aprender y aprehender) Sevilla, noviembre 2010, <http://www.lexfamily.es/revista.php?codigo=876>

SCHMIDH HOTT, Claudia "Relaciones filiales personales y patrimoniales" en La Filiación en el Nuevo derecho de Familia SCHMIDT Y VELOSO VALENZUELA, Paulina, Conosur, Santiago, 2001.

SCHMIDT HOTT, Claudia, y VELOSO VALENZUELA, Paulina. "La filiación en el nuevo derecho de familia", Editorial ConoSur, Santiago de Chile, 2001.

SERRANO CASTRO, Francisco, "Corresponsabilidad parental y la custodia compartida", Magistrado- Juez del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Sevilla (Familia) <http://www.lexfamily.es/revista.php?codigo=191>

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, "Derecho de Familia", Editorial Nacimiento, Santiago, 1946.

SOMMARRIVA U., Manuel, "Evolución del Código Civil Chileno", Editorial Temis, Bogota, Colombia, 1984.

TAPIA PARREÑO, José Jaime (director) "Custodia Compartida y Protección de Menores", en Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, II- 2009.

TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, "Del Derecho de Familia hacia un derecho de las Familias", en VVAA Estudios de Derecho Civil III, Jornadas Nacionales de derecho civil Valparaíso 2007, Legal Publishing 2008.

TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, "Código Civil 1855-2005 Evolución y perspectivas", Editorial Jurídica de Chile, 2005.

TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, "Contrapunto sobre la modificación al artículo 234 del Código Civil relativo a la facultad de los padres de corregir a los hijos" en Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N° 1, 2008.

TOMASELLO HART, Leslie, "Síntesis de las Principales Modificaciones Introducidas por la ley 18.802, de 9 de Junio de 1989", en VVAA, "Familia y Personas" Editorial Jurídica de Chile, 1991.

TORREALBA JENKINGS, Emilio, "El síndrome de alienación parental", Tesis Grado Magíster, Universidad de Chile, 2011.

TURNER SAELZER, Susan, "Sentencia Sobre Determinación de la Titularidad del Cuidado Personal de los Hijos Menores (Corte

de Apelaciones de Santiago)" Revista de Derecho, Vol. XVII, diciembre 2004.

TUZZO, Rosario. "El impacto del divorcio en los más chicos". La República, Montevideo, 2002.

VALDES EULUFÍ, Pamela Angélica, "Protección de los menores en el derecho romano y su influencia en nuestra actual legislación" Tesis de Grado Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2005.

VALENZUELA, Maria Elena, "Equidad de género y trabajo de la mujer en América Latina", documento presentado a la 7ª Conferencia Regional Santiago, CEPAL, noviembre 1997.

VALENZUELA, María Elena, "Desafíos para la incorporación de una dimensión de género en la políticas de empleo y combate a la pobreza". Documentado preparado para el Seminario Técnico Subregional de la OIT sobre Género, pobreza y empleo. Santiago, 13-16 de septiembre, 1999.

VALENZUELA, María Elena y REINCKE, Gerhard", "Calidad del empleo y equidad de género en los países del Cono Sur", 1999.

VELOSO VALENZUELA, Paulina, "Principios fundamentales que inspiran el nuevo estatuto de filiación" en "El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil Chileno", Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 1999.

VELOSO VALENZUELA, Paulina, "Algunas reflexiones sobre la titularidad del cuidado personal", en Revista de Magíster y

Doctorado en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, Santiago, 2011.

VILLAR, Ariel, Impedimento de contacto de hijos menores y la comunicación paterno-filial. Editorial Némesis, Buenos Aires, 2003.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, Coordinadores, "La incorporación progresiva de los niños a la ciudadanía activa" en "Por los derechos de la Infancia de la adolescencia" Editorial Bosch, Barcelona, 2009.

VIVANCO MARTÍNEZ, Angela, "Negativa de un menor de edad y de su familia a que este reciba una terapia desproporcionada o con pocas garantías de efectividad. Apelación de medida de protección otorgada por la jueza de familia de valdivia. Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, de 14 de mayo de 2009", Revista Chilena de Derecho, vol. 36 N° 2, 2009.

WALLERSTEIN, J.S Y KELLY J.B., "Surviving the brakup: How Children and Parents COPE with Divorce," New Cork, Basic Books, 1980.

WEINSTEIN WEINSTEIN, Graciela, "Autoridad Paterna y Patria Potestad", en "El nuevo estatuto filiativo chileno" Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 1999.

ZANON MASDEU, Luis, "Guarda y Custodia de los hijos", Bosh, Barcelona 1996.

