



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Privado

**Cuidado personal del niño, niña y adolescente y principio de  
corresponsabilidad parental en el derecho de familia en Chile**

Memoria para optar al grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales

**Alumna: Catherine Anushka Miranda Farías**

**Profesor Guía: Gabriel Hernández Paulsen**

Santiago, Chile

2016

# Índice

<b>Resumen</b> .....	4
<b>Introducción</b> .....	5
<b>Capítulo I. Cuidado personal del niño, niña y adolescente en nuestra legislación</b> .....	7
<b>I. A. Concepto de cuidado personal</b> .....	7
<b>I. B. Regulación del Cuidado personal en el Código Civil Chileno</b> .....	8
<b>I. B. 1. Cuidado personal y el interés superior del niño, niña y adolescente</b> .....	9
<b>I. B. 2. Cuidado personal y Principio de Corresponsabilidad Parental</b> .....	10
<b>I. B. 3. Determinación de la o las personas en las que deben tener el cuidado personal del niño, niña o adolescente</b> .....	12
<b>I. B. 3.1. Reglas aplicables para su determinación</b> .....	12
<b>I. B. 3.2. Criterios que entrega la ley al juez para la determinación del cuidado personal</b> .....	23
<b>I. B. 3.3. Determinación de la persona que debe tener el cuidado personal en caso de inhabilidad de ambos padres</b> .....	24
<b>I. C. Cuidado personal de los hijos en el Derecho comparado</b> .....	27
<b>I. C. 1. España</b> .....	28
<b>I. C. 2. Francia</b> .....	29
<b>I. C. 3. Argentina</b> .....	31
<b>Capítulo II. Principio de Corresponsabilidad Parental en el Derecho de Familia chileno</b> .....	32
<b>II. A. Principio de Corresponsabilidad Parental</b> .....	33
<b>II. B. Fundamentos de la corresponsabilidad parental</b> .....	38
<b>II. B. 1. Igualdad de género</b> .....	38

II. B. 2. Principio del interés superior del niño, niña y adolescente.....	40
II. C. La corresponsabilidad parental y el cuidado personal compartido.....	42
II. D. Regulación del régimen de relación directa y regular a la luz de la corresponsabilidad parental.....	49
II. E. El Principio de corresponsabilidad parental en el derecho comparado.....	53
II. E. 1. España.....	53
II. E. 2. Francia.....	55
II. E. 3. Argentina.....	57
<b>Capítulo III: Críticas a la regulación actual y aspectos por mejorar en relación al cuidado personal del niño, niña y adolescente y a la consagración de la corresponsabilidad parental.....</b>	<b>59</b>
III. A. Críticas al concepto de cuidado personal aplicado de manera restrictiva.....	60
III. B. Problemas con la aplicación práctica de la ley y su efectividad en relación con el principio del interés superior del niño, niña y adolescente.....	63
III. C. Escasa protección judicial que la ley pueda otorgar a aquel padre o madre que no tiene el cuidado personal.....	65
III. D. Síndrome de alienación parental: ataque contra el Principio de Corresponsabilidad Parental.....	67
<b>Conclusión.....</b>	<b>78</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>81</b>

## **Resumen**

El trabajo que se presenta a continuación, tiene por objeto analizar dos conceptos principales, en primer lugar, el concepto de cuidado personal del niño, niña y adolescente y, en segundo lugar, el principio de corresponsabilidad parental. Junto con el estudio doctrinario de dichos conceptos, analizaremos todo lo relativo a la aplicación, vigencia e interpretación de las normas jurídicas que regulan estas materias, aportando además datos jurisprudenciales e incluyendo referencias al derecho comparado. Finalmente, desde un punto de vista crítico, analizaremos las falencias y carencias que puede presentar la regulación actual en torno al tema principal.

## Introducción

El Derecho de Familia es de vital trascendencia para el desarrollo de toda persona. Recordemos que nuestra Constitución Política de la República establece en su artículo 1° inciso 2° “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.*” En ese sentido, el Derecho de Familia es un conjunto de normas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros de la familia entre sí y respecto de terceros, por lo mismo no sólo compromete el interés individual, sino que también el interés social incluso, y la mayoría de las veces, por sobre el primero.

Dentro del núcleo familiar, quienes se han convertido en padres y madres no siempre se mantienen viviendo con sus hijos. Es en éste punto cuando el Derecho de Familia interviene para regular lo que la doctrina ha llamado el cuidado personal del niño, niña y adolescente y la relación directa y regular de quien no permanece a cargo del cuidado de su hijo o hija. La ley, históricamente establecía que, en caso de padres separados era a la madre a quien correspondía el cuidado personal de los hijos hasta que éstos cumplan su mayoría de edad, salvo determinadas excepciones expresamente establecidas en la legislación, situación que generaba una notoria desigualdad entre los derechos del padre y de la madre para con los hijos conllevando un perjuicio y menoscabo evidente al primero.

El 21 de junio del año 2013, fue publicada y promulgada la Ley N° 20.680 que, entre otras cosas, puso término a ésta situación de desigualdad. Esta ley originalmente ha sido denominada Ley de Igualdad Parental, pero también es conocida popularmente como la “Ley Amor de Papá”, lo cual nos da cuenta de que ésta tuvo como principal objetivo equiparar la situación legal del padre y la madre para acceder al cuidado personal de los hijos.

Por otro lado, la misma Ley N° 20.680 consagró expresamente el Principio de Corresponsabilidad Parental. Este principio, a grandes rasgos, establece que cuando se trata de ejercer el cuidado personal de los hijos, ambos padres deben tener un rol

activo, permanente y equivalente en dicha labor. La consagración legal de este principio de corresponsabilidad no sólo se limita a reconocer la igualdad de aptitudes entre ambos padres para participar de las tareas relacionadas con la crianza de los hijos, sino que de hecho estimó que dicha participación se constituía como un deber para ellos, en virtud del principio del interés superior del niño.

Todo lo anteriormente mencionado constituyen aristas de real interés y de una tremenda significancia en el derecho de familia chileno. Es por ello que el objeto del presente trabajo de investigación es analizar y comprender cabalmente cómo se regula hoy en nuestra legislación el cuidado personal del niño, niña y adolescente, así como también la regulación de otras materias directamente relacionadas como por ejemplo la regulación legal de un régimen de relación directa y regular entre aquel padre o madre que no detenta el cuidado personal y su hijo o hija. Así también veremos, cómo el principio de corresponsabilidad parental se manifiesta claramente en la base de todas estas instituciones, siendo fundamental no solo a la hora de entender las disposiciones normativas del derecho de familia, sino que también es fundamental al momento de su aplicación por parte de nuestra judicatura. Para finalizar, realizaremos un comentario crítico sobre la implementación práctica de la regulación actual a las materias que son de contenido de este trabajo, sus falencias y posibles aspectos por mejorar.

## Capítulo I. Cuidado personal del niño, niña y adolescente en nuestra legislación

### I. A. Concepto de cuidado personal

La ley no entrega una definición del concepto de cuidado personal, sin embargo, doctrinariamente, se ha definido como el “*derecho de los padres a tener a sus hijos en su compañía proporcionándoles residencia, alimento y educación*”<sup>1</sup>. Así mismo, la doctrina ha señalado que se trata de “*el derecho paternal a la crianza, educación y establecimiento del menor de edad, o como el deber de alimentar, corregir y otorgar por lo menos una educación básica y un oficio de profesión al hijo*”<sup>2</sup>. En otras palabras, consiste en el derecho y deber que los padres tienen de amparar, defender y cuidar a la persona del hijo o hija menor de edad y participar en su crianza y educación.

Se afirma que corresponde a un derecho, como derecho subjetivo, pero también se entiende como deber. Esto, porque quien tiene el cuidado personal de su hijo o hija tiene el deber de criarlo y educarlo, lo que en la práctica implica adoptar decisiones en el ámbito de la salud, por ejemplo, tratamientos médicos, en el ámbito de la educación, mediante la elección del colegio del menor y asumir los respectivos costos económicos, entre otros múltiples aspectos. Además, quien tiene el cuidado personal del hijo o hija también le corresponde la patria potestad<sup>3</sup> y, por tanto, su representación legal y el derecho de goce y administración de sus bienes.

---

<sup>1</sup> Schmidt Holt, Claudia y Veloso Valenzuela, Paulina. “*La filiación en el nuevo derecho de familia*”. Editorial Cono Sur, Santiago de Chile, 2001, p. 273.

<sup>2</sup> Corte de Apelaciones de Santiago del 31 de octubre de 2006, Rol N°5.341-2006.

<sup>3</sup> *Por patria potestad podríamos entender hoy la función tuitiva que corresponde a los padres sobre sus hijos, función que se despliega en el ámbito personal; y que también tiene consecuencias patrimoniales. En el ámbito personal, la patria potestad se traduce fundamentalmente en el deber de los padres de velar por el cuidado personal de los hijos, de su crianza, educación y establecimiento. En el ámbito patrimonial, la patria potestad se traduce en el cuidado de los bienes de los hijos, y en el derecho de aprovecharse de los frutos de estos bienes, en los raros supuestos en que los haya. Así como los cónyuges aportan el fruto de su trabajo y los frutos de sus bienes al levantamiento de las cargas de familia, también los hijos contribuyen con los frutos de los suyos a solventar el mantenimiento de la familia.*

Rodríguez Pinto, María Sara. “*Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos*”. *Ius et praxis* - Núm. 16-1, enero 2010. Pág. 59.

El concepto de cuidado personal se encuentra en relación directa con el principio del interés superior del niño, niña y adolescente, así nuestra jurisprudencia ha llegado a establecer “*el legislador considera como cuestión fundamental que el cuidado personal del menor, así como la custodia compartida, sea siempre estimada como una situación en donde está en juego la tutela de los derechos del menor, de contar con las mejores condiciones materiales y espirituales para su desarrollo, los que jamás pueden sacrificarse a favor de los intereses de sus padres*”.<sup>4</sup>

Cabe mencionar que desde el punto de vista de los derechos del hijo o hija, éstos tienen derecho a vivir con sus padres, a no ser separado de ellos y a crecer en el seno de una familia<sup>5</sup>, así lo afirma la Convención de los Derechos del Niño en su preámbulo al afirmar “*el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe **crecer en el seno de la familia**, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*” y estableciendo en su artículo 7 n°1 “*El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a **conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos***”.<sup>6</sup>

## I. B. Regulación del cuidado personal en el Código Civil Chileno.

Nuestro Código Civil<sup>7</sup> históricamente establecía que, en caso de padres separados era a la madre a quien correspondía el cuidado personal de los hijos hasta que éstos cumplan su mayoría de edad, salvo determinadas excepciones

---

<sup>4</sup> Corte de Apelaciones de Coyhaique. 7 de abril de 2015. causa N° 8-2015 (Familia).

<sup>5</sup> *Tanto la definición esencial como la justificación social de la familia, están basadas en la familia natural, la que es apreciada como el modo general mediante el cual la sociedad realiza funciones esenciales para su supervivencia y, en un estadio de evolución superior, ciertas funciones sociales que no pueden ser realizadas por instituciones distintas de ella. A partir de esta afirmación, puede postularse que la familia es el lugar en que se constituyen las relaciones fundamentales decisivas de la persona humana.*

Del Picó Rubio, Jorge. “*Evolución y actualidad de la concepción de familia. una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno*”. Revista Ius et Praxis, Año 17, N° 1, 2011. Pág. 52

<sup>6</sup> Convención sobre los derechos del niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989. <http://www.unicef.org/argentina/spanish/7.-Convencionsobreloderechos.pdf> Consultado 30 de Julio de 2016.

<sup>7</sup> En adelante, “el código”.



expresamente determinadas en la ley. Esta situación de desigualdad del padre en relación con la madre, generaba un perjuicio y menoscabo evidente al primero. Así, el antiguo artículo 225 de dicho cuerpo normativo disponía:

*“Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.*

*No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.”* De este modo, el padre desde un inicio veía limitadas sus opciones a optar por el cuidado personal de su hijo o hija.

El 21 de junio del año 2013, fue publicada y promulgada la Ley N° 20.680, que puso término a esta situación de desigualdad. Esta ley originalmente ha sido denominada Ley de Igualdad Parental, pero también es conocida popularmente como la “Ley Amor de Papá”, lo cual nos da cuenta de que ésta tuvo como principal objetivo equiparar la situación legal para acceder al cuidado personal de los hijos.

En nuestra legislación el concepto de cuidado personal está regulado entre los artículos 222 y 228 del Código Civil.

#### **I. B. 1. Cuidado personal y el interés superior del niño, niña y adolescente.**

La ley N° 20.680 en su artículo primero N° 1<sup>8</sup> introduce una modificación al artículo 222 del Código Civil invirtiendo el orden de los dos incisos que lo integran de tal manera que el inciso primero queda como segundo y el segundo como primero.

---

<sup>8</sup> Ley 20.680. Artículo 1°. Número 1°. *“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, d 2000, del Ministerio de Justicia: 1.- Inviértese el orden de los dos incisos que integran el artículo 222, quedando el inciso primero como segundo y el segundo, como primero.”* Publicada en el Diario Oficial el 21 de junio de 2013.

De esta forma, la redacción del artículo 222 del código pasó a ser la siguiente:  
*“Art. 222. 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.  
Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres.”*<sup>9</sup>

El cambio introducido implica una mera alteración del orden de los incisos, lo cual tuvo por finalidad subrayar la importancia del interés superior del niño, niña y adolescente como principio rector de las normas contenidas en el Título IX del Libro Primero del Código Civil, “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”. De esta manera, el legislador orientó las relaciones paterno filiales a partir de la realización espiritual y material de los hijos, consagrando el principio del interés superior del niño, niña y adolescente, por sobre los derechos de los padres estipulados en esta normativa como respeto y obediencia hacia éstos últimos.<sup>10</sup> Con esta disposición se ordena que toda regulación en materia de cuidado personal de la crianza y educación debe ser establecida en beneficio del hijo, debiendo prevalecer los derechos de éstos respecto a los de los padres.<sup>11</sup>

## **I B. 2. Cuidado personal y principio de corresponsabilidad parental.**

---

<sup>9</sup> La redacción del artículo 222 del Código Civil con anterioridad a la Ley N° 20.680 era la siguiente:

*“Art. 222. Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres.*

*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.”*

<sup>10</sup> Informe Ley de Corresponsabilidad. (Ley N° 20.680). Unidad de mediación – Ministerio de Justicia. Página 5.

<sup>11</sup> *La delimitación conceptual del Interés Superior del Niño en principio no ha estado exenta de polémicas. Se trata de una noción cuyos contornos son de difícil precisión y que ha dado pie a múltiples definiciones doctrinarias y jurisprudenciales. Algunos sostienen que esta noción plantea dos problemas. Por una parte, un problema de indeterminación –no podemos saber cuál es el mejor interés de un niño ni siempre estar de acuerdo en los valores que importan– y, por otra, un problema cultural –los estándares de mejor interés no son iguales en las distintas culturas. El mejor interés es general y especulativo y requiere de una individualización caso a caso.*

Correa Camus, Paula y Vargas Pavez, Macarena. “La voz de los niños en la justicia de familia de Chile”. Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Revista Ius et Praxis, Año 17, N° 1. Año 2011. Pág. 180.

Si analizamos el artículo 224<sup>12</sup> de nuestro código, nos damos cuenta, de que a partir de él se desprenden determinados puntos muy relevantes para el concepto de cuidado personal. Uno de ellos está abocado al principio de corresponsabilidad parental. Si bien este principio es materia de análisis del Capítulo II del presente trabajo, es necesario mencionar en este apartado que a partir del citado artículo 224 del Código Civil, se establece que el cuidado personal se someterá al **principio de corresponsabilidad**.

Éste es uno de los conceptos introducidos por las modificaciones implementadas en la ley 20.680 y por tanto es un concepto nuevo en nuestro ordenamiento jurídico. El principio de la corresponsabilidad parental consiste en que *“padre y madre, están compartiendo progresivamente ámbitos que históricamente habían sido espacios exclusivos de uno u otro”*<sup>13</sup> lo que significa que *“ambos padres se responsabilizan y participan, es decir, concurren ambos, asumen en común ciertas funciones en relación con los hijos, las de mayor impacto en su formación integral: su crianza y educación”*<sup>14</sup>. De ésta forma, se incorpora en nuestra legislación este nuevo principio por el que ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos<sup>15</sup>. Lo que significa que siempre los padres deben estar presentes en la vida de sus hijos, más allá de la relación o vínculo entre sus padres, haciendo referencia a los aspectos de la vida cotidiana de un hijo, ya que los otros efectos de las relaciones paterno-filiales ya

---

<sup>12</sup> **Art. 224.** *Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.*

*El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez.”*

<sup>13</sup> Acuña San Martín, Marcela. *“El principio de corresponsabilidad parental”*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Sección: Estudios Año 20 - Nº 2, 2013, p. 26.

<sup>14</sup> *Íbidem*.

<sup>15</sup> *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.*

Claro Solar, Luis, *“Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado”*, De las personas, Tomo Tercero, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 165.

se encuentran regulados por nuestro ordenamiento jurídico, tales como los alimentos, la relación directa y regular y la patria potestad. La ley mandata una participación “*activa, equitativa y permanente*” frase cuyo significado deberá ser determinado por la jurisprudencia teniendo en cuenta lo que los padres determinen y lo que se pueda adecuar mejor a la particularidad de cada caso y siempre teniendo en consideración el interés superior del niño, niña y adolescente. Así ha sido interpretado, por ejemplo, al momento de orientar el accionar de los mediadores en el marco regido por la nueva legislación, donde los mediadores/a deberán atender, en primer término, a lo que padres determinen y, en segundo término, a los diferentes criterios que puedan establecer los tribunales en cada región del país<sup>16</sup>.

**I. B. 3. Determinación de la o las personas en las que deben tener el cuidado personal del niño, niña o adolescente.**

**I. B. 3.1. Reglas aplicables para su determinación.**

La ley establece por regla general que el cuidado personal de la crianza y educación de un hijo toca de común acuerdo a los padres, o al padre o madre sobreviviente. De ésta manera corresponderá el cuidado personal:

- a) **Si los padres viven juntos:** Ambos ejercerán el cuidado personal de los hijos.
- b) **Si uno de los padres fallece:** Al padre o madre sobreviviente.

De acuerdo al inciso segundo del artículo 224 del código, en el caso de los hijos de filiación no matrimonial, el cuidado corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Sin embargo, si el reconocimiento ha sido por resolución judicial con oposición del padre o de la madre, este padre o madre quedará privado del cuidado

---

<sup>16</sup> Informe Ley de Corresponsabilidad (Ley Nº 20.680). Óp cit.

del hijo, en virtud del artículo 203 de nuestro Código Civil<sup>17</sup>. En consecuencia, el cuidado personal se distribuirá del siguiente modo:

- a) **Si el hijo ha sido reconocido solo por uno de sus padres:** Al padre o madre que lo haya reconocido.
- b) **Si el niño o niña no ha sido reconocido:** El juez determina.

El artículo 225<sup>18</sup> del código es una de las grandes modificaciones que incorporó la ley N° 20.680 en su reforma al Código Civil, cambiando por completo la redacción del mencionado artículo.

---

<sup>17</sup> **Art. 203.** *Cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o madre, aquél o ésta quedará privado de la patria potestad y, en general, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del hijo o de sus descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia y de ello se dejará constancia en la subinscripción correspondiente.*

*El padre o madre conservará, en cambio, todas sus obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio del hijo o sus descendientes.*

*Sin embargo, se restituirán al padre o madre todos los derechos de los que está privado, si el hijo, alcanzada su plena capacidad, manifiesta por escritura pública o por testamento su voluntad de restablecerle en ellos. El restablecimiento por escritura pública producirá efectos desde su subinscripción al margen de la inscripción de nacimiento del hijo y será irrevocable. El restablecimiento por acto testamentario producirá efectos desde la muerte del causante”.*

<sup>18</sup> **Art. 225.** *Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.*

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

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

*En cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226.*

*En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres.*

*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 padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el artículo 229. Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.”*

Como se dijo anteriormente, antes de la modificación del art. 225, existía una atribución legal preferente en favor de la mujer, en aquellos casos en que los padres viviesen separados (estando casados o no previamente). La excepción a esta regla consistía en una resolución judicial fundada en el interés superior del niño, niña y adolescente por existencia de maltrato, descuido u otra causa calificada. A través de la reforma, se deja de lado dicha premisa que establecía que, tratándose de padres separados, correspondía a la madre el cuidado personal de los hijos.

Así lo reconoce nuestra jurisprudencia al establecer *“Que, al respecto es menester considerar que el artículo 225 del Código Civil, actualmente vigente, terminó con la atribución legal supletoria preferente del cuidado de los hijos a la madre, estableciendo que, a falta de acuerdo entre los padres, “los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo”, situación que podrá alterarse por resolución judicial, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente. La reforma, sin duda, ha pretendido centrar la mirada en el mejor interés de los niños, abandonando el criterio -que, aunque eliminado por la ley 19.585, continuó subyaciendo a muchas decisiones judiciales- según el cual, para otorgar el cuidado al padre, debía comprobarse previamente la inhabilidad de la madre.”*<sup>19</sup>

En reemplazo de la antigua normativa, el artículo 225 del Código Civil reformado por la mencionada ley N° 20.680 determina que para los casos en que los padres que no viven juntos, se trate de filiación matrimonial o filiación no matrimonial reconocida por ambos padres, el cuidado personal podrá determinarse de tres maneras: **convencional, legal y judicial**, es decir, se establece que los padres podrán determinar de mutuo acuerdo quien tendrá el cuidado de los hijos al momento de una separación. Si no hay acuerdo, el cuidado corresponde al padre o madre con quien el hijo conviva al momento de la separación. Si alguno de los padres quiere reclamar el

---

<sup>19</sup> Excelentísima Corte Suprema. 28 de enero de 2015. Causa N° 11368-2014. (Familia). Cuarta Sala (Mixta).

cuidado del hijo puede hacerlo mediante demanda y el juez tendrá que resolver conforme al mejor interés del hijo. De esta manera, la ley pretende privilegiar la regulación convencional del régimen de cuidado personal y lo hace extensivo también al régimen de relación directa y regular. Para los casos en que los padres de común acuerdo decidan a quién de ellos les corresponda el cuidado personal, deberán otorgar escritura pública o acta extendida ante oficial del Registro Civil y las cuales deberán subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de treinta días.

El inciso segundo del artículo 225 del Código Civil, establece que el cuidado personal podrá ejercerse de manera compartida y no necesariamente con exclusividad por uno de los padres. El mismo inciso, se encarga de determinar en qué consiste el cuidado personal compartido, teniendo como concepto base el principio de corresponsabilidad, anteriormente mencionado, y que ha sido definido como *“el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos”*<sup>20</sup>. Nuestra jurisprudencia se pronunciado en torno al concepto de cuidado personal, estableciendo que *“Los derechos y deberes que comprenden el cuidado personal, suponen una convivencia habitual entre padres e hijos. El derecho - función de tener a los hijos menores en su compañía se encuentra indisolublemente ligado a su guarda y custodia, lo que implica una comunidad de vida con ellos”*<sup>21</sup>. Al hablar de cuidado personal compartido, estamos refiriéndonos a *“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”*<sup>22</sup>.

Similares argumentos ha esgrimido la jurisprudencia al conocer de asuntos sobre cuidado personal compartido, al efecto ha señalado *“Que estando establecido en estos autos que el menor de no permanecer con su padre desde que sale del*

---

<sup>20</sup> Lathrop, Fabiola. *“Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”*. Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri. N° 10, junio 2008. p. 22.

<sup>21</sup> Excelentísima Corte Suprema. Cuarta Sala (Mixta). 16 de agosto de 2010. Causa n° 4307-2010.

<sup>22</sup> <http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/igualdad-de-padre-y-madre-en-el-cuidado-de-los-hijos> Consultado 27 de Julio de 2016.

*colegio hasta que su madre vuelve del trabajo, tendría que estar solo atendido que no se divisa que los progenitores hayan determinado algo diferente, no cabe duda que a pesar de no existir ninguna inhabilidad de parte de la madre para ejercer el cuidado de su hijo, como lo ha hecho siempre, un niño de tan corta edad requiere contar con una estabilidad ojala permanente para desarrollarse y poder rendir en sus estudios en forma debida, razón por la cual se estima que si bien ambos padres tienen la aptitud para garantizar el cariño y el bienestar de su hijo, en estos momentos es su padre quien está en condiciones de procurarle un entorno más adecuado, razón por la cual estos sentenciadores comparten lo resuelto por el tribunal a quo, en cuanto establece que en la actualidad es el padre quien puede brindarle un mayor equilibrio emocional a su hijo”<sup>23</sup>. De esta manera, el cuidado personal de los hijos corresponderá a ambos padres. Es necesario precisar que la solicitud del cuidado personal compartido también podrá ser demandada ante el tribunal de familia competente, por tanto, ésta no es una determinación que podrá realizar únicamente por acuerdo de los padres, sino que también por determinación del juez.*

Si los padres no optan por el cuidado personal compartido, ambos se encontrarán en igualdad de condiciones para demandar el cuidado personal del hijo o hija, lo cual será sometido a conocimiento del juez competente y quien deberá decidir en vista y consideración de los principios que establece el artículo 225-2. Esto, sin perjuicio de la decisión que de común acuerdo puedan adoptar los padres respecto determinar en quién de ellos (padre o madre) recaerá el cuidado personal del o los hijos y que podrán poner en conocimiento del tribunal de manera oportuna.

Si los padres deciden disputar el cuidado personal ante el juez de familia competente, en el intertanto, los hijos permanecerán bajo el cuidado del padre o madre con quien se encuentren conviviendo en ese momento de acuerdo a lo que establece el inciso tercero del artículo 225.

---

<sup>23</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso. 2 de mayo de 2014. Causa N° 110-2014 (Familia).



El inciso cuarto del artículo 225 del código, determina la facultad del juez para que, una vez que ya se encuentre determinado y establecido el cuidado personal compartido, éste pueda ser dejado sin efecto y traspasar el cuidado personal del menor a cargo de uno sólo de los padres, o bien, otorgar el cuidado personal al otro de los padres que no lo detenta, siempre y cuando concurren las circunstancias necesarias. En otras palabras, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, corresponde al juez ordenar que el cuidado personal lo ejerza el otro progenitor como por ejemplo en los casos el padre o madre a quien se ha entregado el cuidado personal, ocasione maltratos, descuide a los hijos, en casos de abandono, o bien, por cualquier otra causa calificada, sin perjuicio de las causales que establece el artículo 226. Cabe hacer presente que en ningún caso la decisión del juez podrá tener como fundamento la situación económica de uno de los padres, tal como lo dispone el inciso quinto del artículo 225<sup>24</sup>.

Todas las circunstancias referidas anteriormente deben ser siempre analizadas a la luz del principio del interés superior del niño, niña y adolescente.

Finalmente, el inciso sexto del reformado artículo 225, determina de manera expresa que en conjunto con la declaración que otorga el cuidado personal a uno sólo de los padres, deberá indicarse el modo y las formas en que se llevará a cabo el régimen de relación directa y regular, o también conocido como régimen de visitas, con aquél de los padres que sea excluido del cuidado personal. De ésta forma ambos

---

<sup>24</sup> En la historia de la ley 20.680 se deja constancia del origen de éste inciso, desde el momento en que la señora diputada Saa presentó una indicación en orden a incorporar como inciso cuarto del nuevo artículo 225 con el siguiente texto:

*“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”.*

La señora diputada autora consideró que era de suma importancia establecer, por una parte, que el juez en caso de proceder con la aplicación del inciso anterior aprobado, esto es, hacer uso de la atribución judicial de decidir a cuál de los padres entrega el cuidado personal de los hijos comunes -en caso de causa justificada-, no puede basar su decisión en la mejor situación económica de alguno de ellos”. La indicación de la señora Saa fue aprobada por la unanimidad de los integrantes presentes señoras diputadas y señores diputados Barros, Bauer, Cristi, Goic, Hoffmann, Jarpa, Muñoz, Rubilar, Sabat, Sabag, Schilling y Zalaquett, (Presidenta).

padres siempre deberán participar en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos.

En caso de no existir acuerdo entre los padres para ejercer el cuidado personal compartido, o para acordar que lo detente sólo uno de ellos, corresponderá entonces, al juez de familia determinar quién se encuentra en una situación más óptima para detentar el cuidado personal del menor<sup>25</sup>. Ésta determinación, se deberá hacer en razón de los principios y parámetros que indica el artículo 225-2<sup>26</sup>.

En relación a ello, y como síntesis de todo lo anteriormente mencionado cabe citar el siguiente razonamiento de nuestra Corte Suprema. *“Que, en forma previa, se debe tener presente que la Ley N° 20.680, publicada en el Diario Oficial de 21 de junio de 2013, introdujo modificaciones a diferentes disposiciones del Código Civil, a aquellas que regulan el cuidado personal de los hijos durante la vida separada de sus padres, con la finalidad, en lo que aquí interesa, de eliminar la preferencia materna como regla legal de carácter supletoria de atribución del cuidado personal y el criterio de inhabilidad de uno o de ambos padres en dicha atribución y, con ello, privilegiar la aplicación del principio rector en materia de familia, esto es, el interés superior del niño; y como es un hecho pacífico que los progenitores del niño Alberto Alexander se encuentran separados, y que es en razón de dicha circunstancia que el padre dedujo*

---

<sup>25</sup> *“Si bien es cierto que para un adecuado ejercicio de la custodia compartida es necesario un mínimo consenso entre los progenitores (razón por la cual entendemos que ella no puede ser impuesta en contra de la voluntad seria y manifiesta de uno de los padres), es conveniente precisar que el requisito de no conflictividad parental no puede extremarse al punto de exigir una armonía que, claramente, no existía durante la situación de normalidad matrimonial. Toda vez que la custodia compartida está precedida de la disgregación del ambiente familiar, su funcionamiento no descansa en la concordia de las decisiones de los padres respecto de su educación, sino sobre su recíproco reconocimiento de aptitudes parentales, así como en el convencimiento de deber favorecer un equilibrado acceso al hijo.”*

Lathrop Gómez, Fabiola. *“Custodia compartida, acuerdo de los padres y establecimiento de oficio: un fallo en ausencia de ley (Corte de Apelaciones de Santiago)”*. Revista de Derecho. Jurisprudencia comentada. Vol. XXIII - Nº 2. diciembre 2010. Página 243.

<sup>26</sup> *“Los magistrados deben, pues, atender a todos y a cada uno de los criterios establecidos por el legislador y no realizar una aplicación aislada de ellos, dado que, de este modo, sería más factible transgredir el interés superior del menor al no atender a aspectos que son importantes para el normal desenvolvimiento de sus facultades.”* Quintana Villar, María Soledad. *“La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual”*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIII. Valparaíso, Chile, 2º semestre de 2014. Página 244.

*una demanda en contra de la madre para que se declare que el cuidado personal debe quedar radicado en su persona, la normativa que corresponde aplicar es la contenida en los artículos 225 y 225-2 del Código Civil, tal como se señala en el motivo sexto de la sentencia de primer grado, reproducida por la de segunda instancia;*<sup>27</sup>

El inciso primero del mencionado artículo 227<sup>28 29</sup> establece que el juez deberá oír a los menores y a otros parientes en temas relacionados a la determinación del cuidado personal y todas las disputas que se puedan generar al momento de la determinación del progenitor que detendrá el cuidado personal, para los casos en que no se haya establecido el régimen de cuidado personal compartido, así como también para hacer aplicación y ponderación de los factores que indica el artículo 225-2, y finalmente, en lo relativo a la determinación de las inhabilidades que puedan afectar a uno de los padres, o a ambos, a raíz de lo cual se deberá evaluar la modificación de la titularidad del cuidado personal o bien, la atribución del cuidado personal del menor a un tercero pariente o consanguíneo. Este mandato del legislador al juez, ha sido correctamente aplicado la mayoría de las veces, siendo posible encontrar fallos en que claramente se considera la opinión y lo dicho por los menores para efectos de la determinación y/o alteración del régimen de cuidado personal; *“El régimen comunicacional de la madre en relación a su hijo fue suspendido por el Tribunal por cuanto no existía, de parte del menor, predisposición para acercarse a ella. El día 31 de agosto de 2010, en presencia de la Consejera Técnica, señora Millán, el menor manifestó frente a su madre las razones para no verla (...) El relato del menor no*

---

<sup>27</sup> Excelentísima Corte Suprema. 27 de mayo de 2015. Causa Nº 29.566-2014. Cuarta Sala (Mixta).

<sup>28</sup> **Art. 227.** *En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oír a los hijos y a los parientes. Las resoluciones que se dicten, una vez ejecutoriadas, se subinscribirán en la forma y plazo que establece el artículo 225.*

*El juez podrá apremiar en la forma establecida en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, a quien fuere condenado por resolución judicial que cause ejecutoria, a hacer entrega del hijo y no lo hiciere o se negare a hacerlo en el plazo que se hubiere determinado para estos efectos. En igual apremio incurrirá el que retuviere especies del hijo y se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del juez.”*

<sup>29</sup> Ley 20.680. 6-. Agrégase, en el artículo 227, el siguiente inciso tercero: *“El juez podrá apremiar en la forma establecida en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, a quien fuere condenado por resolución judicial que cause ejecutoria, a hacer entrega del hijo y no lo hiciere o se negare a hacerlo en el plazo que se hubiere determinado para estos efectos. En igual apremio incurrirá el que retuviere especies del hijo y se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del juez.”*

*evidencia circunstancias concretas vividas por él, ni narra situaciones de descuido o maltrato serias. Por otra parte, teniendo presente la escasa convicción con la que el niño expone los hechos que conforme a sus sentimientos justificarían el rechazo hacia su madre, se valora como posible una influencia negativa de los adultos sobre el menor posterior a la separación de los padres.*

*Sin perjuicio lo anterior, considerando los rasgos de personalidad del niño, su edad, sexto, grado de desarrollo y madurez, esta sentenciadora estima como aceptables los deseos de Francisco en orden a permanecer bajo el cuidado de su padre. (...) Que, sin perjuicio de que la madre carece de inhabilidad para ejercer el derecho deber de cuidar a ambos hijos, el tribunal ha de considerar en su decisión, la opinión de Francisco, quien por su madurez se encuentra en mejores condiciones para expresarla, a lo que debe agregarse que, en este caso, el interés superior del niño hace más aconsejable, en atención a las razones ya expresadas, que su cuidado personal sea ejercido por el padre, con quien se siente más protegido y posee un vínculo afectivo más cercano, lo que garantiza un mayor desarrollo integral del menor.<sup>30</sup>* De esta manera, es posible afirmar que en los casos en que ambos padres ofrezcan a sus hijos condiciones de cuidado y de vida similares, o que no necesariamente queden excluidos por inhabilidades, la opinión de los hijos puede llegar a ser a tal punto concluyente que puede inclinar la decisión en favor de uno u otro progenitor, siempre y cuando se puedan asegurar las garantías de estabilidad y de condiciones de vida suficientes para generar un contexto de desenvolvimiento material y espiritual apropiado para los menores.

El derecho del hijo a ser oído se encuentra expresamente consagrado en la mencionada Convención sobre los Derechos del Niño, específicamente, en el número 2 del artículo 12 que establece que “*Se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*” Ésta premisa también ha generado efectos en el contexto de los procesos de mediación “*de esta*

---

<sup>30</sup> Corte de Apelaciones de Santiago. 8 de noviembre de 2010. Causa Nº 2844-2010 (Civil).

manera, y considerando que nuestra legislación ha relacionado expresamente este derecho tanto con el sistema judicial de familia como en la regulación legal del régimen de cuidado personal (art. 225-2 letra f) y del derecho a mantener una relación directa y regular (art. 227 y 229 número 3), se estima que los mediadores debiesen contar con conocimientos actualizados en relación a la autonomía progresiva de los hijos, pudiendo identificar las distintas etapas de desarrollo y de qué manera, atendido el caso concreto, **pudiese ser recomendable invitarles a manifestar su opinión durante el proceso de mediación, respecto de temas tratados por los padres y que les afecten directamente.**<sup>31</sup><sup>32</sup> Así mismo lo ha reconocido nuestra jurisprudencia al señalar el conjunto de normas que protege la posibilidad de oír a los menores a efectos de determinar el régimen de cuidado personal, “Que las normas de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, especialmente artículos 3.1 y 12.1 , como las que regulan la forma de prestar la tuición y cuidado personal de los menores, a saber artículos 225, 227, 242 inciso 2º del Código Civil , y artículo 42 de la Ley Nº 16.618, obligan a atender al interés superior del niño y respetar las opiniones de éste en función de su edad y madurez, como también -en la materia que nos ocupa- tales reglas imponen determinar el estado social y psicológico de quienes pretender ejercer exclusivamente el derecho de vivir con el menor, en aras a discernir -por una parte- sobre su aptitud para aquello, como -de otra- el mayor beneficio que se obtendría para el desarrollo integral del niño”<sup>33</sup>

En lo relativo al inciso segundo del artículo 227 del Código Civil, establece la formalidad de la subinscripción de las resoluciones que modifiquen el régimen del

---

<sup>31</sup> Informe Ley de Corresponsabilidad. Óp. cit. Página 11.

<sup>32</sup> De esta forma, conociendo la relevancia determinante que ostenta el derecho a ser oído, en estricta concordancia con el principio del interés superior, y la relevancia que el proceso de mediación determina sobre los propios intereses del niño, vemos la necesidad de la participación de los niños y niñas en el proceso de mediación, toda vez que no solo como derecho, sino que como obligación hacia los poderes públicos, opera como garante de la participación que ellos deben tener en los procesos que le afectan, atendidos los alcances que sobre la vida futura, a largo plazo, ostentan las decisiones que los padres tomarán a la hora de la ruptura de la pareja estable o matrimonial.

Alarcón Cañuta, Miguel. “Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación”. Ars Boni et Aequi Núm. 11-2, Diciembre 2015. Pág. 23.

<sup>33</sup> Excelentísima Corte Suprema. 22 de agosto de 2001. Causa nº 1620-2001. Sala Segunda (Penal).

cuidado personal al margen la inscripción de nacimiento, dentro del plazo que establece el artículo 225, a saber, dentro de los treinta días subsiguientes que la sentencia quede firme y ejecutoriada. El inciso final del artículo 225 del Código Civil establece la sanción para el caso de incumplimiento: *“Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.”* Es decir, el régimen de cuidado personal y/o relación directa y regular será inoponible a terceros mientras no se realice la subinscripción.

Finalmente, el inciso final del artículo 227 establece las sanciones que se deberán aplicar a quien fuere condenado por resolución judicial que cause ejecutoria, a realizar entrega del hijo y no lo hiciere o se negare a hacerlo en el plazo que se hubiere determinado. Para estos efectos, se hace referencia al artículo 543 del Código de Procedimiento Civil<sup>34</sup> que dispone de sanciones de arresto hasta por quince días o multa proporcional y la repetición de las medidas para obtener finalmente el cumplimiento de la obligación. Esto tendrá aplicación cuando se haya establecido y/o modificado el régimen de cuidado personal, o la entrega de las especies del menor, en el momento o dentro del plazo que se haya establecido con anterioridad. De esta forma se incorpora a nuestro Código Civil la disposición del art. 66 de la ley 16.618<sup>35</sup>, que en

---

<sup>34</sup> Código de Procedimiento Civil. **Art. 543. (570).** *Cuando se pida apremio contra el deudor, podrá el tribunal imponerle arresto hasta por quince días o multa proporcional, y repetir estas medidas para obtener el cumplimiento de la obligación. Cesará el apremio si el deudor paga las multas impuestas y rinde además caución suficiente, a juicio del tribunal, para asegurar la indemnización completa de todo perjuicio al acreedor.*

<sup>35</sup> Ley N° 16.618. Artículo 66° *Deberán denunciar los hechos constitutivos de maltrato de menores aquéllos que en conformidad a las reglas generales del Código de Procedimiento Penal estuvieren obligados a hacerlo; la misma obligación y sanciones afectarán a los maestros y otras personas encargadas de la educación de los menores.*

*El que se negare a proporcionar a los funcionarios que establece esta ley datos o informes acerca de un menor o que los falseare, o que en cualquiera otra forma dificultare su acción, será castigado con prisión en su grado mínimo, conmutable en multa de dos escudos por cada día de prisión. Si el autor de esta falta fuere un funcionario público, podrá ser, además suspendido de su cargo hasta por un mes.*

*El que fuere condenado en procedimiento de tuición, por resolución judicial que cause ejecutoria, a hacer entrega de un menor y no lo hiciere o se negare a hacerlo en el plazo señalado por el tribunal, o bien, infringiere las resoluciones que determinan el régimen de visitas, será apremiado en la forma establecida por el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil. En igual apremio incurrirá el que retuviere especies del menor o se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del tribunal.*

la práctica es poco aplicada por los jueces, quienes muchas veces son reticentes a decretar el arresto por estas causales.

### I. B. 3.2. Criterios que entrega la ley al juez para la determinación del cuidado personal.

El artículo 225-2<sup>36</sup> (incorporado en su totalidad al Código Civil, por la Ley N° 20.680) entrega al juez los criterios que debe considerar y ponderar al momento de asignar el cuidado personal, velando siempre por el interés superior del niño, niña y adolescente, al efecto *“En el contexto de esta modificación, el legislador señaló en el artículo 225-2 del cuerpo legal citado, una serie de criterios o factores relevantes, no taxativos, a la hora de determinar a cuál de los padres corresponde otorgar el cuidado personal de un niño<sup>37</sup>”*.

En definitiva, ésta norma entrega al juez las herramientas necesarias para ratificar y concretizar el espíritu de la ley N° 20.680 que tiene como principio base el principio de corresponsabilidad parental, así también lo ha planteado nuestra jurisprudencia al señalar que *“la Ley N° 20.680, normativa que ha establecido un nuevo principio en materia de cuidado personal, cual es que, aun viviendo separados los padres, éstos participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y*

---

<sup>36</sup> **“Art. 225-2.** En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:

a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres y demás personas de su entorno familiar.

b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.

c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.

d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.

e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.

f) La opinión expresada por el hijo.

g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.

h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.

i) El domicilio de los padres.

j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.”

<sup>37</sup> Excelentísima Corte Suprema. 28 de Enero de 2015. Causa N° 11368-2014. Cuarta sala (mixta).

educación de sus hijos. Expone que se han infringido los artículos **222, 224, 225 inc° 2 y 225-2 del Código Civil, normas que justamente recogen dicho principio** y que son el reflejo del espíritu de la nueva normativa, manifestados claramente en su historia fidedigna según lo establece el artículo 19 del mismo cuerpo de normas, el que ha sido igualmente desoído por los falladores de la instancia.<sup>38</sup> Estamos frente a una norma, en la que lo importante no es la aptitud de los padres sino que el bienestar del niño. Lo mismo se refleja en estas consideraciones de la Corte Suprema “Que, conforme a la primera disposición, si no existe acuerdo respecto del cuidado personal del hijo, le corresponde al padre o madre con quien esté conviviendo; sin perjuicio de que cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez puede atribuir el cuidado personal al otro de los padres, lo que significa que se elimina toda alusión a causales de inhabilidad de los progenitores, y el interés superior del niño, esto es, su bienestar, se erige como único criterio de atribución judicial. El artículo 225-2 del Código Civil, por su parte, establece un listado no taxativo de “criterios y circunstancias” que deben considerarse en su conjunto al momento de decidirse en qué padre quedará radicado el cuidado personal del hijo”.<sup>39</sup>

### I. B. 3.3. Determinación de la persona que debe tener el cuidado personal en caso de inhabilidad de ambos padres.

A partir del artículo 226<sup>40</sup> del código, es posible afirmar que, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, se deberá confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, debiendo preferir a los consanguíneos más próximos sobre todo a los ascendientes. La separación que realice el juez del hijo o hija respecto del cuidado de sus padres deberá privilegiar el interés superior del niño, niña y adolescente y deberá enmarcarse dentro de las garantías constitucionales que correspondan. Esta norma ha sido establecida por la

---

<sup>38</sup> Excelentísima Corte Suprema. 13 de febrero de 2014. Causa Nº 10358-2013. Cuarta sala (Mixta).

<sup>39</sup> Excelentísima Corte Suprema. 27 de mayo de 2015. Causa Nº 29566-2014. Cuarta Sala (Mixta).

<sup>40</sup> “**Artículo 226.** Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2.

*En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes.”*



Ley N° 20.680. En efecto, *“la Ley N° 20.680 agrega que el juez debe velar primordialmente por el interés superior del niño, en la atribución del cuidado personal a un tercero, lo que se deberá considerar como un punto de prueba en los nuevos juicios sobre esta materia<sup>41</sup>.”* Si bien con esta incorporación, se consagra explícitamente que la aplicación de esta medida debe ser realizada siempre en vista del principio del interés superior del niño, niña y adolescente, ésta idea no se encontraba del todo ausente en la aplicación que daban nuestros tribunales antes de la reforma, esto por ser uno de los principios generales que rige en nuestro ordenamiento jurídico. Así, *“dicho principio se identifica con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derechos, identificándose de esta manera “interés superior” con los derechos del niño y adolescente. Si bien se encuentra presente y se proyecta en todo el sistema jurídico, al erigirse como una garantía de amplitud tal que obliga no solo al legislador sino que a todas las autoridades e instituciones y a los propios padres, interesa de sobre manera el aporte que tiene en el ámbito de la interpretación, al constituir una norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna.<sup>42</sup>”*

En este sentido, la jurisprudencia tradicionalmente ha buscado dar supremacía a este principio, tal y como se deduce a partir del siguiente considerando: *“Que sobre la base de tales presupuestos los jueces del fondo resolvieron rechazar la acción intentada, considerando para estos efectos que si bien el cuidado de los hijos corresponde a sus padres la ley autoriza, si existe inhabilidad de éstos o porque el del interés superior del niño así lo reclame, entregarlo a un tercero, debiendo en este caso, preferirse a los consanguíneos más próximos y sobre todo a los ascendientes. En este sentido, consideran que aun cuando los progenitores no se encuentran afectados por inhabilidad legal, el **bienestar de la menor aconseja** mantenerla, por ahora, bajo el cuidado personal de su abuela paterna, en aras de su desarrollo social, afectivo y*

---

<sup>41</sup> Lepin Molina, Cristián. *“Reformas a las Relaciones Paterno-Filiales”*. Revista de Derecho. Análisis de la Ley N° 20.680. Escuela de Postgrado N° 3, julio 2013. Página 297.

<sup>42</sup> Excelentísima Corte Suprema. 9 de abril de 2012. Causa N° 8377-2011 Cuarta Sala (Mixta).

*psíquico. Tienen presente que la adolescente, ha vivido prácticamente siempre en el hogar de su abuela paterna, el que constituye su entorno familiar, donde comparte con su padre, tía paterna y dos primas, con amigos del barrio; que estudia en un establecimiento al que se encuentra integrada, que presenta problemas de lenguaje y cuenta con asistencia psicopedagógica, por lo que no resulta prudente cambiarla de hogar y grupo familiar, por cuanto dichos cambios pueden resultar perjudiciales para su adecuado desarrollo emocional y social. (...) Que, en efecto, si bien los sentenciadores han concluido que ni la madre ni el padre presentan inhabilidad para detentar el cuidado personal de su hija, se configura en la especie el presupuesto legal que permite alterar la regla general en esta materia, **constituido por el interés superior de la niña o adolescente**, que hace aconsejable que el cuidado continúe siendo ejercido por su abuela paterna, con quien ha permanecido mayoritariamente en el tiempo, a fin de no afectar su estabilidad y garantizar su adecuado desarrollo psicológico y emocional, aspectos que podrían verse dañados de alterarse la situación, cambiándola del hogar al que ha pertenecido y al cual se siente integrada.*<sup>43</sup>

Es menester señalar que el Código Civil no nos entrega una definición de inhabilidad física o moral, así, para la cabal comprensión de esta regulación se debe recurrir al artículo 42<sup>44</sup> de la Ley sobre protección de Menores<sup>45</sup>.

Así las cosas, el citado artículo 42 de la ley N° 16.618 queda directamente relacionado con el artículo 226 del Código Civil. En ese sentido, la jurisprudencia nos

---

<sup>43</sup> Excelentísima Corte Suprema. 29 de agosto de 2011. Causa N° 3000-2011. Cuarta Sala (Mixta).

<sup>44</sup> "Artículo 42° Para el sólo efecto 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 su moralidad;

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

<sup>45</sup> Ley N° 16.618.

ha señalado que *“La decisión judicial, de acuerdo a lo previsto en los artículos 225, incisos tercero, 226 y 228 del Código, tiene lugar en las siguientes situaciones: a) cuando el padre o la madre en quien se ha radicado el cuidado personal de los hijos, los maltraten; b) cuando el padre o la madre en su caso, descuide a los hijos; c) cuando respecto de cualquiera de ellos concorra “otra causa calificada”; d) cuando el padre o la madre hubiere abandonado al hijo; e) cuando a cualquiera de ellos afecta una inhabilitada física o moral. Estas reglas **deben relacionarse con el artículo 42 de la ley NDEG 16.618**. Si bien el legislador señaló causales específicas en virtud de las cuales es dable modificar la norma legal, también consultó como situación genérica “otra causa calificada”, es decir, cuando se determina que es conveniente para el niño privar a la madre de su cuidado para entregarlo al otro progenitor o a un tercero.”*<sup>46</sup> Y en el mismo sentido se ha fallado afirmando que *“El legislador señaló causales específicas en virtud de las cuales es dable modificar la norma legal, contenida en el mencionado artículo 225, pero también consagró una causal genérica, la de “otra causa calificada”, es decir, dejó entregado al juez del fondo, en cada caso concreto, determinar si es conveniente para el niño privar a los padres de su cuidado para entregarlo a un tercero.”*<sup>47</sup>

### I. C. Cuidado personal de los hijos en el Derecho comparado.

Respecto a la regulación del Cuidado Personal de los hijos en el derecho comparado podemos observar en líneas generales que las normas se encaminan a dar primacía al acuerdo entre los padres y se entrega al juez la facultad de otorgar el Cuidado Personal al padre o madre que resulte más idóneo. Los sistemas de asignación de facultades y derechos de filiación, provenientes del Derecho comparado, aplican el interés superior conjuntamente con el principio de la igualdad o no discriminación de los padres. Ello ha llevado a que en muchos ordenamientos jurídicos se hayan abandonado los sistemas que asignan facultades y derechos que tienen relación con el cuidado personal de forma exclusiva a uno de los padres. Estos últimos

---

<sup>46</sup> Excelentísima Corte Suprema. 9 de abril de 2012. Causa Nº 8377-2011. Cuarta Sala (Mixta).

<sup>47</sup> Excelentísima Corte Suprema. 18 de junio de 2013. Causa Nº 9536-2012. Primera Sala (Civil).

sistemas, a su vez, establecen sea vía legal o jurisprudencial facultades y derechos de control y apoyo respecto del padre no custodio al custodio<sup>48</sup>.

Para el estudio de este apartado, tomaremos como referencia los casos de España, Francia e Italia.

### **I. C. 1. España**

El Código Civil Español, hasta el año 1990 establecía una *“atribución preferente del cuidado de los hijos menores de 7 años a la madre”*, el artículo 159 de dicho cuerpo legal se refería a la facultad del juez para determinar el cuidado de los hijos menores de siete años a la madre, salvo que el juez por motivos especiales proveyese de otro modo. Posteriormente, esta situación fue modificada mediante la Ley N°11/1990 del 15 de octubre *“sobre reforma del Código Civil en aplicación de principio de no discriminación por razón de sexo”* que eliminó dicha atribución preferente a la madre<sup>49</sup>.

El Cuidado Personal de los hijos se regula en la Patria Potestad lo cual contempla aspectos relativos a la persona y bienes del hijo, específicamente en el Capítulo I *“Relaciones Paterno Filiales”* del Título VII del Libro I.

El artículo 90<sup>50</sup> del Código Civil Español exige un *“Convenio Regulador”* entre los cónyuges, en caso de estar frente a una nulidad, separación o divorcio, acuerdo en el cual se debe regular el *“Cuidado Personal”*. El artículo 92-5<sup>51</sup> del mismo código

---

<sup>48</sup> Barcia Lehmann, Rodrigo. *“Hacia un sistema de filiación que consagre facultades y derechos específicos para el padre no custodio”*. Revista de Derecho, vol. XXVI - N° 2. Diciembre 2013. Pág. 13

<sup>49</sup> Lathrop Gómez, Fabiola. *“Ante la Ilustrísima Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe Pericial Caso N° 12.502 Karen Atala Riffo y otras Vs. Chile”*. Página 181.

<sup>50</sup> Código Civil Español. Artículo 90. *“El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, a los siguientes extremos (...) Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración de la juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio (...)”*

<sup>51</sup> Código Civil Español. Artículo 92-5. *“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 (...)”*

establece que los padres podrán ejercer la guarda y custodia compartida siempre y cuando estén de acuerdo, de modo tal que el cuidado personal compartido asoma como una regla de carácter excepcional. Este sistema no determina de antemano cuál de los padres tendrá el cuidado de los hijos, otorgándole al juez la facultad de decidirlo en cada caso.

El artículo 156<sup>52</sup> establece una norma supletoria de Patria Potestad frente a la separación de hecho, ya que la Patria Potestad se ejercerá por aquél padre con quien el hijo conviva. Sin embargo, a solicitud de parte y en interés del niño o niña, el juez puede atribuir al otro progenitor la Patria Potestad para que se ejerza de manera conjunta, o la distribución entre los padres de funciones inherentes al ejercicio del cuidado personal.

Finalmente, el Artículo 159<sup>53</sup> del Código Civil Español establece que la guarda y custodia de los menores frente a la separación de sus padres, al no existir un acuerdo entre los progenitores, le corresponde al juez decidir, siempre a beneficio de los hijos, quién de ellos ejercerá el Cuidado Personal de los hijos menores de edad, tras oír a los mismo, cuando ellos tengan suficiente juicio y sean mayores de doce años. Así, no existe norma que decida cuál de los padres es más apropiado para ser titular del cuidado personal, sino que es una decisión que tomará el juez considerando las circunstancias del caso a caso.

## I. C. 2. Francia

---

<sup>52</sup> Código Civil Español. Artículo 156. *“La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro (...). En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio (...). Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”*

<sup>53</sup> Código Civil Español. Artículo 159. *“Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”.*

El Código Civil francés permite el cuidado compartido de los menores. Conforme al artículo 371-1<sup>54</sup> del Código Civil francés, la autoridad parental es un conjunto de derechos y de obligaciones que tienen como fin el interés del hijo o hija. Esta institución reúne las cuestiones de carácter personal y patrimonial relativas al hijo o hija. El párrafo primero de esta norma fija el contenido de la autoridad parental señalando que ella pertenece al padre y a la madre hasta la mayoría de edad o emancipación de los hijos, para velar por su seguridad, su salud y su moralidad, para asegurar su educación y permitir su desarrollo con el respeto debido a su persona<sup>55</sup>.

El artículo 371-2 del Código Civil Francés establece que ambos padres contribuyen a la manutención y educación de los hijos en forma proporcional a sus recursos, a los del otro progenitor y a las necesidades del niño, de modo tal que la Patria Potestad se ejerce de forma compartida entre ambos padres, regla que no se ve alterada en caso de separación de los progenitores. En consecuencia, el Cuidado Personal Compartido es la regla general, no exigiendo un pacto expreso ni resolución judicial. Excepcionalmente, para el caso en que el interés superior del hijo así lo exija, el juez podrá confiar el ejercicio de la Patria Potestad a uno de los padres, conservando el otro progenitor el derecho a visita y poder alojar con su hijo o hija, ser informado de las decisiones importantes en su vida, al igual que el deber de velar por su manutención y educación, conforme a lo que dispone el artículo 373-2-1<sup>56</sup>.

El Código Civil Francés establece que los padres, de mutuo acuerdo, o bien, uno de ellos, podrán acudir al juez de familia para que se determine la forma en que ejercerá la autoridad parental y la contribución al sustento y educación del hijo. No

---

<sup>54</sup> Código Civil Francés. Artículo 371-1 *“La patria potestad es un conjunto de derechos y deberes cuya finalidad es preservar el interés del niño. Será ejercida por los padres hasta que el hijo alcance la mayoría de edad o su emancipación, con el objeto de velar por su seguridad, su salud y su moralidad, asegurar su educación y permitir su desarrollo, con el respeto debido a su persona. Los padres permitirán a los hijos participar en las decisiones que les afecten, según su edad y grado de madurez.”*

<sup>55</sup> Lathrop Gómez, Fabiola. Ante la Ilustrísima Corte Interamericana de Derechos Humanos. Óp. Cit. Página 179.

<sup>56</sup> Código Civil Francés. Artículo 373-2-1 *“Si el interés del niño lo exigiera, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad a uno de los padres. El ejercicio del derecho de visita y de alojamiento no podrá denegarse al otro progenitor, salvo por motivos graves. Este progenitor conservará el derecho y el deber de velar por el mantenimiento y la educación del niño. Deberá ser informado de las decisiones importantes relativas a la vida del menor. Deberá cumplir la obligación que le impone el artículo 371-2”.*

establece regla supletoria ni atribución preferente si no hay acuerdo. En este último caso, sólo se prevé que el juez trate de conciliar a las partes<sup>57</sup>.

### **I. C. 3. Argentina**

Anteriormente a la reforma realizada al Código Civil y Comercial Argentino el año 2014 mediante la Ley n° 26.994, la legislación argentina establecía que la tenencia o guarda correspondía por regla general a los dos padres en su conjunto, cuando estos vivían juntos, mientras que, si los padres se encontraban separados o divorciados, la regla contemplada en el antiguo artículo 206 Código Civil establecía que la custodia de los hijos le correspondía a la madre hasta que el hijo o hija cumpliera cinco años, salvo causas graves que afectaren el interés del menor, y luego de cumplida esa edad, a falta de acuerdo entre los padres, sería el juez quien decida. Esto, por cuando se consideraba que en los primeros años de vida de los niños y niñas existía una mayor necesidad y dependencia respecto de la madre, dado su alto grado de vulnerabilidad primaria y biológica y que por ello serían fundamentales los cuidados de la figura materna.

Actualmente el Artículo 649<sup>58</sup> del Código Civil y Comercial Argentino nos señala que en el caso en que los padres vivan separados, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos y en el caso en que el cuidado personal sea compartido, éste podrá ser alternado o indistinto, conforme al artículo 650<sup>59</sup> de mismo cuerpo legal. Para la determinación del cuidado personal *“a pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o*

---

<sup>57</sup> Lathrop Gómez, Fabiola. Ante la Ilustrísima Corte Interamericana de Derechos Humanos. Óp. Cit. Página 180.

<sup>58</sup> Código Civil y Comercial Argentino. Artículo 649. *“Clases. Cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos.”*

<sup>59</sup> Código Civil y Comercial Argentino. Artículo 650. *“Modalidades del cuidado personal compartido. El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado”.*

*resulte perjudicial para el hijo*", según dispone el artículo 651<sup>60</sup> del mencionado código. De esta forma, ante la separación de los padres, los hijos pueden permanecer cohabitando con uno solo de los padres, lo que corresponderá al cuidado personal indistinto, o bien, pasar períodos de tiempo en cada casa, con la denominación de cuidado personal alternado, siempre con la activa participación de ambos progenitores en la vida de los hijos, respecto al cuidado de ellos y a la toma de decisiones. El Código argentino, además contempla explícitamente que en caso de que se otorgue el cuidado personal de los hijos a uno de los progenitores el otro tiene el derecho y el deber de mantener una fluida comunicación con el niño, y la regla es que debe elegirse al progenitor que facilite el derecho a mantener un trato regular con el otro.

Destaca también el paso del concepto de *patria potestad* al concepto de *responsabilidad parental*. "*La patria potestad concibe una relación familiar de tipo verticalista, en la cual los padres tienen poder sobre los hijos, deciden sobre ellos; la responsabilidad parental pone el énfasis en la función de cuidado, atención y protección de los hijos*", según palabras de la académica argentina María Victoria Pellegrini.<sup>61</sup>

## **CAPÍTULO II: Principio de Corresponsabilidad Parental en el Derecho de Familia chileno**

Tradicionalmente y principalmente por razones de carácter históricas las nociones de paternidad y maternidad habían estado separadas siendo en consecuencia dos conceptos distintos. Sin embargo, durante el siglo XX, ambos conceptos comenzaron a mezclarse para finalizar siendo superados por una nueva noción de parentalidad referida principalmente a las labores de crianza de los hijos respecto de ambos padres, indistintamente. Finalmente, hoy ya no sólo se habla de

---

<sup>60</sup> Código Civil y Comercial Argentino. Artículo 651.- "*Reglas generales. A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo.*"

<sup>61</sup> <http://www.telam.com.ar/notas/201508/115036-patria-potestad-fin-codigo-civil-y-comercial-cambios-justicia.html>. Consultado 03 de agosto de 2016.



parentalidad, sino que tuvo lugar el surgimiento del concepto de coparentalidad y a partir de éste, el concepto de Corresponsabilidad Parental<sup>62</sup>.

De este modo la Corresponsabilidad Parental, se incorporó en nuestro ordenamiento jurídico inicialmente a través de la ratificación por parte de Chile en 1990 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño<sup>63</sup>, pero su consagración tuvo lugar a raíz de la publicación y promulgación de la Ley N° 20.680 del año 2013 a través de la modificación del artículo 224 del Código Civil.

## II. A. Principio de Corresponsabilidad Parental.

Uno de los principales objetivos de la ley N° 20.680 y de las reformas introducidas por ésta a nuestra legislación, es incentivar la corresponsabilidad de los padres y madres en el cuidado de los hijos e hijas, favoreciendo una participación activa de su parte, a pesar de la existencia de una separación o divorcio. En primer término, se debe aclarar que el principio de corresponsabilidad parental ha sido definido como “*el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos*”<sup>64</sup>. Sin embargo, el sustento de la corresponsabilidad, más allá de buscar la equidad entre los padres, está en el principio del interés superior del niño, niña y adolescente.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> En un sentido amplio, cabe hablar de corresponsabilidad familiar. Este término ha tenido distintas concepciones que no han sido consensuadas en una definición única. Usualmente, se lo considera como un trabajo no remunerado, entendido como la energía, tiempo y desarrollo de habilidades que resultan determinantes en una familia para llevar a cabo las tareas del hogar y el cuidado de los hijos. El término se ha derivado desde una conceptualización de roles y tareas enmarcado dentro de la sensibilización social que tiene como principal objetivo el lograr la igualdad entre géneros, fomentando de esta forma la conciliación de la vida laboral y familiar.

Gómez Urrutia, Verónica y Jiménez Figueroa, Andrés. “Corresponsabilidad familiar y el equilibrio trabajo-familia: medios para mejorar la equidad de género”. Revista Latinoamericana, Volumen 14, N° 40, 2015. Pág. 379.

<sup>63</sup> Con fecha 26 de enero de 1990 el Gobierno de Chile suscribió la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Posteriormente fue promulgada y publicada el 14 de agosto y 27 de septiembre de 1990 respectivamente.

<sup>64</sup> Lathrop, Fabiola. “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”. Op Cit. Pág 22.

<sup>65</sup> Barcia Lehmann, Rodrigo. “Custodia Compartida De Los Hijos. Lathrop Gómez, Fabiola”. La Ley, Madrid, 2008. Página 463.

La corresponsabilidad trae consigo diversos beneficios, especialmente en relación al interés superior de los hijos, por cuanto promueve un sistema de parentalidad en que ambos padres concurren en igualdad de condiciones a la toma de decisiones referidas al bienestar, educación y crianza de los hijos; permite estar en concordancia y armonía con las normas internacionales ya comentadas y con nuestra propia Constitución Política; contribuye a que los padres tengan una mejor disposición a coordinarse y entablar un diálogo permanente que entregue contenido y luego colabore en la implementación de un régimen de cuidado personal que sea funcional a este principio general; otorga condiciones para un mejor desarrollo de los niños, ya que cuentan con afectos y roles parentales más presentes una vez que uno de los padres se ha retirado del hogar; otorga mejores condiciones para los hijos, en el contexto de la separación de los padres, evento de por sí complejo y de efectos normalmente negativos para su desarrollo; entre otros. En definitiva, la determinación del régimen de cuidado personal, sea éste unilateral o compartido, no obsta a que, en base al principio de corresponsabilidad, igualmente ambos padres sigan involucrados en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes relativos a la parentalidad que les reconoce la ley.<sup>66</sup>

La corresponsabilidad parental es en lo terminológico un concepto nuevo en nuestro ordenamiento jurídico. La doctrina, sin embargo, lleva algún tiempo mostrando interés en ella principalmente como parte de los argumentos para que fuera modificado el artículo 225 del Código Civil en cuanto establecía una regla legal de atribución materna preferente del cuidado personal de los hijos basada en estereotipos. Se señala que el principio de la corresponsabilidad parental cobra relevancia, entre otras razones, porque padre y madre, hombre y mujer, están compartiendo progresivamente ámbitos que históricamente habían sido espacios exclusivos de uno u otro<sup>67</sup>.

Nuestra legislación, en el inciso primero del artículo 224 del código, declara que el cuidado personal se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y

---

<sup>66</sup> Informe Ley de Corresponsabilidad. Óp. cit. Página 5.

<sup>67</sup> Acuña San Martín, Marcela. Óp. Cit. pp. 29.

permanente en la crianza y educación de sus hijos. Por otro lado, el artículo 225 del Código Civil, en su inciso segundo, define el cuidado personal compartido como 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. De esta manera, la ley intenta evitar que uno de los progenitores, normalmente el padre, se margine o sea marginado de su rol en el cuidado de los hijos, lo que se consagra específicamente al afirmar que el cuidado personal *“se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”*<sup>68</sup>.

Hoy en día, no se discute que los padres desempeñen ciertas funciones básicas respecto de sus hijos y que ambos comparten responsabilidades en su crianza, desarrollo y educación. El principio de corresponsabilidad parental solo adelanta el modo a través del cual se ejerce dicha responsabilidad. Así, se ha entendido que la corresponsabilidad parental implica, en términos simples, el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres, respecto de sus hijos, tanto en el plano personal como en el patrimonial. Cuando los padres viven juntos esa responsabilidad se da en el ámbito de sus acuerdos implícitos; cuando se separan puede modificarse la forma de ejercer ciertos derechos, deberes o facultades, pero siguen siendo igual y conjuntamente responsables. Por ello, el principio de corresponsabilidad ha sido entendido como un criterio que útil para modelar las conductas de los padres y su ejercicio del cuidado personal, especialmente en el caso de los padres que se encuentran separados<sup>69</sup>. Nuestra jurisprudencia ha señalado que *“La ‘corresponsabilidad’ a que alude el artículo 229 del Código Civil no es que importe – como se pretende- el establecimiento de un determinado ‘régimen’ de parte del juez familia, ya que, en realidad, constituye un principio jurídico que propende a la participación de ambos padres en el ejercicio de los derechos y deberes que comprende la autoridad parental, esto es, que ambos padres asuman en común ciertas*

---

<sup>68</sup> Artículo 224. Inciso primero. Código Civil.

<sup>69</sup> Acuña San Martín, Marcela. Óp. Cit. pp. 28.

*funciones en relación con los hijos, como las de mayor impacto en su formación integral: su crianza y educación. En este contexto, el sólo hecho de haberse dispuesto un régimen amplio de relación directa y regular entre el padre y la hija –como ocurrió en este caso- salvaguarda el principio que se cree vulnerado, no advirtiéndose, por tanto, contravención alguna al artículo 229 del Código Civil. A mayor abundamiento, la infracción que se denuncia tampoco altera lo resuelto en la sentencia impugnada, ya que lo que la recurrente denomina un “régimen de corresponsabilidad” no fue pedido explícitamente en su demanda reconvenzional y, por lo mismo, tampoco fue objeto de la controversia, apareciendo recién, en el escrito de apelación de la sentencia de primer grado de fojas 14.”<sup>70</sup>*

El principio de corresponsabilidad parental opera como criterio rector de la actuación de los padres y éste viene a justificar la existencia de la custodia compartida como un régimen de cuidado que busca propiciar dicha corresponsabilidad, pues se entiende que el sistema de cuidado personal compartido sería el único que cumple, al mismo tiempo, con los principios de corresponsabilidad parental, igualdad parental y derecho a la coparentalidad. De esta manera en la historia de la ley N° 20.680, introductora de este principio, se habla de cuáles son las ventajas que representa el principio en estudio para efectos del bienestar de los menores, mencionando, por ejemplo, que *“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 hijos.*

*-La intervención judicial en el supuesto anterior, debe relegarse a un segundo plano y funcionar como mecanismo de control, haciendo concreta la máxima que establece que los tribunales somos la última ratio, y que el rol a desempeñar es subsidiario de la voluntad de las partes y su autonomía, priorizando la solución colaborativa de los conflictos, en que las partes son los protagonistas de su vida, se hacen cargo de ella y comprenden la responsabilidad derivada de las decisiones que adoptan, logrando una solución que les brinda mayor satisfacción, pues quien mejor que ellos para decidir*

---

<sup>70</sup> Excelentísima Corte Suprema. 4 de septiembre de 2014. Causa N° 21334-2014. Cuarta Sala (Mixta).

*sobre sus conflictos, a través de la mediación o la conciliación, todo ello acorde con el principio de colaboración establecido en el artículo 14 de la ley 19.968.*

*-Garantiza la participación activa de ambos padres en la crianza de sus hijos.*

*-Se logra la equiparación de padres en cuanto a la organización de su vida personal y profesional distribuyendo la carga de la crianza.*

*-Reconocimiento de cada progenitor en su rol paterno.*

*-La comunicación permanente entre los progenitores.*

*-La distribución de los gastos de manutención.*

*-Apunta a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de las desaveniencias de sus padres.*

*-La atenuación del sentimiento de pérdida o abandono del niño luego de la separación de los padres.*

*-El reconocimiento del hijo como alguien ajeno al conflicto matrimonial o de pareja.*

*-El niño necesita continuar el contacto que tenía antes de la separación con ambos padres.*

*-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.*

*-Garantiza la permanencia de los cuidados parentales y con ello un mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas.*

*-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.*

*-El interés superior de todo niño en alcanzar un pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, se identifica en un contexto familiar en el que participen activamente ambos progenitores, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión<sup>71</sup>.”*

---

<sup>71</sup> Historia de la Ley Nº 20.680. 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 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Página 46.

En síntesis, existe la corresponsabilidad parental, cuando de común acuerdo se opta por que los hijos vivan con uno de los dos padres, pero ambos son igualmente responsables de la crianza. Para esto, y en términos prácticos, los padres deben ser capaces de llegar a un buen acuerdo en temas relativos a distribución de tiempos y responsabilidades y ambos aspirando al cuidado personal compartido porque es lo mejor para el interés superior del niño, niña y adolescente, según todo lo analizado precedentemente<sup>72</sup>.

## II. B. Fundamentos de la corresponsabilidad parental.

### II. B. 1. Igualdad de género.

El principio de la igualdad de género, según definición de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), *“implica que todos los seres humanos, tanto hombres como mujeres, tienen la libertad para desarrollar sus habilidades personales y para hacer elecciones sin estar limitados por estereotipos, roles de género rígidos, o prejuicios. Comprende la igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades de mujeres y hombres, niñas y niños, para lo cual deben considerarse los intereses, aspiraciones y necesidades específicas de las mujeres y de los hombres, siendo valoradas y favorecidas de la misma manera.”*<sup>73</sup>

Justamente, basándose en la igualdad de género y su protección constitucional en virtud del artículo 19 N°2 <sup>74</sup> fue que la agrupación “Amor de Papá” solicitó al Tribunal

---

<sup>72</sup> La corresponsabilidad aparece como un término amplio, que exige un involucramiento directo y continuo de ambos padres en la crianza del hijo, el cual abarca desde el derecho-deber que tiene cada padre de definir cómo será criado su hijo y qué valores serán transmitidos en un ambiente de cariño y que al mismo tiempo incentive su desarrollo intelectual, hasta la toma de decisiones sobre su enseñanza, comprendiendo tanto aspectos académicos como los sociales, incluyendo el saber compartir, el ser sociable, respetuoso, honesto y tolerante.

Arancibia Obrador, María José y Cornejo Aguilera, Pablo. “El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”. Revista Ius et Praxis, Año 20, N° 1, 2014 Pág.303.

<sup>73</sup> Organización De Naciones Unidas. “Derechos de las Mujeres e Igualdad de Género” 18 de enero de 2012 <http://www.onu.cl/onu/derechos-de-las-mujeres-y-equidad-de-genero> Consultado 10 de agosto de 2016.

<sup>74</sup> Constitución Política de 1980, Artículo 19 “La Constitución asegura a todas las personas:

2º.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.  
Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;”

Constitucional de nuestro país, en el año 2009, la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del antiguo artículo 225 del Código Civil, ya citado anteriormente, respecto de la regla que entregaba a las madres, por defecto, el cuidado personal de los hijos en el caso de separación entre ésta y el padre. Así mismo, la historia de la Ley N° 20.680, señaló entre los fundamentos de su presentación, que el esquema existente en materia civil *“resulta discriminatorio en relación a los padres, atenta contra el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República y no sigue el principio rector en esta materia, que es el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. En la doctrina chilena, hay quienes han avizorado una posible inconstitucionalidad en esta disposición, justamente por vulnerar el principio de igualdad y establecer una discriminación en contra del padre.”*<sup>75</sup>

De este modo, la igualdad de género como fundamento del Principio de Corresponsabilidad Parental, pretende reconocer la existencia de unas mismas aptitudes entre padres y madres, de hombre y mujer, para asumir las tareas de crianza y educación de los hijos y contribuyendo a desterrar la asignación de los roles que tradicionalmente le son asignados a hombres y mujeres, esto es, de provisión y seguridad económica, y el cumplimiento de labores domésticas, respectivamente.<sup>76</sup>

Por último, los padres se encuentran en igualdad de condiciones en materia de efectos de la filiación, con lo que se ajusta nuestro derecho de familia a las normas constitucionales y a los tratados internacionales sobre derechos humanos<sup>77</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, otros sectores han descartado que situaciones como una atribución preferente del cuidado personal en favor de la madre, atenten contra el principio de la igualdad de género. Se ha dicho que, de esta manera se evita que los

---

<sup>75</sup> Historia de la ley 20.680. Op. Cit. Página 32.

<sup>76</sup> Lathrop, Fabiola. 2007 *“Custodia compartida de los hijos e igualdad material entre progenitores”*, en publicación *Igualdad ¿para qué?: a propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* / coord. por Ángela Figueruelo Burrieza, María Luisa Ibáñez Martínez, Rosa María Merino Hernández. Granada, España. Pág.257.

<sup>77</sup> Lepin Molina, Cristián. *“Los nuevos principios del derecho de familia”*. Revista Chilena de Derecho Privado. Diciembre 2014, N° 23. diciembre 2014. Pág. 30.

conflictos entre progenitores deriven necesariamente en juicio, favoreciendo la situación de los niños. *Esta opción no podría considerarse discriminatoria con respecto al padre pues este mantiene su derecho a relacionarse con el niño. La experiencia demuestra que la ley no puede más que atribuir el deber de cuida personalmente a los niños a uno de los padres, padre o madre, y que, en la práctica, incluso de países que se han propuesto eliminar todo vestigio de preferencia materna por motivos ideológicos, los jueces siguen atribuyendo mayoritariamente el cuidado personal de los hijos a la madre, si no hay acuerdo entre los padres. Se agrega además que, la preferencia materna es una regla supletoria de la voluntad de los padres que, como se argumentó antes, favorece acuerdos en vez de entorpecerlos*<sup>78.79</sup>

## **II. B. 2. Principio del interés superior del niño, niña y adolescente.**

En la historia de la Ley N° 20.680 quedó explícitamente establecido que el principio del interés superior del niño sería la guía principal de la reforma, señalando que *“el interés superior del niño debe inspirar nuestra normativa, las decisiones judiciales, el trabajo de los especialistas, el desempeño de los padres en su rol. Los niños no son botines de guerra, son personas respecto de las cuales la sociedad toda tiene una responsabilidad de garantizarles un adecuado desarrollo mental, emocional, afectivo y psíquico.”*

El principio de corresponsabilidad parental es una muy importante herramienta para garantizar la aplicación del principio del interés superior del niño, niña y adolescente, y proteger los intereses de los mismos. Como hemos dicho, a través de él, se busca que los padres participen de las labores de crianza y educación, de

---

<sup>78</sup> Rodríguez Pinto, María Sara. *“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”*, Revista Chilena de Derecho, vol. 36 N° 3, p. 563.

<sup>79</sup> En el mismo sentido Paulina Velozo afirmaba en relación a la antigua normativa legal *“la norma legal no tiene preferencia materna, sino que antes que ésta preferencia se encuentra la voluntad de los padres”*. Veloso Valenzuela, Paulina, *“Algunas reflexiones sobre la titularidad del cuidado personal”*. Revista de Magíster y Doctorado en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, Santiago, 2011, n° 4, p. 113



manera activa y equitativa, rompiendo así con el modelo actual, donde prevalece la existencia de un progenitor principal y uno que se podría denominar “satélite”, situación que se ve sumamente agudizada ante la separación entre ellos, pues en dicho escenario la regla general es que uno de los padres vea limitada su relación presencial con el hijo a dos reuniones cada mes (y a eso se le llama “Relación Directa y Regular”), todo lo anterior sin considerar los altos índices de Síndrome de Alienación Parental presente en estos casos, que vulneran aún más el derecho de todo niño de permanecer junto a sus padres, y ser criado bajo el alero de los dos.

En el marco del derecho internacional, podemos encontrar los mismos lineamientos por ejemplo en Convención Internacional de los Derechos del Niño, que en su artículo 18 número 1 establece que: *"Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño."*<sup>80</sup> Igualmente, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer en su artículo 16, letra d, que dispone: *"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:*  
*d.- Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial"*.<sup>81 82</sup>

---

<sup>80</sup> Convención Sobre Los Derechos Del Niño. Óp. Cit.

<sup>81</sup> Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>. Consultado 10 de agosto de 2016.

<sup>82</sup> Ilustrativa resulta a este respecto lo expuesto por Gonzalo Aguilar quien afirma que: *"Cuando hablamos del interés superior del niño no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que le conviene al niño, de lo que el juez cree que es lo mejor para el niño, sino que cuando hablamos del interés superior, del interés primordial del niño, significa simplemente decidir sobre los derechos humanos de los niños"*.

Aguilar, Gonzalo. *"El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos"*. Estudios Constitucionales, año 6, n<sup>o</sup>1. 2008. pp. 229-230.

## II. C. La corresponsabilidad parental y el cuidado personal compartido.

El cuidado personal compartido puede ser entendido como una forma de vida familiar después de una separación o divorcio de los padres, que permite a ambos padres participar activamente en la vida de sus hijos, compartiendo derechos y deberes, mientras que los hijos pueden contar con un hogar principal, o bien con residencia alternada por periodos sucesivos de tiempo. En este sentido, es un concepto que mantiene una estrecha relación con el concepto o principio de corresponsabilidad, por cuanto, tal como lo describe nuestro Código Civil en su artículo 225, *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 inciso 1° del mencionado artículo 225, establece que los padres que viven separados pueden "*de común acuerdo*" determinar que el cuidado personal de los hijos corresponda a ambos de forma compartida. Y, el inciso 4° de ese mismo artículo, aclara que el juez puede atribuir el cuidado personal a uno de los padres, excluyendo la posibilidad de que otorgue una modalidad de custodia compartida en ausencia de acuerdo entre ellos.

En términos prácticos, el cuidado personal compartido, se traduce en que los hijos e hijas mantendrán un sistema de convivencia alternada entre el padre y madre, de modo tal que se distribuya de la manera más equitativa posible su permanencia física con cada uno de ellos, así como también, la participación del padre o madre con cada hijo o hija en las actividades cotidianas propias de cada niño, niña o adolescente.

Nuestra jurisprudencia, bien ha logrado dar aplicación a este concepto, tal como se puede apreciar en el siguiente considerando:

*"Conviene también referirse a lo que los civilistas han denominado "Custodia compartida de los hijos", refiriéndose al sistema familiar que posteriormente termina*

*en ruptura matrimonial o de pareja, basado en el principio de la co-responsabilidad familiar o la corresponsabilidad parental, que permite a ambos progenitores participar en forma activa y equitativa en el cuidado personal de los hijos, y vivir con ellos de manera alternada a través de lapsos sucesivos, normalmente predeterminados, todo en base a la ruptura del matrimonio o de la pareja. Desde luego, lo anterior viene a significar una alternancia en la residencia con los hijos. Conviene desde ya señalar que el antiguo derecho de visita que consagraba el legislador civil, significaba en el hecho reconocer el derecho de los padres a visitar a sus hijos, bajo un régimen de común acuerdo o determinado por el Tribunal. Tal régimen dio paso al que ahora se conoce como Relación directa y regular, mediante el cual el derecho de los padres se dio y ya no es tal, frente a su obligación de mantener una relación directa y regular, entre padres e hijos, lo que se conoce hoy día como la relación co-parentalidad. Hoy en día mantener relaciones directas y regulares entre padre, madre e hijo, entre el padre o la madre o el hijo, se manifiestan a través de la comunicación, en las visitas, y en las estancias más o menos prologadas, es decir, un régimen de relación directa y regular. Es lo que se llama custodia compartida del "niño maleta", identificando a éste último, en una inestabilidad derivada de la rotación de la convivencia, por cuanto los hijos permanecen alternativamente y por periodos cíclicos con cada uno de los padres, y deben adaptarse a las costumbres, a los valores existenciales, a los modelos de identificación, a las decisiones pedagógicas y a las medidas educativas diversas emanadas de ambos padres y a veces contradictorias, muchas veces sufriendo inestabilidad física, afectiva o emocional, por ser un niño sujeto a custodia compartida, un llamado "niño maleta", todo lo cual vulnera evidentemente su interés superior y provoca falta de unidad y trastorno en su educación. Es lo que precisamente puede desprenderse de lo que expone el Juez de la instancia, cuando señala en la motivación décimo octava que la menor Montserrat se encuentra en un escenario en que afloran los síntomas de una vinculación insegura, comprometiendo gran parte de su desarrollo al entregarle - sus padres - patrones inadecuados de relacionarse con su entorno a través del ejemplo que se*

*les entrega, y también se señala en el fallo que es imperioso que ambos padres compartan estrategias comunes respecto a la educación del hijo y mantengan una relación tranquila y amistosa, indicándose en la parte final de la motivación Décimo Séptima que a la menor Montserrat se le entrega un ambiente de una niña sobre intervenida e inserta en un núcleo familiar cuyos adultos surgen, a lo menos, cuestionados en su labor protectora. En otras palabras, y citando a la profesora Fabiola Lathrop Gómez ("Custodia compartida de los hijos", charla dictada el martes 15 de junio de 2010, Ciclo de Charlas del colegio de Abogados de Chile, en Santiago), "el hijo puede transformarse en un arma arrojadiza de los padres cuando éstos se hallen en situaciones problemáticas, creándose además conflictos de lealtad en el hijo al verse atrapado en las disputas de sus padres). Es lo que precisamente se advierte en el caso de la menor Montserrat y que como muy bien se señala en la sentencia que se revisa, no permiten, los antecedentes de la carpeta investigativa, por ahora, acceder a la demanda de relación directa y regular interpuesta en la causa."<sup>83</sup>*

Especialistas en materia de cuidado personal e igualdad parental, se han reunido en instancias como la Conferencia Internacional sobre la Igualdad Parental (conocida como Declaración de Langedac), celebrada entre el 25 y 31 de julio de 1999, en Langedac (Francia) y han establecido principios básicos relativos al cuidado personal arribando a algunas de las siguientes conclusiones:

- 1. Se recomienda el establecimiento de la custodia compartida, porque representa lo más beneficioso para los niños, los padres y la sociedad en general.*
- 2. Se debe otorgar tanto a los padres como a las madres el mismo status en relación con la crianza de los hijos. Consecuentemente, deben tener igualdad de responsabilidades y derechos.*

---

<sup>83</sup> Corte de Apelaciones de Coyhaique. 14 de abril de 2015. Causa nº 7-2015 (Familia).

3. *El contexto político-legal en el cual se deciden los temas de familia y de género debe ser claro e igualitario para los sexos, sin que los sujetos sufran discriminación positiva o negativa con relación a la pertenencia a un sexo.*

4. *El alejamiento parental daña la relación padre-hijo y lesiona el interés de éste, por lo tanto, debe ser visto como una forma de maltrato infantil.<sup>84</sup>*

La jurisprudencia nacional además ha señalado que, “*En relación a los niños y su interés superior y también a los padres, las ventajas del principio de corresponsabilidad son evidentes ya que:*

*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 hijos.*

*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 19968.*

*c.- Garantiza la participación activa de ambos padres en la crianza de sus hijos*

*d.- Se logra la equiparación de padres en cuanto a la organización de su vida personal y profesional distribuyendo la carga de la crianza. 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.*

---

<sup>84</sup> Gómez De La Torre Vargas, Maricruz. “*El sistema filiativo chileno*”. Editorial Jurídica. 2007. Página 148.

*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 formativas.*

*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.*

*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”.*

Por otro lado, como se mencionó anteriormente, a partir del tenor del artículo 225, específicamente su inciso 4°, se concluye que, en nuestra legislación, el cuidado personal compartido no puede ser impuesto por el juez en contra la voluntad de los padres, en consecuencia, es fundamental para que el sistema resulte, que exista un acuerdo entre los padres respecto de su aplicación. Esta opción legislativa se fundamenta en la opinión de quienes han sostenido que las circunstancias que mejor propician el establecimiento de una custodia compartida son, entre otros, la cooperación y comunicación entre los padres, así como la ausencia de conflicto entre ellos, o, más propiamente, la inexistencia de disparidades insalvables. Así las cosas, el éxito de una demanda en que se solicite unilateralmente el establecimiento de un régimen de cuidado personal compartido queda condicionado a la voluntad de la contraparte, en orden a prestar su consentimiento para su aplicación.

La importancia de la inclusión del cuidado personal compartido en nuestra legislación es notoria, así como también los beneficios y puntos a favor que genera para los menores. Sin embargo, el hecho de que el ejercicio de un régimen de cuidado personal compartido requiera de un acuerdo entre los padres y, por ende, que exista entre ellos una relación, a lo menos, buena, es un elemento que muchas veces es difícil de encontrar en padres separados y divorciados puesto que precisamente las desavenencias en la relación de pareja son las que, la mayoría de las veces, han generado dicha separación. Desde este punto de vista, podría parecer difícil que los padres que no han llegado a un acuerdo sobre el cuidado personal en general, puedan hacerlo respecto de otras cuestiones específicas y típicamente

controvertidas en la crianza de los hijos, por ejemplo, la elección del establecimiento educacional, tornándose, en definitiva, una situación un tanto utópica.

Cabe mencionar que en el derecho comparado existen distintos sistemas en relación al cuidado personal compartido. Así, algunos exigen el acuerdo previo de los padres, tales como el ordenamiento alemán y noruego. Otros países, lo permiten a falta de este acuerdo, siempre y cuando se respete el principio del interés superior del niño, como en Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia. Finalmente, están los sistemas eclécticos, como el español, que por regla general exigen el acuerdo de los progenitores para la determinación de la guarda y custodia compartida, pero que, excepcionalmente, lo permiten en ausencia de tal pacto, en la medida que se proteja adecuadamente el interés superior del menor<sup>85</sup>.

Por otro lado, también es preciso mencionar que el hecho de que los padres compartan el cuidado personal de los hijos requiere una situación económica que permita tener un espacio propio y sus cosas en casas distintas en iguales condiciones o a lo menos idóneas, de tal manera que sienta que ambos hogares son suyos.

Con todo lo anteriormente dicho, la labor de los tribunales de familia juega un rol muy importante en la correcta aplicación de este régimen de cuidado personal y de los principios y fundamentos que lo conforman. Es nuestra jurisprudencia la que debe velar, en los casos que le corresponda, para que se logre plasmar de las maneras más favorables posibles la intención del legislador y por adecuar la aplicación casuística de los conceptos hasta ahora descritos en aras del interés superior del niño, niña y adolescente.

---

<sup>85</sup> Céspedes Muñoz, Carlos. Cuidado personal compartido, en <http://www.ucsc.cl/blogs-academicos/cuidado-personal-compartido/>. Consultado 12 de agosto de 2016.



## II. D. Regulación del régimen de relación directa y regular a la luz de la corresponsabilidad Parental.

Tal como se indicó en el capítulo I del presente trabajo, el concepto de relación directa y regular corresponde a lo que antes se conocía popularmente como “derecho de visitas” y está contenido principalmente en el artículo 229 del Código Civil y en el artículo 48 de la Ley de Menores N°16.618. Esta normativa, se encarga de establecer un concepto y criterios para la determinación del régimen de relaciones y en la cual además se consagra en forma expresa el derecho de relación directa y regular respecto de los abuelos.

Como se ha mencionado anteriormente, detrás de esta normativa se encuentra la necesidad de que, aunque los padres vivan separados, los hijos puedan mantenerse en permanente contacto con aquel de los padres con quien no conviven a diario, para dar estabilidad al vínculo afectivo y emocional entre los progenitores y sus hijos, fortaleciendo un conocimiento personal mutuo. Es por eso, que se denomina “Derecho-Deber” y no solamente derecho. Sin perjuicio de que, de manera muy tradicional se ha afirmado que la ley chilena distingue claramente el cuidado personal del régimen de relación directa y regular, en el sentido de que el primero supone ejercer la crianza y la educación del hijo o hija, mientras que el segundo se entiende como el derecho del hijo o hija a mantener un contacto regular con su padre o madre con el cual no convive, lo cierto es que la tendencia actual y mayoritaria sostiene que el derecho de mantener un régimen comunicacional no sólo implica el asegurar un contacto y comunicación entre alguno de los padres y los hijos sino que el derecho del primero de participar activamente en decisiones relevantes en su vida<sup>86</sup>.

Previamente a la modificación realizada por la ley N° 20.680 al artículo 229 del Código Civil, éste establecía que aquel padre o madre que no fuera titular del Cuidado

---

<sup>86</sup> Lennon González, Viviane I. Domingo A., Lovera Parmo “¿Cuidado personal a partir del régimen de relación directa y regular? La importancia del derecho internacional y comparado”. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 17. diciembre 2011. Pág. 111

Personal no sería privado de mantener una relación directa y regular con sus hijos, cuyo contenido sería el acordado con el otro padre o madre, o bien, el determinado por juez competente, en caso de desacuerdo. De esta manera, se regulaba como una “visita” periódica y se orientaba a partir de la iniciativa del padre o madre para ejercer su derecho.

Esta situación cambió a partir de la reforma dotando al artículo 229 de un contenido que orienta este derecho-deber de relacionarse periódica y sistemáticamente con los hijos desde la perspectiva de la corresponsabilidad, anteponiendo el interés superior del niño, niña y adolescente a los problemas propios de las relaciones. En otras palabras, el énfasis está puesto en la relevancia de mantener un contacto que permita participar activamente de los ámbitos de información y de decisión conjunta, referidos a las necesidades de crianza y educación de los hijos.<sup>87</sup>

Por una parte, nuestra regulación ha establecido a partir del artículo 225-2 letra d del Código Civil, el deber del padre o madre que ejerce el cuidado personal de cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular esa cooperación exige de quien ejerce el cuidado personal ciertas conductas como comunicar al padre no cuidador cualquier situación del hijo que pueda impedir, dificultar o alterar el ejercicio de su derecho de relación directa y regular.

Por otro lado, el artículo 229 del código, partiendo desde la base del principio de corresponsabilidad, logra delimitar el marco en el cual se debe desarrollar un régimen de relación directa y regular para plasmar su constitución como un derecho y un deber que permita mantener una relación periódica y sistemática con los hijos siempre considerando el interés superior del niño, niña y adolescente al momento de determinar las formas de llevar a cabo la relación directa y regular. Se debe fomentar una relación sana y cercana entre el padre que no tiene el cuidado personal y el hijo.

---

<sup>87</sup> Informe Ley de Corresponsabilidad. Óp. Cit. Página 10

Además, el juez debe asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de los padres<sup>88</sup>.

Lo anteriormente dicho, es de vital importancia, puesto que implica que el padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, tal como lo mandata el artículo 229 inciso 5º del código civil, siendo la obstrucción al ejercicio del derecho, una conducta que se configura como una conducta antijurídica. Esto último implica que el progenitor custodio debe abstenerse, tanto de conductas deliberadas que impidan el ejercicio del derecho entre el otro progenitor y el hijo, como también abstenerse de todas aquellas conductas más solapadas que, sin impedir el ejercicio del derecho, van distanciando a padre e hijo. Se trata, en todos los casos, de formas de interferencia que impiden el cumplimiento del régimen de relación o que impiden que este cumpla su finalidad (que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable) resultando dañados no solo los padres, sino principalmente los niños.

Hoy en día se debe tener en cuenta, que en realidad es muy común que aquel de los progenitores que está a cargo del cuidado personal del hijo o hija, genere situaciones que tienden a la obstaculización al ejercicio del régimen de relación directa y regular, lo que implica, en consecuencia, un ejercicio abusivo del cuidado personal que detenta el otro padre o madre.

Otro punto de relevancia, es que, en la práctica, debemos apartarnos de la idea de “visitas programadas” que dependan de la disposición del padre o madre que sí detenta el cuidado personal de los hijos, por el contrario, se busca mantener un contacto que permita la participación activa, estable y conjunta en miras a responder a las necesidades de crianza y educación de los hijos. El contacto debe ser periódico y estable y estableciéndose siempre el régimen caso a caso. Hoy, los jueces tienden a conceder al padre o madre que no tiene el cuidado personal, un régimen de relación

---

<sup>88</sup> Lepin Molina, Cristián. Reformas a las Relaciones Paterno-Filiales. Óp. Cit. Página 298.

directa y regular fin de semana por medio y la mitad de las vacaciones. Lo que se busca es evitar que se siga con dicha práctica y que se regule caso a caso, tomando en cuenta los criterios que establece la ley para asegurar siempre la participación de ambos padres en la vida del hijo y, en definitiva, dar una correcta y plena aplicación al principio de la corresponsabilidad parental.

Nuestra jurisprudencia es conteste al momento de establecer que el interés superior del niño, niña y adolescente es lo primero que debe tenerse en cuenta para efectos de determinación del régimen de relación directa y regular, tal como podemos apreciar en el siguiente razonamiento de la Corte de Apelaciones de Chillán<sup>89</sup> *“Que, para una adecuada resolución de la materia en estudio, se debe recordar que el derecho a mantener una relación directa y regular constituye un derecho, deber que asiste a aquel de los padres que no detenta el cuidado personal del hijo, dentro de los efectos de la filiación. Tal derecho-deber guarda plena armonía con las disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, que tienden a la preservación de la identidad del niño y de sus relaciones de familia, con la finalidad que el menor logre un desarrollo íntegro de su personalidad.*

*En este orden de ideas, al momento de regular un régimen comunicacional, el Juez debe tener siempre en consideración el interés superior del niño, pues este constituye un principio transversal en el derecho de familia, lo que por lo demás se encuentra expresamente reconocido en el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia.*

*Que, no cabe duda, el sentido y alcance de este principio resulta indeterminado, por lo que es función del sentenciador en cada caso, darle aplicación y cabida, mirando siempre el mayor bienestar posible del niño, niña o adolescente involucrado, por sobre los conflictos que los padres puedan mantener en este tipo de casos.”*<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> Es importante indicar que *“La motivación de la sentencia importa explicitar la premisa justificativa utilizada de modo que se evidencie la adjudicación de la decisión al derecho logrando así un control de legalidad distinguiendo la actividad jurisdiccional de un acto políticamente neto”*.

Garrido, Ricardo. *“El Interés Superior del Niño y el Razonamiento Jurídico”*. Anuario de Filosofía y teoría del derecho N° 7. p. 11

<sup>90</sup> Corte de Apelaciones de Chillan. 16 de febrero de 2015. Causa N° 7-2015 (Familia).

Finalmente, se debe hacer hincapié en que para regular la forma, frecuencia y condiciones de ejercicio del régimen de relación directa y regular entre padres e hijos se puede hacer uso de la vía judicial, o también hacer uso de la vía extrajudicial. Nos encontraremos en el primer caso, cuando alguno de los padres interponga la respectiva demanda de relación directa y regular ante el tribunal de familia competente y de esta forma será el juez de familia quien determinará las condiciones en que se materializará el régimen comunicación. Nos encontraremos en el segundo caso, es decir, ante la vía extrajudicial cuando los padres determinen de común acuerdo la forma en que llevarán a cabo el régimen de relación y éstas condiciones sean plasmadas en una transacción que posteriormente será presentada al juzgado de familia competente para que sea aprobado por éste y así adquiere igual fuerza que una sentencia definitiva. También es posible que los padres lleguen a un acuerdo en el proceso de mediación regulado en la ley N° 19.968, instancia que es obligatoria para poder pasar posteriormente a la vía judicial si es que no se logra acuerdo alguno<sup>91</sup>.

## **II. E. El Principio de corresponsabilidad parental en el derecho comparado.**

### **II. E. 1. España**

Actualmente en España, existe un anteproyecto de ley “*sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar en los casos de nulidad, separación o divorcio*” que se relaciona directamente con el ejercicio de una custodia compartida. El anteproyecto comprende la regulación no sólo del ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de ruptura del matrimonio (esto es, su guarda y custodia, que es el punto central de la reforma) sino también de otras cuestiones referidas al derecho matrimonial que poca o nula relación tienen con el ejercicio de tal

---

<sup>91</sup> Cabe mencionar que esta vía alternativa ha sido criticadas por parte de la doctrina, la que, entre otras críticas, indica que no debieran ser aplicadas a materias no disponibles para las partes, que no cuentan con las garantías que tiene un proceso judicial y que podrían significar un obstáculo al ejercicio del derecho a la tutela judicial o derecho a la acción, contemplado en el artículo 19 número 3 inciso primero de la Constitución Política de la República, así como, en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile.

Paredes Ziebalte, Alejandro. “La mediación familiar obligatoria: una crítica a la regulación y funcionamiento en Chile”. Revista chilena de derecho y ciencia política. Vol. 3 N° 2. Agosto – diciembre 2012. Pág. 193.

corresponsabilidad como las referidas a la suspensión de la sociedad de gananciales o a la administración de los bienes gananciales pendiente el proceso matrimonial o el de liquidación de la sociedad de gananciales.

La iniciativa del anteproyecto tiene su origen en la tendencia del derecho moderno, cuyas legislaciones han experimentado una evolución favorable al establecimiento de regímenes de custodia compartida, además de la propia evolución de la jurisprudencia del Tribunal Superior español que paulatinamente ha conferido el carácter de sistema de custodia ordinario o normal al régimen de custodia compartida regulado en el art. 92 CC como excepcional, según se señaló en el primer capítulo del presente trabajo.

En ese sentido se ha llegado a la conclusión de que la custodia compartida es uno de los sistemas más idóneos para lograr el mejor desarrollo personal e integral de los y las menores y, como consecuencia, ha creado en la opinión pública un estado de concienciación y sensibilización hacia el tema que ha generado una gran demanda social de regulación de la custodia compartida. Hasta 2013, las posibilidades de que se otorgue la guarda y custodia compartida eran dos, a saber, en primer lugar la recogida en el artículo 92.5 del Código Civil español para los casos en los que los progenitores así lo propongan en el convenio regulador o lo acuerden durante el procedimiento y, en segundo lugar, la señalada en el artículo 92.8 del mismo cuerpo legal, en el que, con carácter excepcional, permite otorgarla al Juez, a instancia de una de las partes y con el informe favorable del Ministerio Fiscal. Posteriormente, se eliminó la necesidad de dicho informe favorable. Sin duda la protección del interés del menor se convierte en la piedra angular que se ha mantenido con la anterior reforma de 2005, también mencionada en el primer capítulo del presente trabajo<sup>92</sup>.

Por otro lado, en el nuevo régimen de corresponsabilidad parental se supera el concepto de visita, que se sustituye por un contacto cotidiano y frecuente entre los

---

<sup>92</sup> Herrera de Las Heras, Ramón. *“Breve reflexión acerca de la futura ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental”*. Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia. Número 8. diciembre 2014. Página 2.

progenitores y sus hijos; estancia, relación o comunicación con el progenitor no conviviente. Asimismo, se fomenta “*la protección de las relaciones de los menores con el entorno más próximo: abuelos, hermanos u otros parientes y allegados*”, lo que se conoce como “*la familia extensa*”.<sup>93</sup> Con todo, podemos notar que no existe mayor desarrollo de una normativa que tenga como base las características propias de la corresponsabilidad parental, ahondando en ciertos elementos mencionados anteriormente, esenciales de la corresponsabilidad, como por ejemplo la igual participación en la adopción de las decisiones importantes relativas a la vida de los y las menores, la no obstrucción de la comunicación con aquel padre o madre que no detenta el cuidado personal, la posibilidad concreta de que ambos padres sean parte activa en la vida de los hijos, etc. En definitiva, es necesario que la ley vele por la existencia de una verdadera igualdad parental, en todos sus aspectos prácticos y tanto en los casos en que exista una custodia compartida como en aquellos en que ésta no sea posible y se establezca un régimen de cuidado personal individual, de modo tal que la corresponsabilidad parental no se limite al establecimiento de un régimen de cuidado personal compartido. Al respecto, cabe reiterar la distinción entre la corresponsabilidad parental y el cuidado personal compartido, este último, es una figura de organización del cuidado personal, que se basa en el principio en cuestión, mientras que la corresponsabilidad parental sería, junto a otras directrices tales como la coparentalidad y la igualdad entre hombre y mujer, un principio que informa la custodia compartida<sup>94</sup>

## II. E. 2. Francia

En Francia existe un sistema de *résidence alternée* de los hijos cuando sus padres no conviven, como una de las modalidades de ejercicio de la autoridad parental. El concepto de *residence alternée* o residencia alterna de los hijos en el domicilio de cada uno de los progenitores hace referencia a un modelo de custodia

---

<sup>93</sup> [http://politica.elpais.com/politica/2015/01/02/actualidad/1420227046\\_896686.html](http://politica.elpais.com/politica/2015/01/02/actualidad/1420227046_896686.html) Consultado el 19 de Agosto de 2016.

<sup>94</sup> Acuña San Martín, Marcela. Óp. cit., p. 28.

compartida con domicilio alternado de los hijos e hijas en el de cada uno de los progenitores. Adicionalmente se conceden facultades al Tribunal de Familia para establecer, en caso de desacuerdo de los progenitores, si lo considera conveniente para el interés del menor, un sistema de *résidence alternée*, aunque los padres se opongan a tal sistema y también se prevé que el juez pueda disponer, siempre que uno al menos de los progenitores lo solicite, el establecimiento de un sistema de *résidence alternée* con carácter provisional y durante un plazo determinado a modo de ensayo o prueba, con la posibilidad de acordar de forma definitiva, transcurrido el plazo fijado, la residencia alternada de los hijos en el domicilio de cada uno de los progenitores o en el de uno solo de ellos. De este modo, no se establece un sistema determinado de custodia, conjunta o individual, como preferente frente al otro, lo que va en línea con la corresponsabilidad parental.

En el mismo sentido, la legislación en Francia prevé expresamente deberes de información para todo padre que altere su residencia, situación que debe ser dada a conocer con antelación. Esta regulación, que a simple vista pareciera ser un detalle, es de vital importancia para ejemplificar los derechos y deberes que conlleva el principio de la corresponsabilidad parental. En estos casos, se reconoce además el derecho de oposición del otro padre, quien detenta una acción para repartir los gastos de desplazamiento y para equiparar los montos de la contribución del cuidado y educación del menor, todo lo anterior conforme lo dispone el artículo 373-2, inciso 3 del Código Civil Francés<sup>95</sup>.

También cabe destacar la legislación francesa en cuanto que, a diferencia de lo que sucede en España, consagra disposiciones expresas referidas a la protección del

---

<sup>95</sup> Código Civil Francés. Art. 373 – 2 “*La separación de los padres no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la patria potestad. Tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de éste con el otro progenitor. Todo cambio de residencia de uno de los padres, en la medida en que modifique las modalidades de ejercicio de la patria potestad, deberá comunicarse con la debida antelación al otro progenitor. En caso de desacuerdo, el progenitor más diligente podrá solicitar al juge aux affaires familiales que adopte una decisión en función del interés del niño. El juez asignará los gastos de desplazamiento y ajustará en consecuencia el importe de la contribución para la manutención y la educación del niño.*”



parentesco ascendiente y colateral, mencionando expresamente al comportamiento de los padres en el cuidado compartido de los hijos. Éste constituye un criterio de ponderación para determinar el régimen de cuidado aplicable. En concreto, según lo establecido en el artículo 373-2-11 del Código Civil Francés<sup>96</sup>, existen dos criterios relacionados con la protección del vínculo ascendiente, a saber, en primer lugar, aquel que comprende la aptitud de los padres de asumir sus deberes y respetar los derechos del otro y, en segundo lugar, las presiones o violencias de carácter físico o psicológico, ejercidos por uno de los padres sobre la persona del otro. Finalmente, en lo relativo a la protección de los hermanos, el artículo 371-5 del Código Civil Francés<sup>97</sup> establece que no deben separarse, salvo que su interés ordene otra solución. En tal caso, el juez debe establecer las relaciones personales entre ellos.

### II. E. 3. Argentina

Conforme a la reforma al Código Civil y Comercial Argentino, mencionada en el primer capítulo del presente trabajo, se ha sustituido en dicho cuerpo legal la denominación de *patria potestad* por la de *responsabilidad parental*, más acorde con la tendencia del derecho moderno y el derecho comparado, al poner énfasis en la responsabilidad con la que deben ser ejercidos los derechos y deberes que se establecen en protección del hijo. En efecto, el artículo 638 Código Civil y Comercial define: “*La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado*”. El contenido de esos derechos y deberes paternos significa una

---

<sup>96</sup> Código Civil Francés. Art. 373-2- 11 “*Cuando se pronuncie sobre las modalidades del ejercicio de la patria potestad, el juez tendrá especialmente en cuenta:*

*1º La práctica seguida anteriormente por los padres o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad;*

*2º Los sentimientos expresados por el niño en las condiciones previstas en el artículo 388-1;*

*3º La aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro;*

*4º El resultado de los informes periciales que hayan podido efectuarse, teniendo en cuenta particularmente la edad del niño;*

*5º Los datos de las encuestas y contra-encuestas sociales previstas en el artículo 373-12 que hayan podido llevarse a cabo.*

<sup>97</sup> Código Civil Francés. Art. 371-5 “*El hijo no deberá ser separado de sus hermanos y hermanas, salvo si esto no fuera posible o si su interés aconsejara otra solución. Si hubiera lugar, el Juez resolverá sobre las relaciones personales entre hermanos y hermanas.*”

ponderación del legislador acerca de las funciones y roles de los progenitores del siglo XXI, desde la mirada de los derechos humanos. Para el cumplimiento de las funciones, la ley impone a los progenitores deberes, reconociéndoles derechos o facultades correlativas para facilitar y hacer posible la relación plena con el hijo. La finalidad de la responsabilidad parental se expresa cristalínamente en la ley: *la protección, el desarrollo y la formación integral del hijo*. La protección del hijo define las acciones del progenitor destinado al amparo y defensa de quien está a su cuidado. La formación integral implica la tarea específica del quehacer parental que abarca todos los planos de la vida; crianza, adiestramiento, educación para que el hijo vaya adquiriendo autonomía en el ejercicio de sus derechos. En cuanto a su extensión, la responsabilidad parental es ejercida por los padres mientras el hijo sea menor de edad y no se haya emancipado.

El régimen de cuidado personal compartido en su variante alternada o indistinta, según se explicó también en el primer acápite de este trabajo, tiene por objetivo garantizar el derecho que tienen los hijos a ser cuidados y criados por ambos progenitores, independientemente que éstos convivan o no y evitar que un progenitor tenga la "tenencia" y pase a ser el progenitor principal y el otro sólo "visite", como si se tratara de un extraño, buscando desterrar de la práctica cotidiana la figura del "padre" que lleva al niño por momentos, impidiendo compartir de manera fluida e íntima la vida con su hijo. Las normas privilegian el régimen indistinto, reafirmando el principio de coparentalidad como rezan sus fundamentos, y respeta la libertad de los padres a quienes estimula a elaborar un plan de parentalidad para decidir cómo organizar la convivencia con el hijo. Así, el artículo 655 especifica que los progenitores tienen la facultad de presentar un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, que contenga:

- a) lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor;
- b) responsabilidades que cada uno asume;
- c) régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia;
- d) régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste reside con el otro progenitor.

El plan de parentalidad propuesto puede ser modificado por los progenitores en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas. Los progenitores deben procurar la participación del hijo en dicho plan. Asimismo, el art. 656<sup>98</sup> prescribe que, si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos priorizando la modalidad compartida indistinta, salvo que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado. Finalmente, cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición<sup>99</sup>.

### **Capítulo III: Críticas a la regulación actual y aspectos por mejorar en relación al cuidado personal del niño, niña y adolescente y a la consagración de la corresponsabilidad parental**

Las recientes modificaciones introducidas a nuestra legislación, principalmente por la ley N° 20.680 han significado, sin duda alguna, un gran avance en el ámbito del Derecho de Familia. Reconocer que los padres, ambos, se encuentran en condiciones de igualdad al momento de poder optar a ser titulares del cuidado personal de sus hijos, implica dejar de lado la creencia que reinó desde siempre en nuestro código civil, dónde se asignaba a la madre una capacidad superior, natural e innata para cuidar y criar a los hijos, por el sólo hecho de ser mujer.

---

<sup>98</sup> Código Civil y Comercial Argentino. Artículo 656. *“Inexistencia de plan de parentalidad homologado. Si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado. Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición.”*

<sup>99</sup> <http://thomsonreuterslatam.com/2015/09/22/doctrina-del-dia-el-ejercicio-de-la-responsabilidad-parental-y-la-nocion-de-coparentalidad-autor-myriam-m-cataldi/> Consultado: 22 de agosto de 2016.

Hoy, en sintonía con el avance en la igualdad de género y de reconocimiento de otros múltiples derechos, se ha dejado de lado la atribución preferente del cuidado personal de los hijos a la madre. En este mismo sentido, hemos visto avances a través de la consagración del principio de corresponsabilidad parental, cuestión que ya ha sido materia de análisis del presente trabajo. Si bien los avances son significativos, es necesario mencionar también que, en la práctica y en la realidad cotidiana, las premisas que la legislación ha consagrado, muchas veces no se respetan. Por otro lado, aún queda mucho por avanzar en cuanto al desarrollo de las materias que actualmente contempla nuestra legislación. De este modo, podemos apreciar que la situación actual es susceptible de varias críticas en múltiples sentidos, las cuales revisaremos en este capítulo.

### III. A. Críticas al concepto de cuidado personal aplicado de manera restrictiva.

En el primer capítulo de nuestro trabajo, mencionamos que el cuidado personal puede ser definido como aquel “*derecho de los padres a tener a sus hijos en su compañía proporcionándoles residencia, alimento y educación*”. Si analizamos detenidamente este concepto, podemos notar que pone énfasis en la permanencia física ya que nos habla de *tenencia* que los padres ostentan sobre sus hijos y a través de ésta, proporcionan educación, alimento y residencia. En palabras simples, hoy en día quien tiene el cuidado personal de los hijos es aquel que vive con el niño o niña y en los casos en que se habla de cuidado personal compartido, éste implica que los hijos habitan alternadamente con su padre y madre. En este sentido la residencia física viene a definir el concepto de cuidado personal. Consideramos que esta forma de entender la materia es muy limitada.

Tal como hemos visto durante el desarrollo de este trabajo, el cuidado personal, en línea con la corresponsabilidad parental, es un concepto que abarca muchos aspectos de la relación padre/madre e hijo/hija, de modo tal que no es plausible restringirlo a una noción de cohabitación física, sino que más bien corresponde hablar de derechos y deberes que corresponden a ambos progenitores,

por el solo hecho de ser tal. La educación de los hijos, la determinación del colegio donde estudiarán, la adopción de decisiones frente a enfermedades, la elección de la religión, la práctica de algún deporte o actividad extracurricular, etc, son todos aspectos que van envueltos en un concepto amplio de cuidado personal que debe empecerle tanto a quien vive con el hijo o hija como a quien no reside con él.

Así, por ejemplo, podemos observar que en el Derecho Español la regulación del Código Civil permite que, vía jurisprudencial, se establezca una distribución conjunta o indistinta de las facultades y derechos que derivan de la filiación, específicamente con relación al ejercicio de la patria potestad. Es más, la mayoría de la doctrina señala que el ejercicio sigue siendo conjunto a pesar de la separación de los padres. En este sentido, el desarrollo jurisprudencial se ha dado en torno a qué es lo que se entiende por facultades, esto es, deberes indistintos respecto del padre no custodio, tales como, auxilio, cooperación y vigilancia, manteniéndose el ejercicio conjunto en torno a los deberes facultades de velar por los menores, tenerlos en su compañía, educarlos, etc. Por otra parte, el sistema italiano tiene como base fundamental en primer lugar; velar por la mantención del vínculo de filiación y por el ejercicio por parte de ambos padres de las facultades y derechos de filiación, incluso en el caso de separación de los padres (*artículo 155.1° del Codice Civile*). Los hijos tienen derecho a mantener una equilibrada y continua relación con cada uno de los padres para recibir la atención médica, la educación y la instrucción de ambos y mantener relaciones significativas con ancestros y familiares de cada rama de la familia de sus padres. Es más, de acuerdo a la norma precedente, para alcanzar dichos fines, el juez que dé lugar a la separación de los cónyuges, adoptará las medidas relativas a la descendencia, guiado exclusivamente por los intereses morales y materiales de la descendencia. La jurisprudencia italiana, determinando el alcance del artículo 155.2° del *Codice Civile*, ha resuelto que la custodia compartida no tiene que ver necesariamente con la residencia, sino con que las facultades y derechos de la filiación sean conjuntos como la educación o el esparcimiento. *“En este sentido, la expresión custodia compartida empleada por el legislador, evoca una idea de coparticipación de los progenitores en las funciones de cuidado y crecimiento del hijo.*

*Compartir significa literalmente partir con alguien y, en el caso que nos ocupa, cada progenitor parte con el otro el cuidado y funciones educativas de los hijos. En este sentido ha precisado la jurisprudencia que la característica peculiar de esta nueva tipología de custodia reside, no ya en la dualidad de la residencia o en la paridad del tiempo de permanencia del hijo con uno y otro progenitor, sino en la condisión paritaria de su función como padres"* <sup>100</sup>

Resulta muy ilustrativo lo expresado por el profesor Mauricio Tapia, quien, acertadamente, nos señala que *"la regulación de los derechos y deberes personales y patrimoniales entre padres e hijos adolece en el Derecho chileno de una falencia estructural, que lo aleja de todo el Derecho Comparado relevante, al establecer un reconocimiento fragmentado de tales derechos y obligaciones que termina perjudicando a los hijos, tal como lo demuestra la experiencia judicial de las últimas décadas. La regulación nacional -antes y luego de la Reforma- pone acento excesivo en la "residencia" del menor luego de la separación de sus padres. Tal aspecto es sólo uno de los derechos-deberes entre padres e hijos, en el marco de un conjunto de potestades que involucra, entre otros, la crianza, educación y establecimiento, participación en decisiones relevantes de la vida del hijo (elección de colegio, elección y dirección en la religión, etc.), mantención o socorro (alimentos), la autorización de salida del país, representación y administración de sus bienes. El sistema jurídico nacional al centrar las disposiciones en la regulación de la residencia del hijo, menosprecia otros derechos y deberes que son tanto o más importantes, como la participación en las decisiones relevantes de la vida del hijo (por ejemplo, aquéllas relativas a la definición del colegio donde estudiará o si practicará alguna religión, y la forma en que ésta se conducirá)." <sup>101</sup>*

En definitiva, debemos entender que el cuidado personal una institución jurídica distinta a la del lugar de residencia del hijo o hija, ya que los derechos y deberes

---

<sup>100</sup> Barcia Lehmann, Rodrigo. *"Facultades Y Derechos Compartidos Respecto De Los Hijos: Una Mirada Desde El Derecho Comparado. Powers And Joint Custody Respect To Children: A Comparative Law Perspective"*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios Año 20 - Nº 1, 2013 pp. 21-60. Pag. 33

<sup>101</sup> Tapia Rodríguez, Mauricio. *"Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos (ley Nº 20.680)"*. Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 21, pp. 477-491 [diciembre 2013]. Página 478.

aparejados a la labor de criar y educar son, precisamente inalienables al rol de padre o madre, y en consecuencia irrenunciables, de modo tal que no corresponde hablar de una radicación de forma exclusiva en uno de los progenitores, ni tampoco de una parcelación durante los momentos en que un hijo o hija se encuentran bajo el cuidado de uno u otro progenitor.

### **III. B. Problemas con la aplicación práctica de la ley y su efectividad en relación con el principio del interés superior del niño, niña y adolescente.**

Al efecto, es posible citar un caso emblemático que tuvo lugar en la ciudad de Puerto Natales y que involucró a uno de los miembros de la agrupación Amor de Papá, Carlos Quiroga. En este caso, la madre de sus hijos, menores de 5 y 7 años, los llevó arbitrariamente a vivir a Puerto Natales, retirando a los niños del colegio y de su entorno familiar de manera radical, sin mediar un juicio previo para decidir si era o no conveniente el traslado de los niños, en vista del interés superior de los niños. Esto significó un costo millonario para el padre tanto en abogados como en los traslados para poder ver a sus hijos. Finalmente, después de seis meses, el juez Pablo Ramos Abarzúa decretó que los niños siguieran con la madre. En este caso el juez de Puerto Natales, no aplicó la ley, porque la madre impidió el contacto de los hijos con el padre, los sacó del colegio y los llevó a vivir en condiciones deficitarias. Se pasaron a llevar los principios que establece nuestra legislación, en el momento en que el juez decide los niños quedaran bajo el cuidado de la madre, sin detenerse a analizar el interés superior del niño en éste caso concreto <sup>102</sup>.

Es posible observar que los medios utilizados para dar eficacia al cumplimiento de la ley no están cumpliendo su máxima función. Creemos que la ley no sólo debe entregar los criterios que deben regir la decisión de los jueces, sino que también entregarles las herramientas idóneas para poder tomar la decisión que realmente se adecue al interés superior del niño, niña y adolescente. Es muy común

---

<sup>102</sup> Reportaje canal 13. <http://www.amordepapa.org/historia-de-la-ley-amor-de-papa-video-n5-reportaje-t13/>  
Consultado: 10 de julio de 2015.

que, dentro del contexto de las separaciones y divorcios, se genere un ambiente de rivalidad y enfrentamiento entre los padres. Muy pocas veces es posible evitar que este contexto de agresividad no se traspase a los hijos, quienes siempre deben soportar los momentos más difíciles de las desavenencias de los padres. En esta misma línea de ideas, los padres deben ser un sustento emocional y anímico para los hijos, lo cual conlleva estar aptos y sanos psicológicamente para poder continuar con la crianza de los menores. Bien podemos observar, que la ley no otorga ni contempla mecanismos de evaluación o diagnóstico psicológico para aquel de los padres que va a detentar el cuidado personal o para ambos. Muy acertado sería, que la determinación que debe hacer el juez acerca de quien está en mejores condiciones para ejercer el cuidado a los niños, tuviese una base psiquiátrica y de carácter médico, donde especialistas se tomaran el tiempo de mantener distendidas conversaciones con los padres, a fin de examinar su estado emocional y psicológico, detectar posibles trastornos, analizar cuán importante para ellos son sus hijos, por sobre las problemáticas de pareja o individuales que puedan existir. Bien sabemos que las pericias psicológicas son presentadas por las partes, en la medida en que buscan desacreditar a su contraparte en juicio, sin embargo, es necesario que el respaldo psicológico exista siempre, en todos los procedimientos y ojalá sea solicitado de oficio por el tribunal y costado con recursos del estado.

Muchas veces las condiciones económicas que posea uno de los padres como ventaja por sobre el otro o la manifestación de la mera voluntad de querer cuidar a los hijos, no nos indican nada acerca de la verdadera capacidad para criar y enseñar a un niño o niña, capacidad que requiere no solo ganas, sino que también una adecuada condición mental. De esta manera la determinación del cuidado personal, es una decisión que se debe tomar en base a un criterio formado por los elementos que tengan mayor relación con la realidad concreta y específica de cada familia y en ese sentido el análisis detallado del caso a caso se hace fundamental para marcar de manera radical el distanciamiento con la antigua normativa.



### III. C. Escasa protección judicial que la ley pueda otorgar a aquel padre o madre que no tiene el cuidado personal.

En muchas ocasiones, aquel padre o madre que tiene asignado un determinado régimen de relación directa y regular se ve vulnerado en sus derechos, así como también vulnerados los derechos del hijo o hija, con el incumplimiento injustificado del régimen pactado, lo que tiene lugar por ejemplo, cuando quien tiene el cuidado del hijo impide totalmente el ejercicio del derecho, no entregando al hijo al progenitor que no es titular del cuidado personal o también cuando entorpece o retrasa la entrega del niño cambiando los días establecidos o bien en casos en que cuando impide que se cumpla con los fines del régimen, esto es predisponiendo al niño en contra del otro progenitor. Frente a ello, dicho padre o madre, no tiene más opción que, ante incumplimientos reiterados, acudir a los tribunales de justicia a solicitar el cumplimiento del régimen y la recuperación del tiempo perdido.

Para este tipo de casos, debiese existir un mecanismo de apremio efectivo, en el sentido de que el padre o madre afectado pueda ejercer una acción directa, inmediata y eficaz, y en lo posible evitando acudir a tribunales, puesto que ésta es una forma de accionar que la mayoría de las veces implica una inversión de recursos y de tiempo que gran cantidad de padres no poseen, generando en consecuencia, un desincentivo que a la larga implica una sensación de indefensión frente a los incumplimientos de los regímenes de relación directa y regular a los cuales me he referido. El “conformismo” que pueda conllevar esta indefensión, implica no solo una vulneración a los derechos del hijo o hija y del padre o madre, sino que también un incumplimiento del deber de estos últimos. Debemos recordar que la Relación Directa y Regular de los hijos con el padre o madre que no tiene su cuidado personal, es un derecho y deber del niño<sup>103</sup>, establecido principalmente en consideración del Interés Superior de éste, es por ello que es de suma importancia que este derecho sea ejercido como lo acuerden las partes o lo dictamine un juez.

---

<sup>103</sup> Ramoz Pazos, René. *“Derecho de Familia. Tomo I”*. Editorial Jurídica de Chile. 2010. Pág. 17

En este contexto, es menester mencionar que recientemente la Cámara de Diputados ha ingresado un proyecto de Ley Número 10793-18 de fecha 12 de Julio de 2016 que “Modifica el Código Penal con el objeto de tipificar el delito de incumplimiento del régimen de relación directa y regular de los progenitores o de los abuelos con los hijos o nietos, según corresponda”. La situación actual nos indica que, frente a un incumplimiento de relación directa y regular, la sanción es la recuperación del tiempo perdido, lo mismo en caso que exista la obstaculización del régimen. *¿Qué pasa si la obstaculización sigue, es decir no varía, y el progenitor no respeta el régimen, sino que, por el contrario, sigue obstaculizando el cumplimiento de éste? El mencionado proyecto de ley, identifica el problema señalando que “El ejercicio de este derecho es muy manipulado por los progenitores, ya que, en caso de incumplimiento o entorpecimiento, éstos saben perfectamente que sólo llegarán como condena máxima al pago de una multa. (...) En conclusión, el padre, madre o abuelos afectados por este incumplimiento, sólo cuentan con la recuperación del tiempo perdido, no existiendo una sanción concreta que pueda ser aplicada por el juez. No existe una sanción ejemplificadora, para que los padres tomen conciencia, mejoren sus relaciones y asuman el rol de padres como les corresponde, sin obstaculizar o entorpecer el cumplimiento de la relación directa y regular con sus hijos/as<sup>104</sup>.”* Ante esta situación la propuesta legal es sancionar con pena privativa de libertad a los progenitores, ya sea el titular del derecho como el que ejerce el cuidado personal del niño/a, o de un tercero, cuando no cumplan o entorpezcan el régimen de relación directa y regular, ya sea que este se haya alcanzado en mediación familiar, o por resolución judicial <sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Proyecto de Ley Num. 10793-18 de C. Diputados, de 12 de Julio de 2016 (Modifica el Código Penal con el objeto de tipificar el delito de incumplimiento del régimen de relación directa y regular de los progenitores o de los abuelos con los hijos o nietos, según corresponda). Página 4.

<sup>105</sup> Proyecto de Ley. Intercálase en el título VIII, del código penal, a continuación del artículo 403 bis, los siguientes artículos.

Artículo 403. ter: *Del Incumplimiento del Régimen de Relación Directa y Regular. El progenitor que detenta el cuidado personal del niño o niña, y entorpezca el régimen de relación directa y regular, ya sea que éste se encuentre regulado a través de mediación familiar, o se encuentre establecido por medio de una resolución judicial, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo.*

*La misma pena será aplicada para el tercero que entorpezca el régimen regulado a través de mediación familiar, o se encuentre establecido por medio de una resolución judicial.*

*Se entenderá que hay entorpecimiento cuando:*

Cabe mencionar que la regulación actual, específicamente la ley de Menores N° 16.618, contempla en su artículo 66 inciso 3°<sup>106</sup> una remisión al artículo 543 del Código de Procedimiento Civil<sup>107</sup>, que en consecuencia hace aplicables arrestos de hasta por 15 días o multa proporcional en caso de incumplimiento del régimen comunicacional.

En mi opinión, sería ideal la creación de un órgano auxiliar a la administración de la justicia dedicado permanentemente a la vigilancia de este tipo de casos, que cuente con las facultades suficientes para actuar frente a este tipo de situaciones, de modo tal que exista una efectiva protección y que se busque no sólo la recuperación del tiempo perdido ante un incumplimiento de relación directa y regular, sino que también una intervención y supervigilancia permanente para velar que los mismos no se vuelvan a repetir. De este modo, como señalábamos anteriormente, se evitaría el desgaste que la mayoría de las veces implica acudir a los tribunales de justicia, casos en que se debe hacer una inversión de recursos y tiempo, y que, además, aun cuando los procedimientos en esta materia son de ágil tramitación, conllevan una situación en que los progenitores no pueden ver a sus hijos o hijas puesto que la obstaculización del régimen comunicacional se mantiene durante el curso del juicio.

### III. D. Síndrome de alienación parental: ataque contra el principio de corresponsabilidad parental.

---

*El progenitor que es titular del cuidado personal del niño o niña obstaculiza, de manera injustificada, el contacto del niño o niña con el otro progenitor, o con su abuelo o abuela, no entregando al niño o niña en los términos establecidos.*

*El progenitor que es titular del cuidado personal del niño o niña, retrasa o modifica su entrega, cambiando los días establecidos, impidiendo que se cumpla con los fines del régimen, e incluso predisponiendo al niño o niña en contra del otro progenitor, de sus abuelos, o en general, de quien detente el derecho a tener una relación directa y regular con éste.*

*Si el entorpecimiento es reiterado en el tiempo, la sanción se aumentará en un grado.*

Artículo 403. quater: *El progenitor y/o abuelos titulares del derecho de relación directa y regular, que de cualquier forma incumpla dicho régimen, será sancionado con la misma pena del artículo anterior.*

*Se entenderá por incumplimiento para los efectos de este artículo:*

*Cuando el titular del derecho de relación directa y regular no concurra a las visitas establecidas. Si concurriendo, las visitas se hacen en condiciones no idóneas para cuidar del niño o niña. Cuando no se cumplan los tiempos establecidos. Cuando se utilice este derecho, para fines que no son propios del régimen, como por ejemplo la agresión física o psíquica del niño o niña; obligarlo a trabajar; entre otras.*

<sup>106</sup> Ley N° 16.618. Artículo 66° Óp cit.

<sup>107</sup> Código de Procedimiento Civil. Art. 543. Óp cit.

La alienación parental es un proceso que consiste en programar e influenciar a un hijo para que odie a uno de sus padres sin que tenga justificación, de este modo, se ejerce una manipulación emocional respecto a los niños, buscando enaltecer la figura propia en desmedro de la del otro padre, para crear rencor y enemistad. El término fue usado por primera vez en 1985 por el profesor de Psiquiatría Clínica del Departamento de Psiquiatría infantil de la Universidad de Columbia, Richard Gardner, para describir un desorden psicopatológico en el cual un menor denigra e insulta sin justificación aparente a uno de los progenitores, sea el padre o la madre. Esta patología, tendría su origen en el marco de los procesos de disputa judicial o extrajudicial que se da entre los padres por ser titular del cuidado personal de los hijos. Es en este contexto, cuando los padres comienzan a influenciar a sus hijos para crear una imagen negativa del otro progenitor, de tal manera de enaltecer la imagen propia y perjudicar la imagen paterna-materna del otro con el objetivo de generar rechazo y alejamiento, lo que a largo plazo genera un debilitamiento de la relación y un quebrantamiento de los lazos. De esta manera, los padres manipulan y abusan emocionalmente de los hijos, realizando un verdadero “lavado de cerebro” en sus hijos, con intención de favorecer el vínculo propio con el menor.

Se ha definido al Síndrome de Alienación Parental, *“siguiendo a AGUILAR CUENCA y SÁNCHEZ IGLESIAS, como un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor (alienador) transforma la conciencia de sus hijos mediante distintas estrategias, con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro padre o madre, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición”*<sup>108</sup>.

José Manuel Aguilar Cuenca, psicólogo clínico y forense el Síndrome de Alienación Parental, plantea que es un tipo de maltrato infantil caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la

---

<sup>108</sup> Barcia Lehmann, Rodrigo. *“Custodia Compartida De Los Hijos”*. Óp. Cit. Página 464.

conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor<sup>109</sup>.

Los síntomas del síndrome de alienación parental estarían dados por una campaña de denigración por parte del padre custodio, por el cual el hijo estaría obsesionado respecto del padre no custodio; referencia frívola o destemplada respecto del padre no custodio; exageración en los aspectos negativos del padre no custodio; percepción falsa de independencia de juicio por parte del menor y falta de reflexión o condicionalidad extrema en el apoyo al padre custodio<sup>110</sup>.

Para que exista Síndrome de Alienación Parental tienen que concurrir copulativamente tres elementos:

- a. *Campaña de denigración o rechazo o denigración hacia un padre persistente en el tiempo, no se trata de un episodio ocasional;*
- b. *No existe motivo plausible para la promoción de esta campaña de denigración o rechazo. El alejamiento por parte del menor no es una respuesta razonable al comportamiento del padre rechazado. Normalmente, el padre víctima de la alienación es percibido como un padre normal desde un punto de vista basado en la capacidad parental.*

---

<sup>109</sup> El problema surge no por el hecho de que los padres, responsablemente, decidan poner fin a su vida en común, sino cuando se hacen partícipes a sus hijos e hijas de los conflictos que ha generado la separación. Entonces los niños se ven inmersos en los problemas de los adultos, tomando partido en el conflicto, pasando a formar parte de los bloques enfrentados, y reproduciendo las disputas de los mayores. En estos casos, la opinión de los menores estará mediatizada, en mayor o menor grado, por el problema en el que están inmersos y por las presiones que están recibiendo. En determinados casos, es fácil apreciar como el niño adquiere un papel protector del progenitor al que siente como más débil, "el perdedor o el abandonado", ejerciendo una función defensora que no le corresponde. Esta función puede llevarle incluso a rechazar cualquier contacto con el otro progenitor, justificando su postura ante todas las instancias que le pide explicaciones, incluido el Juez. Por otra parte, los menores envueltos en una situación de ruptura familiar conflictiva sufren una aguda sensación de shock, de miedo intenso, teñido todo ello por un sentimiento de profunda confusión, con consecuencias negativas a nivel psicoemocional y conductual. Estos menores presentan, con frecuencia, sentimientos de abandono y culpabilidad, rechazo, impotencia e indefensión, inseguridad, así como estados de ansiedad y depresión y conductas regresivas, disruptivas y problemas escolares.

Gil MJ., Segura C. y Sepúlveda MA. "El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil". Cuaderno de medicina forense 12 No.43-44. Enero - abril 2006. Pág. 118.

<sup>110</sup> Barcia Lehmann, Rodrigo. "Custodia Compartida De Los Hijos". Óp. Cit. Página 464.

- c. El otro progenitor ha ejercido una influencia en el menor gatillando este tipo de reacción.<sup>111</sup>*

A nivel conductual los padres alienadores suelen tener algunos comportamientos sostenidos en el tiempo. Enunciaremos a modo ejemplar algunos de ellos:

- a. Boicot a los horarios de visita al menor;*
- b. Obstaculizar, limitar o interferir arbitrariamente la comunicación efectiva entre el menor y el padre que no vive con él. Por ejemplo, impedir comunicaciones telefónicas, por mail o chat, presionar al menor para que termine la comunicación o invadir la privacidad del menor. - Se observan a menudo los mismos comportamientos en el progenitor alienador, quien sabotea la relación entre los hijos y el otro progenitor;*
- c. Alejar injustificadamente al otro progenitor de las actividades y problemas de los hijos;*
- d. Denostar al otro padre, efectuar comentarios negativos en forma onstante sobre él delante de los niños;*
- e. Programar negativamente al menor respecto de su percepción del otro progenitor como de las expectativas emocionales y afectivas que puede tener respecto de él;*
- f. Incorporar al entorno familiar cercano en esta suerte de programación o "lavado de cerebro";*
- g. Sancionar al menor o hacerle sentir culpable si éste persiste en mantener su relación con el otro padre;*

---

<sup>111</sup> Proyecto de Ley Num. 5917-18 de C. Diputados, de 21 de junio de 2013 (Introduce modificaciones en el Código Civil y en otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados.) VLEX-556813006 <http://vlex.com/vid/introduce-modificaciones-codigo-civil-556813006>

*h. Interposición de denuncias de violencia intrafamiliar falsas en contra del otro progenitor.*<sup>112</sup>

Comúnmente al progenitor que incurre en este tipo de acciones generando las condiciones propias del síndrome, se le denomina “*progenitor alienador*”, quien es frecuentemente una persona sobreprotectora. Puede ser cegado por su rabia o puede animarse por un espíritu de venganza, provocado por celos o ira. Dicho progenitor se ve a sí mismo como víctima, tratado injustamente y cruelmente por el otro progenitor, el “*progenitor alienado*”, del cual se quiere vengar haciéndole creer a los hijos que el otro tiene toda la culpa.

Conforme a información entregada por la fundación “*Amor de Papá*”, organización de orientación y ayuda a padres en situación de conflicto para poder ver y/o compartir con sus hijos, las consecuencias que se generan en los hijos producto de ser víctimas de un síndrome de alienación parental comprenden:

- a. Llevar al hijo a odiar y a rechazar a un padre o madre.
- b. El deterioro del lazo entre el hijo y el progenitor alienado será irremediablemente destruido, puesto que no se puede reconstruir el lazo entre el hijo y el progenitor alienado, si ha habido un vacío de unos años.
- c. Inducir un síndrome de alienación parental a un hijo es una forma de maltrato. Un abuso emocional, con el tiempo tendrá de seguro repercusiones psicológicas y puede engendrar problemas psiquiátricos durante toda la vida.
- d. Generar en los hijos víctimas una depresión crónica, una incapacidad de funcionar en un ambiente psicosocial normal, trastornos de identidad y de imagen, desesperación, un sentimiento incontrolable de culpabilidad, un sentimiento de aislamiento, comportamientos de hostilidad, falta de organización, personalidad esquizofrénica y a veces el suicidio. Estudios han mostrado que, en cuanto sean adultas las víctimas de tal alienación,

---

<sup>112</sup> Íbidem

tienen inclinación al alcohol y a las drogas, y presentan otros síntomas de un profundo malestar.

- e. El sentimiento incontrolable de culpabilidad surge del hecho que el hijo, una vez adulto, siente que ha sido cómplice, a pesar de él, de una gran injusticia infligida al progenitor alienado.<sup>113</sup>

Previamente a la reforma que introdujo la ley N° 20.680 al artículo 225 del Código Civil, nuestra jurisprudencia si bien reconocía la existencia un síndrome o patología de alienación generada por una conducta específica, escasamente lograba darle la calificación de maltrato hacia los menores, con lo que no era suficiente como para alterar la regla general del régimen de cuidado personal que establecía antiguamente nuestra legislación; *“Todo lo anterior es cierto y demuestra claramente una conducta reprochable por parte de la madre demandada pues no hay evidencia seria de las supuestas perversiones o abusos y su renuencia a cumplir con el régimen de relación directa y regular provisorio es indiciaria de una obsesión que, ciertamente, el tribunal no puede tolerar, existiendo los mecanismos procesales para lograr que las resoluciones judiciales se puedan cumplir, los que incluyen el arresto o la imputación penal, en su caso. Sin embargo, tal conducta de la madre, desde luego reprochable, no importa un "maltrato" o un "descuido" u otra causa calificada que, por el interés superior de las menores, haga variar la regla general del inciso primero del artículo 225 del Código Civil. Se ha dicho que la forma de actuar de la madre ha llevado a que las niñas presenten un "síndrome de alienación parental". La palabra "síndrome" significa un conjunto de síntomas característicos de una enfermedad o un conjunto de fenómenos que caracterizan una situación determinada y el llamado síndrome de alienación parental consistiría en un conjunto de síntomas derivadas de la influencia de un padre o madre en su hijo con miras a que este desprece al otro progenitor, impidiendo así el necesario vínculo entre el menor y su padre o madre. Empero, no se tiene conocimiento de la existencia como una enfermedad mental o psicopatología del*

---

<sup>113</sup> <http://www.amordepapa.org/que-es-el-sap/> Consultado 01 de septiembre de 2016.



*referido "síndrome" puesto, que tal como lo reconoce el propio fallo impugnado, no figura en el DSM IV, esto es, en el Manual de Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales y lo que se hace ver como tal no es otra cosa que una conducta ciertamente impropia de la madre pero que no puede entenderse como "maltrato", "descuido" u otra causa calificada semejante que amerite, por el interés superior de las menores de autos, alterar la regla general del inciso primero del artículo 225 del Código Civil."*<sup>114</sup>

Con todo, también es posible encontrar fallos con anterioridad a las modificaciones legales, que reconocen que el síndrome de alienación parental es vulneratorio del principio de interés superior del niño, niña y adolescente: *"Que, además de lo precedentemente señalado, es menester de esta Corte hacerse cargo de los factores protectores del menor de autos, así como de los factores de riesgo que se encuentran informados en la pericia practicada, de modo que si bien la madre se aprecia como una figura significativa para el niño, esto es, de cierto modo, un ejemplo a seguir, se puede leer que el mismo informa como factor de riesgo el maltrato físico del niño, el maltrato que recibe por parte de la hermana de línea materna, menor de edad que cuidaría al niño en ausencia de la madre, la manipulación o alienación parental que ejerce la misma, el chantaje emocional y sobre todo la carencia en sus habilidades parentales. Es decir, la madre ha puesto por sobre el interés superior del niño su interés personal en mantener el cuidado del mismo, más allá de las necesidades que pudiese haber manifestado éste en las respectivas evaluaciones psicosociales, urdiendo mentiras, falseando información y mostrándole al niño este ejemplo como forma de actuar. De modo que si bien, la progenitora puede manifestarse como una figura significativa, no es menos cierto que su rol materno lo ha pospuesto en virtud de la satisfacción de necesidades propias, lo que se ha manifestado desde que dejó bajo el cuidado del padre al niño, pudiendo haber preferido el cuidado personal del mismo por propia mano, más allá de la satisfacción de su necesidad personal de trabajar y proveerse ingresos personales, en*

---

<sup>114</sup> Corte de Apelaciones de Santiago. 25 de septiembre De 2012. Causa Nº 1000-2012 (Familia).

*contraposición a la facultad del padre y solicitud del padre, en el sentido que no trabajara atendida que su capacidad económica le permitía no hacerlo”<sup>115</sup>.*

Actualmente nuestra jurisprudencia ha ido poco a poco reconociendo la importancia del concepto de alienación parental para efectos de alterar el régimen de cuidado personal de acuerdo a la disposición actual de nuestro código civil y en específico del artículo 225, en el contexto de aplicación del principio del interés superior del niño, niña y adolescente. De esta manera se ha fallado conforme al razonamiento de lo perjudicial que puede significar para un menor ser víctima de alienación parental y de la gravedad de las consecuencias que se pueden generar en los hijos: *“Ahora bien, confrontando esos factores o parámetros con la prueba rendida en la causa, tal como discurre la sentenciadora, aplicando la norma del inciso 4° del artículo 225 del citado Código, es plausible alterar el régimen de cuidado personal del menor, cuando así lo aconsejen las circunstancias del caso y el interés superior del niño.*

*Precisamente eso es lo que ha sucedido en la especie, pues la madre del menor -lejos de fomentar un acercamiento con su padre- ha obstaculizado reiteradamente esa relación, llegando incluso al extremo de desacreditar al actor mediante infundadas acusaciones de un presunto abuso sexual, actitud que no solo importa el evidente padecimiento del síndrome de alienación parental, - ratificado por el informe pericial del psicólogo Alexis Vera- sino además una clara demostración de su falta de habilidad para detentar el cuidado personal de su hijo, evidenciando algunos trastornos en su personalidad, lo que ha sido constatado por psicólogos y psiquiatras. En efecto, en primer lugar, esa falencia fue establecida en la conclusión de la médico psiquiatra Maritza Gallardo Salce, quien sugirió, después de entrevistar a la demandada, que fuera evaluada por un médico psiquiatra, porque presentaba un relato contradictorio e inconsistente.*

---

<sup>115</sup> Corte de Apelaciones de Arica. 25 de enero de 2012. Causa N° 150-2011. (Familia)

*A lo anterior, cabe agregar el informe psiquiátrico de la Dra. Edda Dresdner Pesce, quien concluye que la demandada presenta un trastorno de la personalidad histriónico-limítrofe con conductas sicopáticas y sociopáticas, marcadas y abundantes; electroencefalograma compatible con organicidad cerebral; disfuncionalidad ejecutiva, dentro de daños normales, con indicadores psicológicos y emocionales de impulsividad, fallas de la capacidad de planificación asociados a la personalidad; discapacidad empática, como también una severa afectación de su función de insight, lo que la hace ser superficial en la práctica de sus relaciones interpersonales y procesar en forma egocéntrica la realidad; mentira patológica, infantilismo y una marcada impulsividad, todo lo cual indica que las competencias y capacidades de la peritada se encuentran disminuidas.<sup>116</sup>*

Por otro lado, hemos dicho reiteradamente que el vínculo del hijo o hija con aquel padre o madre que no detenta el cuidado personal debe ser sano y cercano, en consecuencia, sin duda obsta a este carácter, los comportamientos de los padres tendientes a descalificar al otro, inocular maliciosamente o alienar al hijo en contra del otro padre por una disputa del cuidado personal o del régimen de visitas. Refuerza esta idea los antecedentes de la historia de la ley<sup>117</sup>, y lo dispuesto en los artículos 225-2 letra d) y 229 inciso 5°, este último señala “*el padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo*”.<sup>118</sup> El inciso 6° del artículo en análisis, hace una referencia implícita al denominado Síndrome de Alineación, Alineamiento o Alienación Parental (SAP)<sup>119</sup>. La norma señala que aquél que ejerza el cuidado personal “*no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca en favor del otro padre (...)*”. Si bien el legislador no explicitó el nombre de esta patología en el texto de la norma, de la revisión de la historia de la ley se desprende que indirectamente se hace referencia a su contenido.<sup>120</sup> Así lo podemos apreciar en el siguiente extracto “*En cuanto a la modificación al artículo 229*

---

<sup>116</sup> Corte de Apelaciones de Santiago. 21 de octubre de 2014. Causa Nº 1516-2014 (Familia).

<sup>117</sup> Historia de la Ley 20.680. Op. Cit. Boletín 5917-18.

<sup>118</sup> Lepin Molina, Cristián. *Reformas a las Relaciones Paterno-Filiales*. Óp. Cit. Página 298.

<sup>119</sup> Ver Capítulo II. B. Conceptos relacionados.

<sup>120</sup> Informe Ley de Corresponsabilidad. Óp. Cit. Página 10.

*del Código Civil en donde se propone reconocer la figura del SAP, señalaron sería preferible describir conductas que puedan ser constitutivas de un deterioro en la imagen o relación con el otro padre o madre sin referencia estricta al SAP.”<sup>121</sup>*

Claramente, hoy en día aquél padre o madre que ejerza este tipo de conducta nociva para con sus hijos, deberá considerarse como una circunstancia que va en una pugna directa contra de la corresponsabilidad parental y en desconocimiento del rol fundamental que juegan ambos padres en la crianza, educación y vida de los hijos. Así, como se ha mencionado anteriormente, la aplicación efectiva del Principio de Corresponsabilidad Parental viene a constituirse como una gran herramienta para garantizar dicho desarrollo y proteger los intereses de los niños, toda vez que pretende que ambos padres participen de esta labor, de manera activa y equitativa, apartándose del modelo tradicional donde prevalece la existencia de un progenitor que juega un rol principal y dominante sobre el otro. Esta situación que se ve por completo contrariada desde el momento en que, ante la separación de los padres, uno de ellos se encarga de poner al hijo o hija en contra del otro, situación que vulnera directamente el derecho de todo niño de permanecer junto a ambos padres, y ser criado bajo el alero de los dos.

Por lo demás, este tipo de conductas atentan también contra el principio del interés superior del niño, niña y adolescente lo que facultará al tribunal competente para alterar o modificar el régimen de cuidado personal existente conforme a lo establecido en el artículo 225 inciso 4°.

Así las cosas, es menester establecer sanciones para los casos en que uno de los padres someta a sus hijos al síndrome de alienación parental. Todo este tipo de conductas constituyen una forma de maltrato psicológico para los menores y es por ello que la evaluación psiquiátrica para quienes están a cargo de los hijos debe ser un mecanismo y una herramienta destinada a que el juez pueda prevenir y evitar este tipo de maltrato. Un padre o madre que ejerce este tipo de maltrato contra el menor,

---

<sup>121</sup> Historia de la Ley 20.680. Óp. Cit. Boletín 5917-18. Página 58.

claramente no está considerando el principio del interés superior del niño, niña y adolescente y atenta contra el Principio de Corresponsabilidad Parental. Por lo mismo, la sanción debe ir encaminada a restringir el contacto con la víctima (su hijo o hija), sanción que debería ser atenuable sólo en la medida en que el padre o madre se someta a tratamiento psicológico, de tal manera que se erradique su conducta.

## CONCLUSIÓN

Los conceptos de cuidado personal y principio de corresponsabilidad parental son fundamentales dentro del Derecho de Familia y hemos logrado demostrar que ambos se encuentran plenamente relacionados, haciéndose esta relación evidente al momento de la separación o distanciamiento entre dos personas que tienen hijos o hijas en común.

Por un parte, hemos visto cómo el concepto de cuidado personal ha tenido grandes avances legislativos recientes, poniéndose en sintonía con el derecho comparado y la legislación internacional. Así, de ser una institución jurídica colindante con la inconstitucionalidad al establecer un derecho preferente en favor de la mujer y en desmedro de los hombres en base a fundamentos culturales tradicionales pero extemporáneos e inciertos, pasó a ser una institución que hoy permite que el cuidado de los hijos frente a un caso de separación de los padres, pueda ser atribuido formalmente a quien ofrezca las mejores condiciones acordes con el principio del interés superior del niño, niña y adolescente, incluyendo además la posibilidad de que ambos padres puedan detentar el cuidado personal de forma compartida. Con todo, hoy a más de tres años desde la implementación de estos significativos cambios legales en materia de cuidado personal, nuestra jurisprudencia muchas veces actúa con reticencia al momento de aplicar la ley actual y se aferra a los pretéritos criterios jurídicos que con tanto ahínco hemos buscado derrotar.

Adicionalmente, es menester poner énfasis en cuanto a que la atribución del cuidado personal a uno u otro progenitor, o a ambos de manera compartida, se realiza en términos formales, puesto que, tal como oportunamente señalé, debemos ser críticos respecto de la asimilación del concepto de cuidado personal al de residencia física a uno u otro progenitor. El cuidado personal debe ser entendido como un conjunto de derechos y deberes que envuelven las labores de crianza y educación en conjunto con múltiples aspectos de la vida cotidiana de los niños y niñas de modo tal que, ni aún mediante una atribución unilateral del cuidado de los hijos a uno de sus

progenitores, el otro padre o madre jamás quedará exento de estas labores, ni puede (ni debe) privar al niño o niña de estos derechos.

Por otro lado, pero muy en línea con lo recientemente señalado, el principio de corresponsabilidad parental se ha consagrado en nuestra normativa civil y con ello se da un gran paso en la reafirmación de la igualdad entre el padre y la madre en lo relativo a los derechos-deberes en su relación con los hijos e hijas y las tareas relacionadas con la crianza y educación de los mismos. Con todo, la regulación no es feliz puesto que también podemos observar que hay falencias en la protección de este principio. En primer lugar, para aquel de los padres que no es titular formal de cuidado personal de su hijo o hija, queda la opción de un régimen de relación directa y regular, que determinará el o los días y horarios en el cual aquel progenitor podrá compartir con su hijo. Como ya hemos mencionado esta situación se aparta de la corresponsabilidad, puesto que en la práctica este régimen comunicacional implica, en el mejor de los casos, que cada fin de semana el niño o niña podrá compartir con su otro progenitor, lo que necesariamente genera una sensación de excepcionalidad en el hijo o hija, es decir, para ellos se tratará básicamente de una “visita” de dos días a la semana. Esto, sumado a las escasas y casi nulas herramientas, tanto judiciales como extrajudiciales, que tienen los padres y madres para hacer cumplir estrictamente el régimen de relación directa y regular, genera que para aquel de los padres que se encuentra en este tipo de situaciones sea muy difícil participar activamente y de manera determinante en la vida cotidiana de sus hijos o hijas, apartándonos por completo de los objetivos de la corresponsabilidad parental. En segundo lugar, tal como vimos, otro aspecto que quita fuerza en la práctica a la correcta aplicación del principio de corresponsabilidad parental es el Síndrome de Alienación Parental que, si bien tiene reconocimiento doctrinario y jurisprudencial, está lejos de ser reconocido de manera explícita en nuestra legislación y hoy no existe un mecanismo certero que permita evitar los casos de alienación, ni mucho menos una forma de establecer una sanción categórica frente a estas situaciones. En este punto también queda una ardua tarea pendiente.

Así las cosas, no queda más que concluir que, tal como hemos podido demostrar a través de estas páginas, nuestra legislación hoy ha dado buenos pasos hacia su actualización y perfeccionamiento en las materias en estudio, pero sin duda quedan vacíos y defectos legales que son imposibles de subsanar sin una adecuada comprensión y estudio de estas materias y en la medida en que esto no sea solucionado, nuestra legislación no solamente se queda atrás en materia de igualdad, en desmedro frente a estándares internacionales, sino que también se aparta de la protección del principio del interés superior del niño, niña y adolescente, un principio de vital importancia y cuya protección ha sido buscada permanentemente por nuestra tradición legislativa sin éxito cabal hasta el día de hoy.



## BIBLIOGRAFÍA

1. Acuña San Martín, Marcela. “El principio de corresponsabilidad parental”. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Sección: Estudios Año 20 - Nº 2, 2013.
2. Aguilar, Gonzalo. “El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Estudios Constitucionales, año 6, nº1. 2008. pp. 229-230.
3. Alarcón Cañuta, Miguel. “Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación”. Ars Boni et Aequi Núm. 11-2. diciembre 2015. pp. 11-47
4. Arancibia Obrador, María José y Cornejo Aguilera, Pablo. “El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”. Revista Ius et Praxis, Año 20, Nº 1. Año 2014. pp. 279 – 318
5. Barcia Lehmann, Rodrigo. “Custodia Compartida De Los Hijos\* Lathrop Gómez, Fabiola”. La Ley, Madrid, 2008. Pp 441-474.
6. Barcia Lehmann, Rodrigo. “Facultades Y Derechos Compartidos Respecto De Los Hijos: Una Mirada Desde El Derecho Comparado. Powers And Joint Custody Respect To Children: A Comparative Law Perspective”. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios Año 20 - Nº 1, 2013. pp. 21-60.
7. Barcia Lehmann, Rodrigo. “Hacia un sistema de filiación que consagre facultades y derechos específicos para el padre no custodio”. Revista de Derecho, vol. XXVI - Nº 2, diciembre 2013. pp. 9-37.

8. Barros Aravena, Fernando. “Del Cuidado Personal, Igualdad entre padres e Interés Superior del Niño”. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho dirigida por la profesora Fabiola Lathrop Gómez. Enero 2013.
9. Cataldi, Myriam M. “La noción de coparentalidad y el derecho de los hijos a vivir en familia” en [<http://www.nuevocodigocivil.com/la-nocion-de-coparentalidad-y-el-derecho-de-los-hijos-a-vivir-en-familia-por-myriam-m-cataldi-2/>]. Consultado 02 de agosto de 2016]
10. Céspedes Muñoz, Carlos. Cuidado personal compartido, en [<http://www.ucsc.cl/blogs-academicos/cuidado-personal-compartido/>]. Consultado 12 de agosto de 2016.]
11. Claro Solar, Luis. “Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado”. De las personas, Tomo Tercero, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
12. Código Civil Español
13. Código Civil Francés.
14. Código Civil y Comercial Argentino.
15. Constitución Política de la República de Chile de 1980
16. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. [<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>]. Consultado 10 de agosto de 2016.]
17. Convención sobre los derechos del niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. [<http://www.unicef.org/argentina/spanish/7.-Convencionsobrelosderechos.pdf>]. Consultado 30 de Julio de 2016]

- 18.**Correa Camus, Paula y Vargas Pavez, Macarena. “La voz de los niños en la justicia de familia de Chile”. Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Revista *Ius et Praxis*, Año 17, Nº 1, 2011. pp. 177 – 204.
- 19.**Del Picó Rubio, Jorge. “Evolución y actualidad de la concepción de familia. una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno”. Revista *Ius et Praxis*, Año 17, Nº 1, 2011. pp. 31 – 56.
- 20.**Garrido, Ricardo. “El Interés Superior del Niño y el Razonamiento Jurídico”. Anuario 100 de Filosofía y Teoría del Derecho Nº 7.
- 21.**Gil MJ., Segura C. y Sepúlveda MA. “El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil”. Cuaderno de medicina forense 12 No. 43-44, enero – abril 2006. pp 117-128
- 22.**Gómez Urrutia, Verónica y Jiménez Figueroa, Andrés. “Corresponsabilidad familiar y el equilibrio trabajo-familia: medios para mejorar la equidad de género”. Revista Latinoamericana, Volumen 14, Nº 40, 2015. pp. 377-396
- 23.**Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. “El sistema filiativo chileno”. Editorial Jurídica, Santiago de Chile. 2007.
- 24.**Gómez De La Torre Vargas, Maricruz. “El interés Superior del Niño”. Gaceta Jurídica nº 238, pp 23-26.
- 25.**Herrera de Las Heras, Ramón. “Breve reflexión acerca de la futura ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental”. Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia. Número 8. diciembre 2014.

- 26.** Informe ley de corresponsabilidad. (Ley N° 20.680). Unidad de mediación – Ministerio de Justicia.
- 27.** Lathrop, Fabiola. “Ante la Ilustrísima Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Informe Pericial Caso N° 12.502 Karen Atala Riffo y otras Vs. Chile.
- 28.** Lathrop Gómez, Fabiola. “Custodia compartida, acuerdo de los padres y establecimiento de oficio: un fallo en ausencia de ley (Corte de Apelaciones de Santiago)”. Revista de Derecho. Jurisprudencia comentada. Vol. XXIII - N° 2, diciembre 2010. pp. 237-245
- 29.** Lathrop, Fabiola. “Custodia compartida de los hijos e igualdad material entre progenitores”, en publicación Igualdad ¿para qué?: a propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres / coord. por Ángela Figueruelo Burrieza, María Luisa Ibáñez Martínez, Rosa María Merino Hernández”. Granada, España. 2007
- 30.** Lathrop, Fabiola. “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”. Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri. N° 10. Junio 2008.
- 31.** Lathrop, Fabiola. (In)Constitucionalidad De La Regla De Atribución Preferente Materna Del Cuidado Personal De Los Hijos Del Artículo 225 Del Código Civil Chileno\* (Un)Constitutionality Of The Preference Towards The Mother Of The Legal Attribution Of Child Physical Custody Of The Article 225 Section Of The Chilean Civil Code. Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 2 147, 2010. pp. 147 – 184.
- 32.** Lennon González, Viviane I. y Domingo A., Lovera Parmo “¿Cuidado personal a partir del régimen de relación directa y regular? La importancia del derecho internacional y comparado”. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 17, diciembre 2011. pp. 105-141.

33. Lepin Molina, Cristián. "Los nuevos principios del derecho de familia". Revista Chilena de Derecho Privado. Diciembre 2014, Nº 23, diciembre 2014. pp. 9-55.
34. Lepin Molina, Cristián. "Reformas a las relaciones paterno-filiales". Revista de Derecho. Análisis de la Ley Nº 20.680. Escuela de Postgrado Nº 3, julio 2013.
35. Organización de Naciones Unidas. "Derechos de las Mujeres e Igualdad de Género" 18 de enero de 2012.
36. Orrego Acuña, Juan Andrés. "Consideraciones en torno al cuidado personal de los menores y su relación con la patria potestad", en Zúñiga, A. (coord.), Estudios de Derecho Privado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2011.
37. Paredes Zieballo, Alejandro. "La mediación familiar obligatoria: una crítica a la regulación y funcionamiento en Chile". Revista chilena de derecho y ciencia política. Vol. 3 Nº 2, agosto – diciembre 2012. pp. 189-224.
38. Quintana Villar, María Soledad. "La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIII. Valparaíso, Chile, 2º semestre de 2014. pp. 241 – 258.
39. Ramoz Pazos, René. "Derecho de Familia. Tomo I". Editorial Jurídica de Chile. 2010.
40. Rodríguez Pinto, María Sara. "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", Revista Chilena de Derecho, vol. 36 Nº 3, 2009. pp. 545 – 586.

41. Rodríguez Pinto, María Sara. “Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos”. *Ius et Praxis* - Núm. 16-1, enero 2010. pp. 56 – 84
42. Schmidt Holt, Claudia y Veloso Valenzuela, Paulina. “La filiación en el nuevo derecho de familia”, Editorial Cono Sur, Santiago de Chile, 2001
43. Tapia Rodríguez, Mauricio. “Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos (ley N° 20.680)”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21, diciembre 2013. pp. 477-491.
44. Veloso Valenzuela, Paulina, “Algunas reflexiones sobre la titularidad del cuidado personal”. *Revista de Magíster y Doctorado en Derecho*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, Santiago, 2011, n° 4, pp. 111-118.