



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

**ANÁLISIS CRÍTICO DEL CUIDADO
PERSONAL COMPARTIDO CONFORME
A LA LEY N° 20.680:
¿INTERÉS DEL HIJO O DE LOS PROGENITORES?**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS
Y SOCIALES**

Autor: JOAQUÍN ANTONIO MESÍAS TORO

Profesora Guía: Dra. Fabiola Lathrop Gómez

Santiago, Chile

2017

A mis padres.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: CUIDADO PERSONAL.....	5
1. Ubicación del cuidado personal en el ordenamiento jurídico chileno.	5
2. Definición de Cuidado Personal.....	7
3. Marco Legal.....	10
4. Evolución de la regulación del derecho deber de cuidado personal de los hijos en la legislación chilena en la familia separada. En particular, de la regla de atribución legal. ...	10
4.1. Código Civil de 1855.....	10
4.2. Ley N° 5.680 de 13 de septiembre de 1935.....	11
4.3. Ley N° 10.271 de 02 de abril de 1952.....	12
4.4. Ley N° 18.802 de 09 de junio de 1989.....	12
5. Antecedentes y contexto legislativo de la Ley N° 20.680. Grupos de interés y participantes.....	13
6. Regulación del Cuidado Personal antes de la reforma de la Ley N° 20.680.....	20
6.1. El cuidado personal de los hijos cuando los padres viven juntos.....	21
6.2. El Cuidado personal de los hijos cuando los padres viven separados.....	21
6.2.1. Atribución del cuidado personal de los hijos.....	22
6.2.1.1. Atribución Convencional.....	22
6.2.1.2. Atribución Legal.....	23
6.2.1.3. Atribución Judicial.....	24
6.3. Modalidades de Cuidado Personal permitidas por el Legislador.....	25
7. Regulación del derecho deber de Cuidado Personal a partir de la Ley 20.680.....	26
7.1. El Cuidado Personal de los hijos cuando los padres viven juntos.	27
7.2. El cuidado Personal de los hijos cuando los padres viven separados.	27
7.2.1. Atribución del cuidado personal de los hijos.....	27
7.2.1.1. Atribución Convencional.....	28
7.2.1.2. Atribución Legal.....	29
7.2.1.3. Atribución Judicial.....	31
7.2.1.3.1. Criterios y circunstancias a considerar por el Juez para el establecimiento del régimen y ejercicio del Cuidado Personal de los hijos.....	32
7.3. Modalidades de Cuidado personal de los hijos reconocidas por el legislador.	33

CAPITULO II: CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO	35
1. Concepto de Cuidado Personal Compartido.....	35
1.1. ¿Qué es el cuidado personal compartido? Un régimen de vida.	36
1.2. ¿Cuál es su finalidad? Estimular la corresponsabilidad en la crianza y educación de los hijos respecto de ambos padres que viven separados.	37
1.3. ¿De qué forma? Mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.	38
2. Formas de establecimiento del Cuidado Personal compartido.....	39
2.1. Acuerdo de Cuidado Personal Compartido por Escritura pública.	41
2.2. Acuerdo de Cuidado Personal Compartido Mediante Acta extendida ante Oficial del Registro Civil.....	41
2.3. Acuerdo de Cuidado Personal Compartido dentro del acuerdo de relaciones mutuas y con los hijos del artículo 21 de la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil.....	42
2.4. Otros instrumentos por los cuales podría acordarse el cuidado personal compartido de los hijos no enunciados en la ley.	45
2.4.1. Acuerdo de Cuidado Personal Compartido en sede de mediación aprobado por el Juez de Familia.....	45
2.4.2. Acuerdo de Cuidado Personal Compartido por avenimiento o transacción aprobados por el Juez de Familia.....	47
2.4.3. Acuerdo de Cuidado Personal Compartido contenido en Acta de Conciliación en Audiencia ante el Juez de Familia.	47
2.5. Demanda de cuidado personal compartido. ¿Es posible la atribución judicial bajo la modalidad de cuidado personal compartido a solicitud de parte?.....	49
3. Principios del Cuidado Personal Compartido.	54
3.1. El principio de corresponsabilidad parental.....	55
3.2. El principio de igualdad entre los progenitores.....	59
3.3. El principio de Coparentalidad.....	64

CAPITULO III: CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO CONFORME A LA LEY N° 20.680: ¿INTERÉS DEL HIJO O DE LOS PROGENITORES?	69
1. Críticas generales a la Ley N° 20.680. Título y origen.	69
1.1. El título de la ley no cumple con tratados Internacionales. La palabra “menor”	69
1.2. Origen de la Ley ¿Fueron debidamente representados los intereses de los niños, niñas y adolescentes durante su tramitación parlamentaria?	71
2. Críticas al instituto de Cuidado Personal Compartido de la Ley N° 20.680.	73
2.1. Atribución exclusivamente convencional del cuidado personal compartido. Falta de facultades del juez de Familia para establecer un régimen de cuidado personal compartido.	75
2.2. Ausencia de un contenido legal mínimo y concreto, en cuanto a los sistemas de residencia y a la distribución de funciones parentales entre los progenitores en los acuerdos de cuidado personal compartido.	85
2.3. Ausencia de mecanismos de control para el establecimiento de un régimen de cuidado personal compartido.	91
CONCLUSIONES	101
BIBLIOGRAFÍA.....	105
ANEXO N°1:	111
ANEXO N° 2:	113

RESUMEN

La ley N° 20.680 reformó gran parte de las instituciones jurídicas enmarcadas dentro de los efectos de la filiación. En particular, introdujo importantes modificaciones en el derecho deber de cuidado personal luego de la separación de cuerpos entre los progenitores. Las modificaciones más relevantes en esta materia corresponden a la eliminación de la regla de atribución legal supletoria de preferencia materna y el reconocimiento legal de la figura de cuidado personal compartido, ambas inspiradas en los principios de igualdad parental, corresponsabilidad parental y coparentalidad. Sin embargo, la introducción del cuidado personal compartido como modelo de organización familiar nos parece deficiente principalmente porque el único modo de que este sistema tenga lugar depende de forma exclusiva del acuerdo de voluntades de los progenitores. Ante la oposición injustificada de uno de los progenitores el cuidado personal compartido es improcedente por sentencia judicial. Y, en las hipótesis en que hay acuerdo, el cuidado personal compartido carece de un contenido mínimo establecido por ley y tampoco se encuentra sometido a ningún control judicial a fin de evaluar su conveniencia en virtud del principio del interés superior del niño, niña y adolescente. De este modo, la presente memoria, junto con realizar una exposición general del derecho deber de cuidado personal y en particular del cuidado personal compartido, tiene por objeto realizar un análisis crítico de las principales características del cuidado personal compartido, a fin de indagar si, en definitiva, este instituto, en los términos establecidos por el legislador, responde al interés de los progenitores o al interés superior de los hijos.

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, nuestro Derecho de Familia ha sido objeto e innumerables reformas tendientes a garantizar los derechos que la constitución y las leyes reconocen para cada uno de sus miembros. En Julio del año 2013, entró en vigencia la Ley N° 20.680 que "Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados". Esta reforma era completamente necesaria en diversos aspectos pues nuestra legislación se encontraba en deuda con diversas realidades de las familias chilenas.

Es una realidad que hoy la familia no se desarrolla solamente ligada a la institución del matrimonio. Esto se puede afirmar, en principio, desde la Ley N° 19.585 que permite a los progenitores regular sus relaciones para con los hijos de manera autónoma una vez ocurrida su separación de cuerpos. Además, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil que introdujo el divorcio vincular, se permite poner fin a la relación entre cónyuges disolviendo el vínculo matrimonial. Por último, debemos mencionar que ha aumentado el número de relaciones de convivencia las cuales hoy pueden tener reconocimiento jurídico, sean sus miembros de igual o distinto sexo, en conformidad a la Ley N° 20.830 que crea la institución de Acuerdo de unión civil que entró en vigencia el 22 de octubre de 2015.

Por su parte, en materia de filiación, cada vez son más los hijos que nacen fuera del matrimonio que dentro de él. Así se ilustra en las últimas estadísticas con enfoque de género publicadas por el Servicio Nacional de Registro Civil e Identificación, del Total de nacimientos inscritos en 2014 (266.953), el 60,43% corresponde a hijos nacidos fuera del matrimonio (161.337), siendo sólo el 28,54% de filiación matrimonial (76.204).¹

También es una realidad que las relaciones humanas están expuestas a diversas dificultades y las relaciones de pareja, sean de carácter matrimonial o no matrimonial, están siempre expuestas a la posibilidad de un quiebre por conflictos que hacen intolerable la vida en común entre los progenitores, momento en el cual deciden vivir separados. Sin embargo,

1 Servicio Nacional de Registro Civil e Identificación. "Estadísticas con enfoque de género - diciembre 2014". [en línea] <http://www.registrocivil.cl/PortalOI/PDF/Banner_de_genero_Final.pdf> [consulta: 18 de Julio de 2015].

hay un vínculo que se mantiene inalterable: la filiación. Este vínculo emana un conjunto de derechos deberes tanto respecto de los padres hacia los hijos como viceversa.

Ante esta situación, forzosamente, la familia se encuentra en una necesidad fáctica de reorganizarse, de modo que se perjudique de la forma más mínima la integridad de todos sus miembros. Es imposible que los conflictos parentales no afecten a todos sus miembros. No obstante lo anterior, es un deber de ambos padres el evitar que sus diferencias causen un daño a los otros integrantes, es decir a sus hijos. Pero también es un deber del Estado, reconocer esta realidad y generar herramientas que tiendan a facilitar la paz social, fomentar la responsabilidad de los padres para con sus hijos y, en definitiva, ampliar los modelos organizacionales de la familia post ruptura de las relaciones de los progenitores.

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.680, el único modelo de reorganización familiar existente era el cuidado personal unilateral. Es decir, ante la separación de los progenitores, los hijos debían vivir bajo el cuidado y supervisión de sólo uno de sus padres. Así se establecía una prelación relativa a la atribución del derecho deber de cuidado personal que operaba en el orden siguiente: convencional, legal y judicial. Sin embargo, cualquiera fuera la regla que operara, sólo uno de los progenitores podría ejercer el derecho deber de cuidado personal de manera exclusiva y excluyente.

Lo señalado anteriormente cambió a tras la promulgación² y publicación³ de la Ley N° 20.680 pues a través de ella se reformó gran parte de las normas relativas a los efectos de la filiación, en relación con el derecho deber de cuidado personal, relación directa y regular, y, la patria potestad. En el caso particular del derecho deber de cuidado personal, las principales modificaciones que la Ley N° 20.680 realizó en nuestro ordenamiento jurídico fueron: la eliminación de la regla legal supletoria de preferencia materna, el reconocimiento legal del principio de corresponsabilidad parental y la introducción de la figura de cuidado personal compartido.

De este modo, se eliminó la regla legal supletoria de preferencia materna reemplazándola por una regla inspirada en el principio de igualdad parental. Hoy se atribuye

² 16 de junio de 2013.

³ 21 de junio de 2013.

el derecho deber de cuidado personal de manera legal y supletoria a aquel de los padres que tras la separación con su pareja convive con los hijos.

Por otra parte, la ley define el principio de corresponsabilidad parental como aquél en virtud del cual ambos progenitores, vivan juntos o separados, se encuentran en el deber y la necesidad de participar de forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos comunes.

Y por, último, debemos señalar que la ley introduce la figura del cuidado personal compartido, que su concepto legal señala que 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.

Sin embargo, debemos señalar que la introducción de este instituto no nos parece adecuada, pues la procedencia de este sistema de organización familiar depende de forma exclusiva del acuerdo de voluntades de los progenitores y no necesariamente del interés superior de los hijos. Afirmamos esto puesto que el instituto de cuidado personal compartido se caracteriza por ser un modelo de organización familiar alternativo de fuente exclusivamente convencional, carente de un contenido mínimo establecido por nuestro legislador y que no se encuentra sujeto a ningún tipo de control u homologación judicial.

Este trabajo tiene por objeto efectuar un análisis crítico del cuidado personal compartido con el fin de indagar si en definitiva este modelo de organización familiar, en los términos contemplados por nuestro legislador, responde al interés superior de los hijos o de los padres.

La presente investigación estará compuesta por tres capítulos. El capítulo primero tendrá por objeto precisar algunos conceptos básicos para comprender y analizar el derecho deber de cuidado personal; se revisarán los principales puntos en relación a los progenitores, su ubicación en nuestro ordenamiento jurídico, su concepto y contenido. A continuación, se revisará la evolución histórica de la normativa aplicable, el contexto legislativo de la Ley N° 20.680 y se realizará un análisis comparativo de la regulación de la atribución del derecho deber de cuidado personal antes y después de la reforma de la Ley N° 20.680.

En el capítulo segundo, se efectuará un examen del cuidado personal compartido introducido a nuestra legislación, iniciando por su concepto, modalidades, naturaleza jurídica, contenido y formas de establecimiento, para finalizar con un análisis de cada uno de los principios que inspiran e informan esta institución.

Y, por último, en el capítulo tercero, se abordará el tema central de este trabajo, con el fin de determinar si la Ley N° 20.680 y el instituto de cuidado personal compartido, responden al interés de los progenitores o al interés de los hijos. Para efectos prácticos, se dividirán las materias a tratar en dos subtemas. Comenzando por dos críticas generales relativas al título y al origen de la Ley N° 20.680; para finalizar, con un análisis crítico del cuidado personal compartido bajo la óptica de las principales características del instituto abordándose su problemática a la luz de los principios inspiradores de la reforma.

CAPÍTULO I: CUIDADO PERSONAL

Con el fin de precisar algunos conceptos básicos para comprender y analizar el tema central de este trabajo que es la figura del cuidado personal compartido, en este capítulo revisaremos los principales puntos del derecho-deber cuidado personal en relación a los padres. Partiremos por determinar su ubicación dentro del ordenamiento jurídico nacional, luego precisaremos el concepto y contenido de este derecho deber; a continuación se constatarán los datos más relevantes de la evolución histórica de las reglas de atribución del cuidado personal; en seguida se hará referencia al contexto legislativo que dio origen a la Ley N° 20.680; y, por último, analizaremos la regulación de la atribución y ejercicio del cuidado personal de los hijos antes y después de las reformas introducidas por la Ley N° 20.680.

1. Ubicación del cuidado personal en el ordenamiento jurídico chileno.

El estudio del cuidado personal en nuestro Derecho de Familia se enmarca dentro de los efectos de la filiación. La Filiación es el vínculo jurídico que une a un hijo con sus padres y sus efectos se traducen en un conjunto de derechos-deberes de asistencia recíproca que abarcan tanto la esfera patrimonial como la personal de la relación existente entre padres e hijos.

Así, la doctrina clasifica los efectos de la filiación de la siguiente manera⁴:

- a) Autoridad paterna: “Es el conjunto de derechos y obligaciones de contenido eminentemente moral, existente entre padres e hijos”⁵.
- b) Patria Potestad: Definida en el artículo 243 del Código Civil como “*el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados*”.
- c) Derecho de alimentos: Es el derecho que la ley otorga al hijo para exigir al padre, madre o ambos, cuando cuentan con medios para brindar, lo que el primero necesite para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, debiendo

⁴ RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia. Tomo II. Sexta edición. Editorial Jurídica de Chile. 2009. p. 440.

⁵ Ídem.

cubrir a lo menos el sustento, la habitación, vestimenta, salud, movilización y educación hasta el aprendizaje de una profesión u oficio⁶.

d) Derechos hereditarios: Son aquellos que la ley otorga en materia de sucesión por causa de muerte al hijo respecto de los bienes de sus padres y viceversa, reconociéndoles la calidad de herederos.

Esta clasificación doctrinaria es ilustrativa de una situación particular de nuestro ordenamiento jurídico nacional, consistente en el tratamiento dual de la relación paterno filial. Desde el momento de su dictación, nuestro Código Civil, apartándose de una tradición jurídica que databa de las siete partidas y de los códigos que le sirvieron de inspiración, dividió los aspectos patrimoniales y personales de la relación de filiación⁷. De este modo, el aspecto Patrimonial de dicha relación se encuentra regulado en el Título X del Libro I, bajo el nombre “De la Patria Potestad”; y, por su parte, el aspecto personal se regula en el Título IX del mismo libro, denominado “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”.

Distinta es la situación en otras legislaciones en que los aspectos patrimoniales y personales de la relación filial se regulan bajo una figura comprensiva de ambos. Ese es el caso de la legislación española que bajo el concepto de “Patria Potestad” reúne ambas funciones⁸, de la “*autorité parentale*” (autoridad parental) de Francia, la “*potestà dei genitori*” (potestad de los padres) de Italia y la “*esterliche Sorge*” (responsabilidad de los padres) de Alemania.⁹

Hoy, a pesar de no estar unificados en un solo instituto los aspectos patrimoniales y personales de la relación filial en nuestro Derecho, consideramos que al consagrar de manera expresa el principio de corresponsabilidad parental por una parte y, por otra, al eliminar las atribuciones legales de la titularidad de la patria potestad y el cuidado personal de los hijos, se

⁶ Ibid. p. 525.

⁷ LATHROP, Fabiola. Cuidado Personal de los hijos. Análisis de la Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia. Santiago, Chile. Editorial Punto Lex S.A. 2005. p. 6.

⁸ Artículo 154. Código Civil de España: *Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.*

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.

⁹ LATHROP, Fabiola. (2005) Op. Cit. p. 3.

generan incentivos, aunque bien débiles, para el ejercicio conjunto de los deberes parentales de ambos progenitores.

Continuando con las clasificaciones, la doctrina¹⁰ distingue, dentro de la Autoridad Paterna, la existencia de derechos deberes de los hijos para con los padres y de derechos deberes de los padres para con los hijos. Entre los primeros se enuncian: el deber de respeto y obediencia a los padres y el deber de cuidado a los padres y demás ascendientes, por su parte, entre los segundos, los derechos deberes de cuidado personal, relación directa y regular, crianza y educación, y gastos de crianza y educación.

En conformidad a lo expuesto el cuidado personal de los hijos forma parte de los efectos de la filiación de carácter personal, denominados bajo el nombre de Autoridad Paterna¹¹, siendo de aquellos derechos y obligaciones que los padres tienen para con los hijos, y que consiste en el derecho deber de los padres de criar, educar y tener a sus hijos en compañía.

2. Definición de Cuidado Personal.

Nuestro Código Civil no contiene una definición expresa del Cuidado Personal de los hijos. El artículo 224 del Código Civil establece que *“Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán de forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”*. Como puede desprenderse de la norma citada, ésta se dedica únicamente a explicar el significado del principio de corresponsabilidad parental pero no define propiamente lo que ha de entenderse por cuidado personal, mencionando únicamente su contenido genérico que es la crianza y educación de los hijos. Por su parte, el artículo 225 del C. C., que regula el cuidado personal de los hijos en caso de la separación de los padres, se dedica a enunciar las formas de atribución del régimen y ejercicio este derecho deber (convencional, legal y judicial), sin determinar su contenido. Además, la norma define la figura del cuidado personal compartido en su inciso segundo como *“un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad*

¹⁰ Así, RAMOS PAZOS, René. Op Cit. p. 442. y COURT, Eduardo. Curso de derecho de familia. La filiación por naturaleza. Legislación, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing Chile. 2010. p. 72.

¹¹ Así en, RAMOS PAZOS, René. (2009). Op Cit. p. 458. COURT, Eduardo. (2010) Op. Cit. p. 67. GÓMEZ, Maricruz. El sistema filiativo chileno: (Filiación biológica, por técnicas de reproducción asistida y por adopción). Santiago, Chile. 2007. p. 133. Entre otros.

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”. En dicha disposición, nuevamente, se reitera el contenido genérico del cuidado personal que es la crianza y educación de los hijos.

Distinta es la situación en otras legislaciones en la materia, como la española y la argentina, en las cuales se esboza un concepto de este derecho deber. Así, en España, donde se reúne los aspectos personales y patrimoniales de la relación filial bajo la nomenclatura de patria potestad, se señala en el numeral primero del artículo 154 del Código Civil Español, que el cuidado personal corresponde al deber y facultad de “*velar por ellos (por los hijos), tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*”. Por su parte, el reciente Código Civil Argentino señala, en su artículo 648, que “*se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores que se referidos a la vida cotidiana del hijo*”.

A falta de un concepto legal en nuestro Derecho, la conceptualización del cuidado personal ha sido elaborada por la doctrina y jurisprudencia, así, el cuidado personal se ha definido por diversos profesores como, por ejemplo:

- a) Bavestrello, define al cuidado personal de los hijos como “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 y profesión al hijo”¹².
- b) La profesora Gómez de la Torre define el cuidado personal como “el derecho de los padres a tener a los hijos en su compañía, proporcionándoles residencia, alimento y educación”¹³.
- c) La profesora Acuña conceptualiza el cuidado personal de los hijos como “el derecho-deber de los padres de criar, educar y tener a los hijos en su compañía a fin de guiarlos en su desarrollo y realización material y espiritual. Es la derivación más esencial, genérica y reveladora de la relación de filiación y constituye para el hijo un derecho de comunidad de vida con sus progenitores”¹⁴.

¹² BAVESTRELLO, Irma. Derecho de Menores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2003. p. 61

¹³ GÓMEZ, Maricruz. (2007). Op.cit. p. 135.

¹⁴ ACUÑA, Marcela. Efectos jurídicos del divorcio. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing Chile. 2011. p. 379.

La jurisprudencia nacional ha esbozado los siguientes conceptos de cuidado personal:

- a) En sentencia de la Corte Suprema de fecha 17 de marzo del año 2007, en causa Rol 7141-2007, se establece que por tuición “(se) debe entender el derecho de los padres de tener a sus hijos en su compañía, y doctrinariamente se ha denominado deber de convivencia o unidad de domicilio (La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia, Claudia Schmidt y Paulina Veloso. Edit. Conosur, Lexis Nexis, Chile, 2001. P273)”¹⁵.
- b) En fallo de fecha 29 de julio de 2008, en causa Rol N° 3469-2008, la Corte Suprema en un intento de dar contenido al derecho deber de cuidado personal, señaló que “Dicho concepto, alude a un deber genérico, comprensivo de todos aquellos que le corresponden a los padres respecto de sus hijos, responsabilidades que derivan precisamente de la filiación y que deben cumplirse teniendo como preocupación fundamental el interés superior del hijo, de conformidad a lo dispuesto por inciso segundo del artículo 222 del Código Civil. Los derechos y deberes que comprenden el cuidado personal, presuponen la convivencia habitual entre padres e hijos. En efecto este 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 estos”¹⁶.

De las definiciones de cuidado personal expuestas, puede desprenderse que su elemento común y esencial es la convivencia entre padres con los hijos, sin embargo, esta convivencia no se reduce al contacto físico o a la unidad de domicilio, en este sentido, el cuidado personal comprende además la comunicación afectiva e intelectual entre padres e hijos, la dispensación de los cuidados necesarios para su desarrollo como persona debiendo propender y preparar al niño, niña o adolescente para un efectivo ejercicio progresivo de sus derechos.

¹⁵ Corte Suprema de Chile. Sentencia Definitiva de fecha 17 de marzo de 2008, en causa Rol N° 7141-2007, considerando 2°.

¹⁶ Corte Suprema de Chile, Sentencia Definitiva de fecha 29 de julio 2008, en causa Rol N° 3469-2008, considerando 5°.

Con todo, es posible afirmar que el cuidado personal del niño, niña o adolescente es aquel derecho deber de los padres, que nace del vínculo de la filiación, en virtud del cual ambos tienen el derecho de convivir con sus hijos y, a la vez, el deber de satisfacer todas las necesidades, materiales y afectivas, que su crianza y educación diarios exigen.

3. Marco Legal.

La normativa aplicable al cuidado personal en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra ubicada en el Libro I, Título IX de nuestro Código Civil, denominado “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos” artículos 224 a 227. Además, le son aplicables a esta institución, los artículos 21, 27 y 55 de la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil, en cuanto a que el cuidado personal se trata de las materias de regulación obligatoria en los casos de separación y divorcio. Por último, le son aplicables las normas contenidas en los artículos 42 a 48 de la Ley N° 16.618 de Menores.

4. Evolución de la regulación del derecho deber de cuidado personal de los hijos en la legislación chilena en la familia separada. En particular, de la regla de atribución legal.

La regulación del derecho deber de cuidado personal de los hijos en la familia separada y, en particular, la regla de atribución legal del cuidado personal de los hijos ha tenido importantes modificaciones a lo largo de la historia republicana de nuestro país. A continuación, revisaremos las principales modificaciones a esta regla.

4.1. Código Civil de 1855.

El Código Civil de 1855 ante la hipótesis de divorcio de los padres, ofrecía las siguientes reglas de atribución del cuidado personal de los hijos, establecidas en los artículos 223 y 224:

- Art. 223 del Código Civil de 1855: *“A la madre divorciada, haya dado o no motivo al divorcio, toca cuidar personalmente de los hijos menores de cinco años, sin distinción de sexo, i de las hijas de toda edad. Sin embargo, no se le confiará el cuidado de los hijos de cualquiera edad o sexo cuando por la depravación de la madre sea de temer que se perviertan; lo que siempre se presumirá, si ha sido el adulterio de la madre lo que ha dado causa al divorcio.*”

En estos casos, o en de hallarse inhabilitada por otra causa, podrá confiarse el cuidado personal de todos los hijos de uno i otro al padre”.

- Art. 224 del Código Civil de 1855: *“Toca al padre, durante el divorcio, el cuidado personal de los hijos varones, desde que han cumplido cinco años; salvo que por la depravación del padre, o por otras causas de inhabilidad, prefiera el juez confiarlos a la madre”*

Conforme a los artículos citados, en caso de divorcio se atribuía legalmente a la madre el cuidado personal de todos los hijos menores de cinco años, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad. Por su parte, se atribuía el cuidado personal de los hijos varones mayores de cinco años al padre. Estas reglas podían modificarse judicialmente para atribuir el cuidado personal al otro progenitor alegando depravación del padre o madre u otra inhabilidad. A propósito de la depravación de la madre se establecía una presunción de derecho para cuando la causa del divorcio era su adulterio.

4.2. Ley N° 5.680 de 13 de septiembre de 1935¹⁷.

Por medio de esta ley se modificaron los artículos 223 y 224, en relación a las edades establecidas para la atribución del cuidado personal de los hijos varones, en consecuencia, se atribuyó legalmente a la madre el cuidado personal de todos hijos menores de diez años de edad y de las hijas de toda edad. Por su parte, se atribuyó al padre el cuidado personal de los hijos varones mayores de diez años. En cuanto a las causales de modificación judicial del cuidado personal atribuido legalmente, se mantuvo la causal de depravación u otra inhabilidad.

¹⁷ Artículo 1 de la Ley N° 5.680: *Reemplazase, en los artículos 223 y 224 del Código Civil, la palabra "cinco" por "diez".*

4.3. Ley N° 10.271 de 02 de abril de 1952¹⁸.

Por medio de esta ley se volvió a modificar la regla legal de atribución del cuidado personal de los hijos en cuanto a su edad, de modo que se reforman los artículos 223 y 224 del Código Civil asignado a la madre el cuidado personal de todos los hijos menores de catorce años y de las hijas a toda edad. En consecuencia, atribuyó, al padre el cuidado personal solo de los hijos varones mayores de catorce años.

4.4. Ley N° 18.802 de 09 de junio de 1989.

Mediante la Ley N° 18.802 se reemplazó el texto original del artículo 223 por el siguiente:

- Art. 223 del Código Civil: *“A la madre divorciada, haya dado o no motivo al divorcio, toca el cuidar personalmente de los hijos menores.*

Sin embargo, no se le confiará el cuidado de los hijos, cuando por su depravación sea de temer que se perviertan.

En estos casos o en el de hallarse inhabilitada por otra causa, se le confiara el cuidado de los hijos al padre. La circunstancia de haber sido el adulterio de la madre lo que ha dado causa al divorcio, deberá ser considerada por el juez como un antecedente de importancia al resolver sobre su inhabilidad. Lo dicho en este inciso se aplicará, en su caso, al padre.”

Además, por medio de esta ley se derogó el Artículo 224¹⁹, por lo que de ello se colige que partir de ese momento la ley atribuyó a la madre, en los casos de separación de los padres, el cuidado personal de todos los hijos menores de edad sin distinción de sexo. Sin perjuicio de ello permitía al padre solicitar la modificación de la atribución legal a la madre alegando su

¹⁸ Artículo 1°. Ley N° 10.271: *Introdúcense en el Código Civil las siguientes:(...)*

(...) Artículo 223.- Substitúyense las palabras "diez años" por "catorce años" en su inciso primero y suprímese la frase "lo que siempre se presumirá si ha sido el adulterio de la madre lo que ha dado causa al divorcio".

Agrégase el siguiente inciso final:

"La circunstancia de haber sido el adulterio de la madre lo que ha dado causa al divorcio, deberá ser considerada por el juez como un antecedente de importancia al resolver sobre su inhabilidad".

Artículo 224.- Substitúyense las palabras "diez años" por "catorce años" y agrégase el siguiente inciso final:

"Lo dicho en el inciso final del artículo precedente regirá también respecto del padre por cuyo adulterio se hubiere decretado el divorcio"(...)

¹⁹ El artículo es derogado sin reemplazar su contenido hasta la vigencia de la Ley N° 19.585 en el que se recoge en términos generales el principio de corresponsabilidad parental. Ver apartado 6.1 de este capítulo.

inhabilidad. En opinión del profesor Rozas Vial, al legislador le “pareció más importante la madre en la crianza de los hijos y se prefirió no separar a los hermanos.”²⁰

De las modificaciones a la reglamentación del cuidado personal de los hijos, en relación a los padres, introducidas por la Ley N° 19.585 de 26 de octubre de 1998 y por la Ley N° 20.680 de 21 de junio de 2013 nos referiremos en los apartados 6 y 7 de este capítulo.

5. Antecedentes y contexto legislativo de la Ley N° 20.680. Grupos de interés y participantes.

La necesidad de modificar la legislación nacional en materia de cuidado personal de los hijos en la familia separada, puede explicarse a partir de dos puntos de vista: uno jurídico y otro sociológico.

Desde el punto de vista jurídico, se criticaba la normativa vigente en la materia en el Código Civil, en especial, en lo relativo a la regla de atribución legal de preferencia materna, a la norma de atribución convencional que permitía la separación de los hermanos y, por último, la ausencia del instituto de cuidado personal compartido.

Se cuestionaba por parte de la doctrina²¹ la constitucionalidad de la regla de atribución legal de preferencia materna contenida en el artículo 225 del Código Civil, que atribuía el cuidado personal de los hijos en caso de separación de los progenitores a la madre, de manera automática. La inconstitucionalidad estaba dada por ser la regla contraria al principio de igualdad ante la ley garantizado en el artículo 19 n° 2 de la constitución, estableciendo una discriminación respecto del progenitor varón. Esta regla tampoco respetaba lo establecido en tratados internacionales ratificados por Chile, en particular, lo establecido en la Convención de sobre la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer²², en cuanto ambos progenitores, varón y mujer, deben tener los mismos derechos y responsabilidades en lo

²⁰ ROZAS VIAL, Fernando. Consideraciones sobre las modificaciones que la ley N° 18.802 introduce al Código Civil. *En: Revista Chilena de Derecho*. Vol. 16. N°1. 1989. p. 107.

²¹ LATHROP, Fabiola. (2005) op. Cit. p. 13.

²² Artículo 16 Letra d. Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer: *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.

relativo a sus hijos. Otra parte de la doctrina²³ defendía la existencia de esta regla supletoria en cuanto reducía la judicialización de los conflictos por el cuidado personal de los hijos al funcionar de manera automática. También consideraba que la regla era un incentivo a los acuerdos entre padres, agregando un valor añadido al poder de negociación de la madre. Además, había sido una opción legislativa de desarrollo histórico que evita dificultades entre los progenitores luego de la separación, y a su vez consideraba un hecho común, consistente en que es la madre quien habitualmente se encargaba del cuidado de los hijos tras la separación del otro progenitor. Nosotros creemos que, en definitiva, esa asignación legal del cuidado personal de los hijos no parecía justificarse en nada más que en una supuesta aptitud natural de la mujer para encargarse de la crianza de los hijos, lo que resulta irracionalmente discriminatorio pues debe ser el interés superior del hijo el criterio rector en esta materia.

En cuanto a la atribución convencional del cuidado personal de los hijos, se criticaba por parte de la doctrina²⁴ que, de acuerdo al inciso 2° del artículo 225 del Código Civil, ambos padres podían determinar que el cuidado personal de “de uno o más hijos” correspondiera al padre. La forma de redacción no era feliz en cuanto la expresión “de uno o más hijos” permitía la separación de los hermanos.

Por último, en relación a la ausencia del instituto del cuidado personal compartido de los hijos en nuestro Derecho, ya se hacía necesario que nuestra legislación reconociera este modelo de reorganización familiar; en primer lugar, porque es una institución ampliamente reconocida en las más diversas legislaciones con el fin de generar incentivos para una paternidad responsable con la participación activa de ambos progenitores en beneficio de los hijos; y porque, además, en aplicación de la regla de atribución convencional, comenzaron a aparecer muchos acuerdos de cuidado personal compartido de los hijos suscritos entre progenitores, provocando dos interpretaciones en los operadores del derecho. Una primera postura estaba por rechazar estos acuerdos debido a la falta de reconocimiento legal expreso de la custodia compartida, en ese escenario se optaba por instar a las partes para convenir el cuidado personal exclusivo en uno de los progenitores, mientras que, al otro padre, se le otorgaba un régimen de relación directa y regular en términos muy amplios. Otra postura, más sistemática del inciso 2° del Artículo 225, reconocía la validez de estos acuerdos en virtud del espíritu de la legislación en cuanto al reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los

²³ RODRÍGUEZ, María Sara. El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo derecho de familia. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing Chile. 2010. pp. 48 - 55

²⁴ LATHROP, Fabiola. (2005) op. Cit. p. 16.

padres en la determinación del cuidado personal de los hijos. Es posible constatar algunos fallos interesantes de nuestros tribunales que reconocen el cuidado personal compartido sin ley.²⁵

Desde el punto de vista sociológico, a mediados de la década de los 2000, comenzaron a surgir diversas organizaciones y colectivos de padres varones separados quienes se agruparon con el fin de hacer públicas sus demandas por una mayor participación en la crianza y educación de sus hijos. Dichas organizaciones denunciaban que tenían un trato discriminatorio tanto por la ley como por los tribunales de justicia en los juicios de cuidado personal de los hijos por las escasas modificaciones a la regla de preferencia materna. Cabe mencionar que uno de sus objetivos era hacer patente el Síndrome de Alienación Parental (SAP), trastorno estudiado por Richard Gardner, profesor de Psiquiatría clínica de la Universidad de Columbia, consistente en el deterioro de la imagen del progenitor no custodio provocado por una campaña de denigración sistemática efectuada por el progenitor custodio, provocando un alejamiento afectivo entre el hijo y el padre que no ejerce el cuidado personal.²⁶ Por último, reclamaban el reconocimiento legal del cuidado personal compartido, pues es una fórmula de reorganización familiar que permite una participación más activa de ambos progenitores en la crianza y educación de sus hijos.

En vista de esta situación, un grupo de diputados deciden legislar en la materia dando origen a las mociones parlamentarias contenidas en los boletines N° 5917-18, de fecha 12 de junio de 2008 y N° 7007-18, de fecha 29 de junio de 2010. A continuación, se expondrá de manera resumida el contenido e ideas matrices de las mociones.

²⁵ Así lo señaló la jurisprudencia en las siguientes causas:

El Cuarto Juzgado de Familia de Santiago en Sentencia de 04 de febrero de 2006, Causa RIT: C-3274-2006. Dispuso que el cuidado personal del niño L.T.A.M. correspondía también al padre estableciendo una custodia compartida. Por su parte, la Corte de Apelaciones de San Miguel en Sentencia de 27 de enero de 2012, Causa RIC: 678-2011. Reconoció la validez del acuerdo de cuidado personal compartido suscrito libremente por los padres por escritura pública, revocando sentencia de primera instancia, que modificaba dicho acuerdo, entregando el cuidado de los hijos a la madre.

²⁶ Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.680 que Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. p. 5.

a) Moción parlamentaria: Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. Boletín N° 5917-18.²⁷

- Fortalecer la integridad del menor y propender a que éste tenga la mejor calidad de vida posible en caso de que sus padres no vivan juntos, modificando el artículo 222 del Código Civil, en orden a consagrar nuevas obligaciones de los padres a favor del menor.
- Reconocer, conforme a las nuevas tendencias parentales y sociales, que ambos padres tienen el derecho y el deber de criar y educar a sus hijos en forma compartida, modificando el artículo 225.
- Consagrar la figura del Síndrome de Alienación parental.
- Evitar la judicialización de estos temas y fortalecer el entorno del menor encontrando soluciones más que proponiendo sanciones, obligando a someter a mediación este tipo de conflictos.
- Facultar al Juez para suspender o modificar el régimen de tuición de un menor cuyo padre o madre que lo tuviere a su cuidado cometiere conductas de alienación respecto del otro progenitor o alentare al menor a proferir declaraciones falsas que afecten la honra e integridad del otro padre.

b) Moción parlamentaria refundida: Introduce modificaciones en el Código Civil, en relación al cuidado personal de los hijos. Boletín N° 7007-18.²⁸

- Fomentar la corresponsabilidad parental.
- Eliminar la regla supletoria de preferencia materna en el cuidado personal de los hijos, en cuanto es contraria a la igualdad ante la ley, no responde al interés superior del niño e infringe la Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Eliminar la asignación de roles familiares según el sexo de los padres.
- Introducir la institución de Cuidado personal compartido con el objeto de fomentar la responsabilidad parental de ambos padres.

²⁷ *Ibíd.* p.8.

²⁸ *Ibíd.* p.12-14.

Ambas mociones parlamentarias tenían en común el reconocimiento de las necesidades de fomentar la corresponsabilidad parental ante el evento de la separación de los padres, la eliminación de la regla legal supletoria de atribución de preferencia materna y el reconocimiento del cuidado personal compartido. Respecto de estos dos últimos puntos, es necesario que comentar que el Boletín N° 5917-18 establecía como el cuidado personal compartido como regla supletoria ante el evento de la separación de los padres y su atribución unilateral por vía judicial²⁹. Por su parte, el Boletín N° 7007-18, eliminando la atribución legal supletoria completamente, priorizaba el acuerdo de las partes, sin perjuicio de que podía decretarse por el tribunal el cuidado personal compartido o unilateral considerando primordialmente el interés superior del hijo.³⁰

Sin embargo, a pesar de estar presente la idea de legislar, la reforma a la regulación del cuidado personal de los hijos y las discusiones parlamentarias se mantuvieron estancadas durante varios años, hasta que con fecha de 30 de marzo de 2011 se presentó una indicación sustitutiva por el Poder Ejecutivo que pretendía modificar, además de las normas relativas al cuidado personal de los hijos, otras disposiciones con respecto a la Patria Potestad y Relación Directa Regular.

²⁹ Inciso 1° del Art. 225 del Proyecto de Ley - Boletín 5917-18: *Si los padres viven separados, el cuidado personal de los hijos corresponderá en principio a ambos padres en forma compartida. Si no hubiere acuerdo en adoptar el cuidado compartido y surgiere disputa sobre cual padre tendrá la tuición, el juez decidirá a solicitud de cualquiera de ellos cuál de los padres tendrá a su cargo el cuidado personal de los hijos.*

³⁰ Art. 225 del Proyecto de Ley – Boletín 7007-18: *Si los padres viven separados, podrán determinar de común acuerdo, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, a cuál de los padres corresponde el cuidado personal de uno o más hijos, o el modo en que dicho cuidado personal se ejercerá entre ellos, si optaran por hacerlo en forma compartida. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.*

Tratándose de lo dispuesto en el inciso anterior, a falta de acuerdo, decidirá el juez. Una consideración primordial a la que atenderá será el interés superior del niño.

Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.

El contenido de la indicación sustitutiva del Ejecutivo en materia de cuidado personal de los hijos puede resumirse en los siguientes puntos³¹:

- Pretendía mantener la regla de atribución supletoria de preferencia materna con el objeto de tener certeza jurídica, seguridad y estabilidad a los hijos y evitar la judicialización de la determinación del o los padres custodios.
- Reconocer el cuidado personal compartido, el cual podría establecerse de mutuo acuerdo por los progenitores o por resolución judicial. En el último caso, por las siguientes causales taxativas: a) Cuando el progenitor que tiene el cuidado personal unilateral de los hijos impide o entorpece injustificadamente el desarrollo de la relación directa y regular del padre no custodio. b) Cuando el progenitor que tenga el cuidado personal unilateral de los hijos, denuncie o demande falsamente al padre no custodio a fin de perjudicarlo y obtener beneficios económicos.
- Definir el Cuidado personal compartido como “el derecho y el deber de amparar, defender y cuidar la persona del hijo menor de edad y participar en su crianza y educación, ejercido conjuntamente por el padre y la madre que viven separados”³².

La indicación del ejecutivo, pretendía mantener la regla de atribución supletoria del cuidado personal de los hijos en la madre, justificado en que dicha regla no es arbitraria sino que “viene a reconocer la necesidad de seguridad y certeza para los hijos, especialmente respecto de donde y con quien seguirán viviendo”³³, además de señalar que dicha regla “reconocería una realidad de las familias de nuestro país, en que son las madres quienes más tiempo destinan al cuidado de los hijos y del hogar en que ellos viven”³⁴. Afortunadamente, estos criterios no prosperaron en la ley definitiva, pues precisamente uno de los objetivos principales de la idea de legislar en la materia era reconstruir el derecho-deber de cuidado personal de los hijos bajo criterios no discriminatorios, conforme con la igualdad parental y no con la asignación prefijada de roles en el desarrollo de la autoridad paterna en virtud del sexo de los progenitores, fomentando de esta manera la corresponsabilidad parental.

A partir de las indicaciones del Poder Ejecutivo, el proceso legislativo que dio origen a la Ley N°20.680 se desarrolló durante tres años. En el proceso de su tramitación hubo una amplia participación ciudadana, aportaron al debate: académicos nacionales, operadores del

³¹ *Ibíd.* p. 18.

³² *Ídem.*

³³ *Ibíd.* p. 16.

³⁴ *Ibíd.* p. 17.

sistema judicial y de las diversas organizaciones de padres en el debate desarrollado en las comisiones de familia, constitución y mixta.³⁵

³⁵ Sin perjuicio del importante aporte de las organizaciones de padres al debate en la creación de la ley, a continuación, se efectuará un listado de los académicos y operadores del sistema de justicia de familia que participaron del debate parlamentario de la Ley N°20.680 en las distintas comisiones de ambas cámaras.

Participaron según consta en:

A. Primer Informe de Comisión de Familia. Cámara de Diputados. Fecha 23 de mayo de 2011. Cuenta en Sesión 35. Legislatura 559:

- Gloria Negroni Vera, Jueza Tercer Juzgado Familia de Santiago.
- Fabiola Lathrop Gómez, Doctora y Profesora Derecho Civil de la Universidad de Chile.
- Carmen Domínguez Hidalgo, Profesora Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Alejandra Montenegro y Ximena Osorio, abogadas y mediadoras; y Ana María Valenzuela Rojas, asistente social y mediadora. Todas pertenecientes al Centro de Mediación y Atención Jurídico Social Andalué.
- Andrés Donoso Castillo, Médico Psiquiatra del Instituto Chileno de Terapia Familiar.

B. Informe de Comisión de Constitución. Cámara de Diputados. Fecha 11 de enero de 2012. Cuenta en Sesión 140. Legislatura 359.

- Nicolás Espejo Yaksic, abogado, consultor encargado de protección legal del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).
- María Sara Rodríguez Pinto, profesora de Derecho Civil en la Universidad de Los Andes.
- Fabiola Lathrop Gómez, Doctora en Derecho, profesora de Derecho Civil y de Familia en la Universidad de Chile.
- Gloria Negroni Vera, jueza del Tercer Juzgado de Familia de Santiago.
- Verónica Gómez Ramírez, psicóloga, perito forense y perito judicial ante la Corte de Apelaciones de Santiago y el Ministerio Público.

C. Primer Informe de Comisión de Constitución. Senado. Fecha 22 de junio de 2012. Cuenta en Sesión 30. Legislatura 360.

- Inés María Letelier, Ministra de la Corte de Apelaciones de Valparaíso.
- Gloria Negroni, Jueza Titular del Tercer Juzgado de Familia de Santiago.
- Nicolás Espejo, consultor encargado de protección legal del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).
- Andrea Muñoz, profesora de Derecho Civil de la Universidad Diego Portales.
- Mauricio Tapia, profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile.
- Fabiola Lathrop Gómez, Doctora en Derecho, profesora de Derecho Civil y de Familia en la Universidad de Chile.
- María Sara Rodríguez, Doctora en Derecho, profesora de Derecho Civil de la Universidad de Los Andes.
- Carmen Domínguez, Abogada, Directora del Centro Universidad Católica de la Familia de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Alejandra Montenegro y Ximena Osorio, abogadas y mediadoras; y Ana María Valenzuela Rojas, asistente social y mediadora. Todas pertenecientes al Centro de Mediación y Atención Jurídico Social Andalué.
- Verónica Gómez Ramírez, psicóloga, perito forense y perito judicial ante la Corte de Apelaciones de Santiago y el Ministerio Público.

D. Segundo Informe de Comisión de Constitución. Senado. Fecha 08 de enero de 2013. Cuenta en Sesión 93. Legislatura 360.

- Carmen Domínguez, Abogada, Directora del Centro Universidad Católica de la Familia de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Fabiola Lathrop Gómez, Doctora en Derecho, profesora de Derecho Civil y de Familia en la Universidad de Chile.
- Andrea Muñoz, profesora de Derecho Civil de la Universidad Diego Portales.
- María Sara Rodríguez, Doctora en Derecho, profesora de Derecho Civil de la Universidad de Los Andes.
- Mauricio Tapia, profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile.
- Carolina Salinas, profesora de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Paulina Veloso, Abogada y profesora de Derecho Civil Universidad de Chile.
- Paola Flores, Profesora de Derecho Civil.

La discusión parlamentaria se concentró en los siguientes puntos: la conveniencia o inconveniencia de incorporar a nuestra legislación la figura de cuidado personal compartido luego de la separación de los padres, la eliminación de la regla supletoria de preferencia materna, la necesidad de fijar una regla de atribución de reemplazo y su configuración, y la posibilidad de que uno de los padres pudiese solicitar judicialmente la fijación de un régimen de cuidado personal compartido de los hijos.

Finalmente, con fecha 16 de junio de 2013 se promulga, con fecha 21 de junio se publica, y a partir del 1 de Julio de 2013 entra en vigencia la Ley N° 20.680 que “Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados” cuyo nombre ciudadano es “Ley Amor de Papá”.

6. Regulación del Cuidado Personal antes de la reforma de la Ley N° 20.680.

Las últimas modificaciones de fondo que había tenido la regulación del cuidado personal de los hijos en nuestra legislación fueron las introducidas por la Ley N° 19.585 de 26 de octubre de 1998. En este apartado se analizará la regulación del cuidado personal de los hijos, sólo respecto de sus padres, vigente con anterioridad a la Ley N° 20.680, en cuanto a las hipótesis de normalidad y de crisis familiar que contenía la legislación vigente.

-
- Mauricio Tapia, profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile.
 - Gloria Negroni, Jueza titular del Tercer Juzgado de Familia de Santiago.
 - E. Informe de Comisión Mixta. Senado-Cámara de Diputados. Fecha 10 de junio de 2013. Cuenta en Sesión 36. Legislatura 361.
 - Carmen Domínguez, Abogada, Directora del Centro Universidad Católica de la Familia de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
 - Fabiola Lathrop Gómez, Doctora en Derecho, profesora de Derecho Civil y de Familia en la Universidad de Chile.
 - Cristián Lepín, profesor del departamento de enseñanza Clínica del Derecho Universidad de Chile.
 - Gloria Negroni, Jueza titular del Tercer Juzgado de Familia de Santiago.

6.1. El cuidado personal de los hijos cuando los padres viven juntos.

- **Antiguo artículo 224 del Código Civil:** *“Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de 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.”

La hipótesis que regulaba el artículo 224 del Código Civil no es más que la confirmación de que el derecho deber de cuidado personal del hijo nace y surge del hecho de la filiación, de modo que, si los padres vivían juntos, ya sea en matrimonio o relación de convivencia, ambos debían ejercer de manera conjunta el cuidado personal del hijo. Contemplaba el caso de fallecimiento de uno de los padres, caso en el cual el derecho deber de cuidado personal se radicaba en el sobreviviente. La misma razón explica que derecho deber corresponde al padre o madre que haya reconocido al hijo. Por último, en caso de que un niño, niña o adolescente carezca de vínculo de filiación reconocido, dicho derecho deber correspondería a la persona que determinara el juez.

6.2. El Cuidado personal de los hijos cuando los padres viven separados.

La regulación del cuidado personal que nos merece mayor atención es la situación de crisis familiar o hipótesis de separación de los padres. Con anterioridad a la Ley N° 20.680, esto se encontraba reglado en el artículo 225 del Código Civil, el cual prescribía lo siguiente:

- **Antiguo artículo 225 Código Civil:** *“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.

En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.”

Para efectos de su mejor comprensión el contenido de dicho artículo se analizará y dividirá en consideración a las formas de atribución del cuidado personal de los hijos.

6.2.1. Atribución del cuidado personal de los hijos.

Las reglas de atribución del cuidado personal de los hijos, en la hipótesis de ruptura familia y de acuerdo a la normativa vigente con anterioridad a Ley N° 20.680, pueden clasificarse de acuerdo a la fuente que daba origen al régimen de cuidado personal de los hijos. En tal sentido, la determinación del titular del derecho deber de cuidado personal podía ser de manera convencional, legal y judicial.

6.2.1.1. Atribución Convencional.

De acuerdo al antiguo inciso 2° del artículo 225 del Código Civil “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”.

En otras palabras, los padres podían determinar de común acuerdo que el cuidado personal de uno o más hijos quedara radicado en uno u otro progenitor. Esta norma es un reconocimiento a la autonomía de la voluntad de los padres de hijos comunes introducida por la Ley N° 19.585 de 1998, quienes en virtud de la misma pueden modificar la regla legal supletoria de preferencia materna o modificar una atribución de cuidado personal de los hijos previa, ya su origen haya sido otro acuerdo previo en la materia o por resolución judicial.

En cuanto a sus requisitos de fondo, solo podía acordarse que el cuidado personal de uno o más hijos se radique en uno u otro de los padres, por lo que eran inadmisibles los pactos que otorgaban el cuidado personal de los hijos a terceros. Por otra parte, esta norma permitía la separación de los hermanos, en el entendido que la atribución convencional del cuidado personal de los hijos operaba como regla general.

En lo relativo a los requisitos de forma, el pacto es de carácter solemne, debía celebrarse en escritura pública o mediante acta extendida ante oficial de Registro Civil, e inscribirse dentro de los 30 días siguientes a su celebración u otorgamiento para fines de publicidad y oponibilidad a terceros.

6.2.1.2. Atribución Legal.

De acuerdo al antiguo inciso 1° del artículo 225 del Código Civil, “*Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.*” Esta regla tenía una aplicación automática en los supuestos de separación de los progenitores y fue denominada como “la regla de preferencia materna” en el cuidado personal de los hijos. En virtud de ella, a la madre se le atribuía por la ley el cuidado personal de todos los hijos menores de dieciocho años mientras no existiere atribución convencional o judicial.

Esta regla recibió amplios cuestionamientos debido a que era contraria a la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 n° 2 de la Constitución Política de la República, consagrando una discriminación respecto a la aptitud del padre varón en la crianza y educación de sus hijos. Por otra parte, tampoco era consecuente con lo consagrado en el artículo 16 letra d) de la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de discriminación contra la Mujer, que prescribe que ambos progenitores deben tener los mismos derechos y responsabilidades respecto a los hijos. Por último, si bien esta norma era de aplicación supletoria, era muy difícil para el padre varón obtener en juicio el cuidado personal de los hijos, pues debía demostrar que la madre efectuara un maltrato, descuido u otra causal calificada, además de comprobar en juicio que fuera indispensable la modificación del cuidado personal en el interés de los hijos.

Como veremos más adelante, la Ley N° 20.680 reemplazó esta regla de atribución supletoria por una más acorde a principios de igualdad parental en el reparto del derecho función de crianza, sin preestablecer una preferencia entre uno y otro progenitor en razón del sexo.

6.2.1.3. Atribución Judicial.

De acuerdo al inciso 3° del antiguo artículo 225, sólo cuando el interés del hijo lo hiciera indispensable, en casos de maltrato, descuido u otra causal calificada, el juez podía entregar el cuidado personal al otro de los padres.

La atribución judicial procedía entonces cuando se pretendía modificar la atribución del cuidado personal de los hijos vigente entre los progenitores, ya haya sido de origen convencional, legal o judicial.

En un principio, el juicio de tuición o cuidado personal de los hijos se basaba en acreditar, por una parte, la inhabilidad de la madre aduciendo sus maltratos y descuidos en relación al cuidado del niño, niña y adolescente, utilizando el catálogo de inhabilidades contenidas en el artículo 42 de la Ley de menores³⁶; y, por otra, la indispensabilidad de la modificación del cuidado personal para el interés superior del hijo. Sin embargo, luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia y de la Ley N°19.947, sobre Matrimonio Civil, y en conformidad con la interpretación sistemática de los artículos 222³⁷

³⁶ Artículo 42. Ley N° 16.618: *Para los efectos del artículo 225° 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.

³⁷ Artículo 222 del Código Civil anterior a la Ley N° 20.680: *“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.”*

y 225 del Código Civil³⁸, del artículo 16 de la Ley N°19.968³⁹ y del artículo 3 de la Ley 19.947⁴⁰, el criterio rector vigente en materia de atribución judicial del cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes pasa a ser el interés superior del hijo.

Es necesario mencionar que el juez podía atribuir el cuidado personal de los hijos al padre o la madre pero, como lo indicaba la parte final del inciso 3° del artículo 225 del Código Civil, “no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo”.

Por último, la sentencia judicial ejecutoriada que atribuya el cuidado personal de los hijos debe ser subinscrita en las respectivas partidas de nacimiento, indicando que padre ejercerá este derecho deber.

6.3. Modalidades de Cuidado Personal permitidas por el Legislador.

De acuerdo a la legislación positiva vigente en ese entonces, el único modelo de reorganización familiar reconocido por el legislador era el de cuidado personal unilateral de los hijos, conforme al cual, producida la separación de los progenitores, los hijos debían residir sólo con uno de sus padres, quien debía otorgar el cuidado directo que dicha convivencia

³⁸ Artículo 225 del Código Civil, anterior a la Ley N° 20.680: “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.

En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.”

³⁹ Artículo 16. Ley N° 19.968: “Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.”

⁴⁰ Artículo 3. Ley N° 19.947: “Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil.

Conociendo de estas materias, el juez procurará preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada.

Asimismo, el juez resolverá las cuestiones atinentes a la nulidad, la separación o el divorcio, conciliándolas con los derechos y deberes provenientes de las relaciones de filiación y con la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura o la vida separada de los cónyuges.”

exigía⁴¹, mientras que al otro de los padres le correspondía un derecho de relación directa y regular. Lo anterior se desprende de los incisos 1º, 2º y 3º del antiguo artículo 225, pues no mencionaban la posibilidad de ejercer el derecho deber de cuidado personal de los hijos de manera conjunta. En el caso del inciso primero, atribuía el cuidado personal de los hijos solo a la madre de manera exclusiva. En el inciso segundo, a propósito de la atribución convencional, sólo se facultaba a ambos padres a acordar que el cuidado personal de uno o más hijos correspondiera al padre, de modo que sólo servía para modificar la regla de atribución legal supletoria o una atribución judicial preestablecida. Por último, el inciso 3º facultaba al juez para atribuir el cuidado personal de los hijos “al otro de los padres”, es decir de forma exclusiva en uno de ellos, pero no de manera conjunta.

7. Regulación del derecho deber de Cuidado Personal a partir de la Ley 20.680.

La Ley N° 20.680 “que introduce modificaciones al Código Civil y otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados”, conocida por su título popular “Ley amor de papá”, modificó la regulación del cuidado personal de los hijos, principalmente, en los siguientes aspectos:

- a. Consagra legalmente y en forma expresa el principio de corresponsabilidad parental.
- b. Reconoce expresamente el instituto de Cuidado Personal Compartido
- c. En materia de determinación del titular del derecho deber de cuidado personal:
 - i. Elimina la regla de atribución legal de preferencia materna.
 - ii. Elimina la causal de modificación del titular del cuidado personal del hijo por “maltrato, descuido u otra causa calificada”, por un catálogo de criterios a considerar fijados en el artículo 225-2 del Código Civil.
- d. Derogó el artículo 228 referido a la necesidad de autorización del cónyuge actual de uno de los padres para que viva con su hijo, cuyo cuidado personal tiene, en el hogar común.

⁴¹ LATHROP, Fabiola. Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos. En: Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales. N° 10. 2008. p. 11.

7.1. El Cuidado Personal de los hijos cuando los padres viven juntos.

- **Artículo 224 del Código Civil:** *“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.”

Este artículo se mantuvo casi sin alteraciones salvo por la inclusión expresa del principio de corresponsabilidad parental, entregando un concepto bastante preciso y claro de lo que implica este principio para ambos progenitores. En consecuencia, ambos padres se hallan en el deber jurídico de estar presentes en la vida de su hijo, independientemente de sus relaciones interpersonales como pareja o ex pareja, y este principio es aplicable, independientemente del régimen y ejercicio de cuidado personal por el cual se relacionen con sus hijos.

7.2. El cuidado Personal de los hijos cuando los padres viven separados.

En este punto, la Ley N° 20.680 introdujo importantes modificaciones en relación al cuidado personal de los hijos inspiradas en los principios de corresponsabilidad parental, de igualdad parental y de coparentalidad.

7.2.1. Atribución del cuidado personal de los hijos.

La atribución del cuidado personal de los hijos tras la separación de los padres, y en relación a ellos, se rige por lo dispuesto en los artículos 225, 225-2, 227 del Código Civil y los artículos 27 y 55 de la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil. Se debe mencionar que bajo el imperio de la Ley N° 20.680 se mantiene el esquema tradicional impuesto por la Ley N°19.585, es decir, la atribución del cuidado personal puede realizarse por los progenitores de manera convencional, legal y judicial.

7.2.1.1. Atribución Convencional.

El artículo 225 del Código Civil permite a los padres, en reconocimiento de su autonomía de la voluntad, pactar un acuerdo sobre la atribución del cuidado personal de los hijos comunes. Se regula este pacto en el inciso 1° del artículo 225, el que prescribe:

- Inciso 1° Art. 225 Código Civil: *“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.”*

De acuerdo a la norma citada, los padres pueden regular la forma de atribución y ejercicio del cuidado personal de los hijos, conforme a su autonomía privada, en el modelo de cuidado personal que mejor responda a las necesidades de la familia; pudiendo pactar la atribución del cuidado personal de los hijos en forma exclusiva por uno de los progenitores o atribuirse el cuidado personal de forma compartida entre ambos.

Se trata de un acto solemne que debe realizarse por escritura pública o mediante acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, la cual debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento de los hijos dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento. Se debe destacar que en ambos casos no se requiere de aprobación judicial. Estimamos que esta opción legislativa de no someter esta clase de acuerdos a aprobación judicial tiene el riesgo de que los progenitores celebren pactos que pueden ser contrarios al interés superior del hijo en el caso concreto, más aún en el caso de que se realice mediante acta extendida ante oficial del registro civil, para lo cual ni siquiera se requiere de asesoría letrada.

También es procedente regular el cuidado personal de los hijos mediante el acuerdo de relaciones mutuas del artículo 21 de la Ley N°19.947 sobre Matrimonio Civil, en aplicación de los artículos 27 y 55 del mismo cuerpo legal, en los casos de separación judicial y divorcio por cese de la convivencia, solicitados por ambos cónyuges de consuno. En este caso el acuerdo debe ser sometido a aprobación judicial, razón por la cual, debería manifestarse el

derecho del hijo a ser oído, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia, situación que nos parece discriminatoria en relación a los hijos de padres separados que no provienen de un matrimonio. Aun así, es de conocimiento general que habitualmente los Tribunales de Justicia aprueban estos acuerdos sin dar lugar a que los niños, niñas y adolescentes ejerzan su derecho a ser oídos.

Esos son los mecanismos por los cuales la ley de manera expresa permite la atribución del cuidado personal de los hijos entre ambos progenitores. Sin embargo, teniendo presente que el espíritu de la legislación fue entregar a la autonomía de la voluntad de los padres la regulación en la materia y fomentar las soluciones colaborativas, podemos agregar los siguientes actos jurídicos en que ambos padres pueden regular el régimen de cuidado personal, ya sea unilateral o compartido:

- a) Acuerdo en sede de mediación aprobado judicialmente.
- b) Avenimiento o transacción aprobada judicialmente.
- c) Acta de conciliación en audiencia.

En definitiva, el legislador ha entregado a los padres la primera opción de atribución del cuidado personal de los hijos para que puedan pactar libremente el modelo de reorganización familiar más adecuado luego de la ruptura de su relación de pareja, asumiendo también que ellos son los principales llamados a cautelar el mejor interés para sus hijos respetando a su vez el derecho a la vida privada.

7.2.1.2. Atribución Legal.

La nueva regla de atribución legal supletoria se encuentra en el inciso 3° del artículo 225 de nuestro Código Civil e indica lo siguiente:

- Inciso 3° Art. 225 Código Civil: *“A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo.”*

Recordemos que la anterior regla de atribución supletoria entregaba automáticamente, por el hecho de la separación de los padres, el cuidado personal de los hijos a la madre. La regla actual “es una norma de atribución supletoria, que deja en igualdad de condiciones a los

padres, eliminando la preferencia materna, y que protege el interés superior de los hijos al mantener su situación, priorizando su estabilidad material y espiritual.”⁴²

La determinación de esta regla de aplicación supletoria no estuvo exenta de controversias, debiendo someterse a discusión y lograr una norma de acuerdo en comisión mixta. Así, la regla de atribución supletoria de cuidado personal aprobada en primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados prescribía que, *“Mientras no haya acuerdo entre los padres o decisión judicial, a la madre toca el cuidado personal de los hijos menores, sin perjuicio de la relación directa, regular y personal que deberán mantener con el padre”*⁴³. Esta disposición perpetuaba la regla de preferencia materna en la atribución del cuidado personal.

Luego, en segundo trámite constitucional, el Senado reemplazó dicha disposición por la siguiente: *“Si los padres viven separados y no hubiere acuerdo entre ellos, compartirán la responsabilidad y todos los derechos y obligaciones respecto de los hijos comunes. Sin perjuicio de lo anterior y mientras no exista acuerdo, el juez deberá resolver dentro de sesenta días quién tendrá a cargo el cuidado del hijo. En el intertanto, éste continuará bajo el cuidado de la persona con quien esté residiendo, sea ésta el padre, la madre o un tercero.”*⁴⁴ Si bien, esta redacción eliminaba la regla de preferencia materna en la atribución del cuidado personal de los hijos y establecía una atribución transitoria del cuidado personal al progenitor con quien los hijos residen, fue rechazada en tercer trámite constitucional por la cámara de Diputados, principalmente, debido a que la reiteración del principio de corresponsabilidad parental en la disposición daba a entender que el régimen supletorio era el cuidado personal compartido y además porque la inclusión de un plazo de sesenta días para que el juez determinara a qué progenitor se le atribuiría el cuidado personal de los hijos, era más bien propio de una ley procesal que una ley sustantiva. Finalmente, se logró una redacción de consenso en comisión mixta, que corresponde al actual inciso tercero del artículo 225 que consagra el principio de igualdad entre los progenitores, evita la judicialización inmediata y bajo un factor no discriminatorio como lo es la convivencia.

Nos parece acertada la decisión del legislador en mantener una regla de atribución supletoria, ya que evita la necesidad de judicializar todos los casos para determinar la

⁴² LEPIN, Cristián. Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley N° 20.680. En: Revista de Derecho. Escuela de Postgrado. N° 3. p.291.

⁴³ Artículo 1°, N° 1 de la Cámara de Diputados, N°2 del Senado, Inciso 4° del Artículo 225 del Código Civil. Informe de Comisión Mixta. Senado. Fecha 10 de junio de 2013. Cuenta en Sesión 26. Legislación 361. En: Biblioteca del Congreso Nacional. Op. Cit. p. 635.

⁴⁴ *Ibid.* p. 636.

atribución del cuidado personal de los hijos. Pero más acertado aún fue considerar una situación de hecho, como lo es la convivencia con uno de sus progenitores, y no una atribución legal orientada a conservar la asignación de roles en virtud del sexo de los progenitores, como lo hacía la redacción aprobada en primer trámite constitucional por la cámara de Diputados.

7.2.1.3. Atribución Judicial.

Por último, procede la atribución judicial del cuidado personal de los hijos en los casos en que los progenitores no logren un acuerdo o para modificar un régimen de cuidado personal vigente, sin importar si su origen de carácter convencional, legal o judicial. A continuación, se analizarán los incisos 4°, 5° y 6° del Artículo 225.

- Inciso 4° del Artículo 225 Código Civil: “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.”

De acuerdo al inciso 5° del artículo 225 del Código Civil, cualquiera de los padres puede solicitar al Juez de Familia, a través de demanda judicial, la atribución exclusiva del cuidado personal de los hijos, quedando vetada la posibilidad de plantear una demanda de cuidado personal compartido, por carecer el juez de facultades para fallar en tal sentido.

En cuanto al objeto del juicio de cuidado personal, se deberá establecer por el tribunal, en virtud de la prueba ofrecida y rendida por las partes, cuál de los padres garantiza de mejor manera el interés superior de los hijos, ello se colige de la frase “(...) cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente.” Es decir, el juicio ya no se trata de señalar inhabilidades del otro progenitor, ni comprobar ‘maltrato, descuido o causal calificada’ del cual fueron objeto los hijos. Tampoco se debe demostrar que el interés del hijo haga ‘indispensable’ la modificación del régimen y ejercicio de cuidado personal vigente. En definitiva, el objeto del juicio es atribuir el cuidado personal al padre o madre que pueda garantizar la mayor realización espiritual y material posible de los hijos.

En relación a las circunstancias a considerar por el juez para determinar cuál de los padres garantiza de mejor manera el interés superior de los hijos, en el inciso 5° del artículo 225 se señala que “en ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la

capacidad económica de los padres”. Dicho de otro modo, la capacidad económica de los padres es una circunstancia susceptible de valoración para determinar cual contiene las condiciones más convenientes para ejercer el cuidado personal, pero no puede basar su fundamentación sólo en ello.

- Inciso 6° del Artículo 225 Código Civil: *“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.”*

Por último, el inciso sexto del artículo 225 del Código Civil establece una obligación al Juez de Familia de fijar un régimen de relación directa y regular en favor del progenitor no custodio, deberá actuar de oficio o a solicitud de parte.

7.2.1.3.1. Criterios y circunstancias a considerar por el Juez para el establecimiento del régimen y ejercicio del Cuidado Personal de los hijos.

El artículo 225-2 del Código Civil introducido por la Ley N° 20.680, enumera un catálogo de criterios y circunstancias a valorar por el Juez de Familia para atribuir judicialmente el Cuidado Personal del hijo a uno u otro progenitor. Estos criterios son:

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.

En definitiva, se tratan de criterios objetivos y preestablecidos para que el Juez pueda determinar cuál de los padres garantiza de mejor manera el interés de los hijos, de modo que se le atribuya el cuidado personal. Consideramos que son, por una parte, esenciales para que el Juez de Familia pueda decidir, sobre todo en aquellos casos difíciles en que prácticamente ambos padres demuestren igualdad de condiciones para ejercer el cuidado personal de sus hijos, pero, además, son esenciales para la construcción del interés superior del hijo en el caso concreto.

7.3. Modalidades de Cuidado personal de los hijos reconocidas por el legislador.

Hoy nuestra legislación admite dos modalidades de atribución de cuidado personal de los hijos luego de la separación de sus progenitores: el cuidado personal unilateral y el cuidado personal compartido.

El cuidado personal unilateral, como ya se señaló en el apartado 6.3 de este capítulo, consiste en que producida la separación de los progenitores los hijos residen sólo con uno de sus padres quien debe otorgar el cuidado directo que esa convivencia exige, mientras que al otro le corresponde un derecho de relación directa y regular. Procede su atribución, conforme a nuestra legislación vigente, de forma convencional, legal o judicial.

El Cuidado personal compartido, instituto recientemente incorporado a nuestro derecho de familia por la Ley N° 20.680, de acuerdo al inciso 2° del artículo 225 del Código Civil, “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.” En cuanto a su atribución, de acuerdo al inciso 1° del artículo 225 Código Civil, solo procede de manera convencional. En el próximo capítulo se analizará este modelo de organización familiar en conjunto a los principios que lo inspiran.

CAPITULO II: CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO

Como se expuso en el capítulo anterior, uno de los objetivos más importantes de la Ley N° 20.680 fue el reconocimiento e integración en rango legal del instituto del Cuidado Personal compartido de los hijos.

En este capítulo se realizará un examen del cuidado personal compartido incorporado en nuestra legislación, partiendo por su conceptualización, modalidades, su contenido y sus formas de establecimiento, para finalizar con un análisis de cada uno de los principios que inspiran e informan esta institución.

1. Concepto de Cuidado Personal Compartido.

Se ha definido el cuidado personal compartido como “aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos determinados”⁴⁵.

El cuidado personal compartido es un instituto completamente nuevo en nuestro derecho nacional. La Ley N° 20.680 introdujo esta institución en el artículo 225 del Código Civil, a propósito de la atribución convencional del cuidado personal del hijo luego de la separación de sus padres, y en su inciso segundo lo define de la siguiente manera:

- Art. 225 inciso 2° Código Civil: *“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.”*

⁴⁵ LATHROP, Fabiola. (2008). Op.cit. p. 286.

Efectuando un análisis literal del inciso segundo del artículo 225 del Código Civil, podemos constatar que la definición contenida en él responde a las siguientes preguntas: ¿qué es el cuidado personal compartido?, ¿cuál es finalidad del cuidado personal compartido? y ¿de qué forma se realizará este cuidado personal compartido?

1.1. ¿Qué es el cuidado personal compartido? Un régimen de vida.

De acuerdo al artículo 225 inciso segundo, desde el punto de vista ontológico, el cuidado personal compartido se concibe como un 'régimen de vida', es decir, se trata una forma de organización familiar que tiene lugar luego de la ruptura de la relación de pareja de los padres el cual consistirá, previo acuerdo de los progenitores, en la atribución y ejercicio conjunto del derecho deber de cuidado personal en la modalidad que estimen más adecuada a la nueva situación familiar de hecho, principalmente en lo relativo a la residencia y la toma de decisiones respecto a la crianza y educación de los hijos comunes.

Previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.680, cuando los progenitores decidían poner fin a su relación de pareja, matrimonial o de convivencia, la única opción de reorganización familiar reconocida de manera expresa por el legislador nacional era el cuidado personal unilateral, en virtud del cual, sólo uno de los progenitores ejercía el derecho deber de cuidado personal diariamente, estableciéndose en favor del padre no custodio, un derecho de relación directa y regular con los hijos consistente en "aquel derecho que asiste a padres e hijos para mantener una recíproca vinculación, trato, convivencia o contacto periódico y estable en sentido amplio, y de tantas formas como sea posible"⁴⁶, y que se caracterizaba por ser "una relación 'puertas afuera' por periodos reducidos, pudiendo ser ejercido tanto de manera presencial como por los medios que la tecnología ofrece"⁴⁷. En resumen, en el modelo de custodia unilateral de los hijos el progenitor cuidador convive con los hijos y se encarga de sus necesidades diarias, mientras que el padre no custodio se relaciona con los hijos en un tiempo más reducido y acotado, generalmente dos fines de semana por mes, fuera de la de la residencia habitual de sus hijos.

Hoy en cambio, con la adopción de un ejercicio y régimen de cuidado personal compartido acordado por los progenitores, ya no sería apropiado hablar de un padre cuidador

⁴⁶ ACUÑA, Marcela. Derecho de relación directa y regular. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing Chile. 2014. p. 41.

⁴⁷ LATHROP, Fabiola. Cuidado Personal y Relación Directa y Regular. Estudio exploratorio en los Tribunales de Familia de la Región Metropolitana. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing Chile. 2013. p 123.

y un padre no custodio, pues en definitiva, cualquiera que sea la modalidad de cuidado personal compartido que se adopte, ambos padres reconocen y asumen la titularidad conjunta del derecho función de cuidado personal, repartiéndose tanto los periodos de residencia y convivencia de los hijos comunes, como también las decisiones en torno a su crianza y educación, en pos de la mejor concreción del interés superior de los hijos comunes.

1.2. ¿Cuál es su finalidad? Estimular la corresponsabilidad en la crianza y educación de los hijos respecto de ambos padres que viven separados.

Desde un punto de vista teleológico, el cuidado personal compartido está pensado con la finalidad de fomentar la corresponsabilidad de ambos padres en la crianza y la educación de los hijos. Este principio, recientemente integrado en nuestra legislación en el artículo 224 inciso primero, instituye que los padres vivan juntos o separados, tienen el derecho y el deber participar de manera activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos comunes.

No debe confundirse el principio de corresponsabilidad parental con el cuidado personal compartido. La corresponsabilidad parental es un principio orientador del ejercicio de la parentalidad, es un imperativo relativo al como “debe ser” el aspecto personal de la relación de filiación en todo evento y cualquiera que sea el modo de organización familiar, siendo un principio inspirador tanto durante la vida conjunta de los progenitores como al momento de su separación. El cuidado personal compartido, por su parte, no es más que uno de los modelos de reorganización familiar que ofrece la ley, y que, en palabras del legislador, es el que más estimula la corresponsabilidad parental cuando los padres viven separados. Así ha llegado a afirmarse que el cuidado personal compartido es “la máxima expresión de la corresponsabilidad parental o su expresión más fidedigna.”⁴⁸

En definitiva, el cuidado personal compartido es un modelo de reorganización familiar cuya finalidad, inspirada en el principio de corresponsabilidad parental, exige el desarrollo de una colaboración conjunta entre ambos padres de forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos comunes.

⁴⁸ LATHROP, Fabiola. La corresponsabilidad parental. En: Estudios de Derecho Civil IV: Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Coordinador: Pizarro Wilson, Carlos. Universidad Diego Portales. Santiago. Legal Publishing. 2009. p. 209.

1.3. ¿De qué forma? Mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

Tras la separación de los progenitores, el cuidado personal compartido puede verificarse a través de diversos modelos de organización de convivencia entre padres e hijos. Así, la organización familiar, por medio de un acuerdo de cuidado personal compartido puede adoptar las siguientes modalidades:⁴⁹

- a) Cuidado personal compartido con progenitor residente principal: En esta modalidad de cuidado personal compartido se designa un progenitor principal con quien el hijo convive la mayor parte del tiempo.
- b) Cuidado personal compartido alternado o sucesivo: En esta modalidad el derecho deber de cuidado personal de los hijos se desarrolla a través de la alternancia más o menos preestablecida del hijo en los domicilios de cada uno de los progenitores.
- c) Cuidado personal compartido de anidación: En esta última modalidad el derecho deber de cuidado personal de los hijos se desarrolla mediante la rotación parental en la vivienda asignada a los hijos.

El legislador nacional, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones⁵⁰, no impone ni describe ningún modelo particular de cuidado personal compartido, así la norma sólo exige que los progenitores en virtud de su autonomía privada, establezcan un sistema de residencia que asegure una adecuada estabilidad y continuidad para el desarrollo de los hijos.

Se ha criticado que el legislador solo haya puesto énfasis en el factor de residencia para determinar que se trata de un cuidado personal compartido, sin considerar que los derechos y deberes de los padres para con los hijos en el ámbito personal de la relación de filiación, relativos a la crianza y educación, son mucho más amplios. En tal sentido la disposición nada dice acerca del derecho de ambos padres de participar en la adopción de las decisiones importantes en esos aspectos⁵¹. Por lo demás, la exigencia de una adecuada

⁴⁹ Así de acuerdo a: LATHROP, Fabiola. Custodia Compartida de los Hijos. Madrid. Editorial La Ley. 2008. p. 286; y, LATHROP, Fabiola. Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos. En: Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fuego Laneri, Universidad Diego Portales. N° 10. 2008. p. 12.

⁵⁰ Así, en el Artículo 650 del Código Civil y Comercial de la República Federal Argentina: “*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.*”

⁵¹ TAPIA, Mauricio. Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos (Ley N°20.680). En: Revista de Derecho de Familia Vol.1. Director: Lepín Molina, Cristián. Thompson Reuters. 2014. p. 18.

estabilidad y continuidad, parecen ser contrarios al establecimiento de un régimen y ejercicio de un cuidado personal compartido con rotación de domicilios, ya sea en forma alternada o sucesiva.

En nuestra opinión, para que pueda hablarse de cuidado personal compartido debe existir, al menos, un tipo distribución de los tiempos de convivencia entre progenitores e hijos para así diferenciarse de una atribución unilateral del cuidado personal; pero también, para que el principio de corresponsabilidad parental que profesa no quede en letra muerta, han de establecerse ciertos mecanismos que establezcan de forma clara y precisa, cómo se efectuará la participación de ambos padres en la crianza y educación de los hijos.

2. Formas de establecimiento del Cuidado Personal compartido.

El cuidado personal compartido de los hijos, como modelo de reorganización familiar luego de la ruptura de la relación de pareja entre los progenitores, sólo procede por acuerdo de los padres, en conformidad con el inciso 1° del artículo 225 del Código Civil.

- Inciso 1° del Art. 225 C. C.: “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.”

De la norma citada se desprende que, el acto jurídico que da origen al cuidado personal compartido tiene un carácter convencional, y como tal, requiere del acuerdo de las voluntades de ambos padres en establecer un régimen y ejercicio conjunto del cuidado personal de los hijos. Este acuerdo puede realizarse a través de una Escritura Pública o Acta extendida ante Oficial del Registro Civil, la que en ambos casos deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del o los hijos dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento.

La Ley N° 20.680 modificó el artículo 21 de la Ley N° 19.947 relativo al acuerdo de relaciones mutuas en materia de nulidad, separación y divorcio; sustituyendo su inciso segundo por el siguiente texto.

- Inciso 2° del art. 21 de la Ley N° 19.947: *“En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado. **En este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido.**”*

En definitiva, la ley reconoce expresamente los siguientes instrumentos como válidos y eficaces para que los padres puedan acordar el cuidado personal compartido de los hijos:

- a) Acuerdo de Cuidado Personal Compartido por Escritura Pública de Cuidado Personal Compartido.
- b) Acuerdo de Cuidado Personal Compartido mediante Acta extendida ante Oficial del Registro Civil.
- c) Acuerdo de Cuidado Personal compartido dentro del acuerdo de relaciones mutuas y con los hijos del artículo 21 de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil.

La enumeración anterior es aparentemente taxativa, sin embargo, una interpretación más extensiva - tal como se señaló respecto a la atribución convencional del cuidado personal de los hijos en el capítulo anterior- que considere el espíritu de la legislación en cuanto a entregar estos asuntos a la autonomía de la voluntad de los progenitores, el fomento de las soluciones colaborativas en los casos de conflicto de familiar y el reconocimiento al interés superior de los hijos, podemos agregar los siguientes instrumentos a través de los cuales los padres podrían convenir en un acuerdo de cuidado personal compartido de los hijos:

- d) Acuerdo de Cuidado Personal Compartido en sede de mediación aprobado por el Juez de Familia.
- e) Acuerdo de Cuidado Personal compartido por Avenimiento o Transacción aprobados por el Juez de Familia.
- f) Acuerdo de Cuidado Personal Compartido contenido en Acta de Conciliación en audiencia ante el Juez de Familia.

Sin perjuicio de lo ya expuesto, analizaremos brevemente cada uno de los instrumentos indicados, en cuanto versen sobre un acuerdo de cuidado personal compartido, principalmente en lo que dice relación a sus requisitos formales y de fondo.

2.1. Acuerdo de Cuidado Personal Compartido por Escritura pública.

El acuerdo de cuidado personal compartido celebrado entre los progenitores en este caso se trata de un acto solemne. Por lo tanto, deberá cumplir con los requisitos de forma a toda escritura pública, en cuanto a que debe ser autorizado por notario competente, incorporarse en un registro público o protocolo y otorgarse con las solemnidades legales⁵².

En cuanto a su contenido de fondo, los padres tienen plena libertad para fijar la modalidad de cuidado personal compartido que estimen conveniente, estableciendo el cuidado personal compartido con progenitor residente principal, de forma alterna o sucesiva. Los límites a la autonomía privada de los progenitores solo consisten en que el régimen de cuidado personal compartido convenido tenga una adecuada estabilidad y continuidad; y el interés superior del hijo, por lo que son aplicables los criterios del artículo 225-2 del Código Civil para su determinación. Aunque se contempla como principio el derecho del niño a ser oído, no se exige ni se prohíbe la participación del hijo en la confección del acuerdo de cuidado personal compartido. Sin embargo, pese a los límites mencionados, no es posible que nadie controle su cumplimiento pues estos acuerdos no requieren de aprobación judicial alguna.

Finalmente, luego de celebrado el acuerdo de cuidado personal compartido por escritura pública, ésta debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento de los hijos dentro de los treinta días subsiguientes a la fecha de su otorgamiento.

2.2. Acuerdo de Cuidado Personal Compartido Mediante Acta extendida ante Oficial del Registro Civil.

Se trata de un acuerdo solemne que se efectúa mediante una declaración extendida por ambos padres ante un oficial del Registro Civil, de la cual éste levantará acta en que ambos manifiesten atribuir y establecer un régimen de ejercicio conjunto del cuidado personal de sus hijos comunes.

⁵² VODANOVIC, Antonio. Manual de Derecho Civil. Parte Preliminar y General. Tomo II. Editorial Lexis Nexis. Santiago, Chile. 2006. p. 288.

En relación al contenido de fondo, los progenitores podrán acordar el modelo de cuidado personal compartido que más se acomode a la nueva realidad familiar, ello en virtud de su autonomía privada.

El acta que contiene el acuerdo de cuidado personal compartido debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento de los hijos dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.

El acuerdo de cuidado personal compartido, así suscrito, no requiere para su validez de homologación judicial y tampoco de la participación de los hijos, pues solo basta que los progenitores acudan ante el oficial del registro civil quien solo tiene la obligación de levantar acta del acuerdo sin realizar evaluación alguna del acuerdo suscrito. Esto nos parece grave pues los progenitores podrían establecer acuerdos de cuidado personal compartido que no tengan una adecuada estabilidad o continuidad para el desarrollo del hijo o a arribar a acuerdo que derechamente no sea conveniente para el interés de los hijos, más aún cuando para su suscripción ni siquiera se requiere de asistencia letrada.

2.3. Acuerdo de Cuidado Personal Compartido dentro del acuerdo de relaciones mutuas y con los hijos del artículo 21 de la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil.

Los progenitores podrán acordar el cuidado personal compartido de los hijos comunes a través del acuerdo de relaciones mutuas y con los hijos, contemplado en el artículo 21 de la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil⁵³ a propósito de los juicios de separación y de divorcio por cese de la convivencia solicitados por los cónyuges de mutuo acuerdo.

Recordemos que en ambos casos es un requisito obligatorio para los solicitantes el presentar un acuerdo que debe regular de manera completa y suficiente tanto las relaciones entre los cónyuges como las con los hijos. El acuerdo así presentado, en conformidad a los artículos 27 inciso segundo y 55 inciso segundo de la Ley N° 19.947⁵⁴, será completo si regula

⁵³ Artículo 27 Inciso 2°. Ley N° 19.947: “Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio.

En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado. En este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido.

Los acuerdos antes mencionados deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables.”

⁵⁴ Así ambas normas señalan respectivamente:

todas y cada una de las materias del artículo 21 de la Ley N° 19.947, esto es: alimentos, cuidado personal, y relación directa y regular; y será suficiente, si resguarda el interés de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas hacia el futuro entre los cónyuges. En consecuencia, para que dicho acuerdo sea completo y suficiente requiere de una declaración judicial expresa en tal sentido.

A raíz de lo expuesto y comparando esta forma de establecer el cuidado personal compartido de los hijos con los dos instrumentos anteriormente analizados debemos hacer algunas precisiones en cuanto a los requisitos de forma y de fondo del acuerdo.

En cuanto a los requisitos de forma del acuerdo de relaciones mutuas y para con los hijos, la Ley N° 19.947 no exige ninguna formalidad en cuanto al instrumento en que se suscriba el acuerdo regulador del artículo 21. Por ello consideramos que sólo basta que conste por escrito pudiendo, incluso, ser presentado en un otrosí de la solicitud de separación judicial o divorcio, ello en razón de que los instrumentos solemnes que trata el artículo 22⁵⁵ de dicho cuerpo legal, son requeridos solamente para efectos de dar fecha cierta al cese de la convivencia y no hacen referencia al contenido del acuerdo regulador.

En cuanto a sus requisitos de fondo, como ya fue señalado, el acuerdo del artículo 21 de la Ley N° 19.947⁵⁶ requiere ser declarado completo y suficiente por el juez que esté

Artículo 27, inciso 2°. Ley N° 19.947: *“Si la solicitud fuere conjunta, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro entre los cónyuges cuya separación se solicita.”*

Artículo 55, inciso 2°. Ley N° 19.947: *“El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita.”*

⁵⁵ Artículo 22. Ley N° 19.947: *“El acuerdo que conste por escrito en alguno de los siguientes instrumentos otorgará fecha cierta al cese de la convivencia:*

- a) escritura pública, o acta extendida y protocolizada ante notario público;*
- b) acta extendida ante un Oficial del Registro Civil, o*
- c) transacción aprobada judicialmente.*

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, si el cumplimiento del acuerdo requiriese una inscripción, subinscripción o anotación en un registro público, se tendrá por fecha del cese de la convivencia aquélla en que se cumpla tal formalidad.

La declaración de nulidad de una o más de las cláusulas de un acuerdo que conste por medio de alguno de los instrumentos señalados en el inciso primero, no afectará el mérito de aquél para otorgar una fecha cierta al cese de la convivencia.”

⁵⁶ Artículo 21. Ley N° 19.947: *“Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio.*

En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que

conociendo de las solicitudes de separación judicial y divorcio. En este sentido, dicho acuerdo deberá regular de forma expresa las relaciones mutuas de los progenitores, en cuanto a los alimentos que se deban y al régimen patrimonial del matrimonio; y, respecto a los hijos debe establecerse una regulación sobre el Cuidado personal, la relación directa y regular, y los alimentos a favor de los hijos.

En cuanto al cuidado personal de los hijos, los solicitantes de separación o divorcio podrán pactar un régimen y ejercicio de cuidado personal compartido, en virtud del inciso segundo del artículo 21⁵⁷ de la ley de Matrimonio Civil. En tal caso, los cónyuges en virtud de su autonomía de la voluntad podrán pactar la modalidad de cuidado personal compartido que mejor se adecúe a la realidad familiar, pudiendo establecerlo mediante la asignación de un progenitor principal, de forma alternada o sucesiva.

En relación al derecho de relación directa y regular, debemos distinguir que su regulación dependerá de la modalidad de cuidado personal compartido escogida por los progenitores. Si el cuidado personal compartido se desarrollará mediante la designación de un progenitor principal que ejercerá el cuidado personal de los hijos durante la mayor parte del tiempo, parece razonable establecer un régimen de relación directa regular con el otro de los progenitores. Si se trata de un acuerdo de acuerdo de cuidado personal compartido que se desarrollará de forma alternada o sucesiva, nos parece que dependerá de la frecuencia en que la alternancia o sucesión en el ejercicio del cuidado personal de los hijos la que indicará la necesidad o no de regular el derecho de relación directa y regular. En definitiva, creemos que en lo relativo al derecho de relación directa y regular, basta que el acuerdo regulador mencione de forma expresa los motivos de regularlo y sus modalidades; o si no se va a regular, debe mencionarse en forma expresa las razones por las que no tendrá regulación.

Por último, respecto al derecho de alimentos, ambos progenitores deberán establecer en el acuerdo el mecanismo en que han de contribuir a los gastos necesarios para la subsistencia de los hijos comunes. Nos parece razonable que si se pacta el cuidado personal

no los tuviere bajo su cuidado. En este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido.

Los acuerdos antes mencionados deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables”.

⁵⁷ *Ibíd.*

compartido de los hijos se solicite la creación de una cuenta de ahorro en la que ambos padres contribuirán y controlarán de manera conjunta.

En este caso, como el acuerdo regulador contiene materias que atañen directamente a los niños, niñas y adolescentes debería hacerse efectivo su derecho a ser oído reconocido expresamente en el artículo 16 de la Ley N° 19.968. No obstante, lo habitual es que nuestros tribunales de familia aprueben estos acuerdos sin escuchar a los hijos, bastando únicamente que se encuentren reguladas las materias sin entrar a un examen de fondo.

2.4. Otros instrumentos por los cuales podría acordarse el cuidado personal compartido de los hijos no enunciados en la ley.

Como ya se ha señalado, la regla de atribución convencional permite a los progenitores acordar la atribución compartida del cuidado personal de los hijos mediante escritura pública, acta extendida ante oficial del registro civil y mediante el acuerdo del artículo 21 de la Ley 19.947. Una interpretación restrictiva de la norma implicaría que se trata de una enumeración taxativa de las formas en que puede celebrarse el acuerdo de cuidado personal compartido, sin embargo, creemos que hay otros instrumentos válidos en que los padres pueden establecer el cuidado personal compartido de los hijos, pues se tratan de otras manifestaciones de la autonomía de la voluntad de los padres que constituyen soluciones colaborativas, estimulan la corresponsabilidad parental y también concretan el interés superior de los hijos. A continuación, se examinarán estos instrumentos que no han sido señalados de manera expresa y que consideramos suficientes para fijar un régimen y ejercicio de cuidado personal compartido de los hijos.

2.4.1. Acuerdo de Cuidado Personal Compartido en sede de mediación aprobado por el Juez de Familia.

Nuestra justicia de familia contempla dentro de su sistema a la mediación⁵⁸. Se trata de una instancia cuya finalidad es que las partes, por sí mismas, encuentren una solución a sus conflictos mediante acuerdos con la ayuda de un tercero imparcial sin poder de decisión.

⁵⁸ Artículo 103. Ley N° 19.968: “*Mediación. Para los efectos de esta ley, se entiende por mediación aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos.*”

El cuidado personal de los hijos es, precisamente, una de las materias de mediación obligatoria en nuestro sistema de justicia de familia de acuerdo a lo señalado en el artículo 106 de la Ley N° 19.968⁵⁹. Debido a esto consideramos que es posible que los progenitores acuerden un régimen y ejercicio de cuidado personal compartido de los hijos en esta sede, sobre todo porque se trata de acuerdos que, pese a la intervención de un tercero, se arriban en virtud de la autonomía de la voluntad de los solicitantes y participantes del proceso de mediación.

El acuerdo de cuidado personal compartido en esta sede deberá plasmarse en el acta de mediación que de conformidad a los incisos primero y segundo del artículo 111 de la Ley N° 19.968⁶⁰, debe ser remitida por el mediador al juez de familia competente para su aprobación en todo aquello que no fuere contrario a derecho.

A pesar de que se trata de una instancia en que los progenitores pueden tomar sus decisiones de forma autónoma, como los enumerados en el inciso primero del artículo 225 de nuestro Código Civil, no entendemos por qué el legislador no estableció de manera expresa que los progenitores pudieran acordar el cuidado personal compartido de los hijos en esta sede, siendo una ocasión en la que precisamente se busca encontrar soluciones colaborativas entre las partes. Esperamos que nuestros tribunales no hagan una interpretación restrictiva del inciso primero del artículo 225 del Código Civil rechazando los acuerdos de cuidado personal compartido arribados en esta sede por no plasmarse en los instrumentos que señala dicha norma.

⁵⁹ Artículo 106. Ley N° 19.968: *“Mediación previa, voluntaria y prohibida. Las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, el que se registrará por las normas de esta ley y su reglamento.”*

⁶⁰ Artículo 11, incisos 1° y 2°. Ley N° 19.968: *Acta de mediación. En caso de llegar a acuerdo sobre todos o algunos de los puntos sometidos a mediación, se dejará constancia de ello en un acta de mediación, la que, luego de ser leída por los participantes, será firmada por ellos y por el mediador, quedando una copia en poder de cada una de las partes.*

El acta deberá ser remitida por el mediador al tribunal para su aprobación en todo aquello que no fuere contrario a derecho, pudiendo el juez en todo caso, subsanar los defectos formales que tuviera, respetando en todo momento la voluntad de las partes expresada en dicha acta. Aprobada por el juez, tendrá valor de sentencia ejecutoriada.

2.4.2. Acuerdo de Cuidado Personal Compartido por avenimiento o transacción aprobados por el Juez de Familia.

También procede que los padres acuerden voluntariamente la atribución compartida del cuidado personal de los hijos a través de una transacción o un avenimiento en materia de cuidado personal presentada ante el tribunal de familia. Tanto la transacción como el avenimiento son salidas alternativas de resolución de conflictos y equivalentes jurisdiccionales a una sentencia definitiva, en cuanto se apruebe que el acuerdo arribado por ese medio es conforme a derecho por juez de familia. Además, ambos son instrumentos en que se manifiesta el principio de colaboración consagrado en el artículo 14 de la Ley N° 19.968⁶¹, en razón de que ambos se orientan a poner fin a un conflicto presente o eventual, evitan la confrontación entre las partes y se tratan de soluciones acordadas voluntariamente por las partes, y en este caso concreto, los progenitores.

La transacción y el avenimiento en que se acuerde el cuidado personal compartido de los hijos, una vez presentados de manera conjunta por los progenitores ante el tribunal de familia, deberán someterse a un examen de conformidad con el derecho vigente. Como hoy es reconocida la figura del cuidado personal compartido de manera expresa en el artículo 225 del Código Civil, creemos que, mientras el acuerdo de cuidado personal compartido sea conforme a derecho y cumpla con los requisitos de estabilidad y continuidad en el sistema de residencia de los hijos, deberá ser aprobado por el juez de familia en la etapa de recepción en conformidad a lo dispuesto en el artículo 54-2 de la Ley N° 19.968⁶².

2.4.3. Acuerdo de Cuidado Personal Compartido contenido en Acta de Conciliación en Audiencia ante el Juez de Familia.

Creemos que también puede pactarse por los progenitores el cuidado personal compartido una vez iniciado un juicio de cuidado personal de los hijos a través de un acuerdo arribado en conciliación, ya sea que las bases del acuerdo hayan sido promovidas por el juez

⁶¹ Artículo 14. Ley N° 19.968: “Colaboración. Durante el procedimiento y en la resolución del conflicto, se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas.”

⁶² Artículo 54-2. Ley N° 19.968: “Facultades del juez en la etapa de recepción. Una vez admitida la demanda, denuncia o requerimiento a tramitación, el juez procederá de oficio o a petición de parte, a decretar las medidas cautelares que procedan, incluyendo la fijación de alimentos provisorios cuando corresponda. Luego de ello, citará a las partes a la audiencia correspondiente.

El tribunal conocerá también en esta etapa de los avenimientos y transacciones celebrados directamente por las partes y los aprobará en cuanto no sean contrarios a derecho.

Si en el acta de mediación consta que el proceso de mediación resultó frustrado, dispondrá la continuación del procedimiento judicial, cuando corresponda”.

o los progenitores. Ello es conforme, como se ha señalado con anterioridad, con los principios formativos del procedimiento de familia de colaboración y del interés superior del niño, niña y adolescente; y, además, con los principios de autonomía de la voluntad y corresponsabilidad parental impulsados por la Ley N° 20.680.

Consideramos particularmente que ésta es una buena instancia para acordar el cuidado personal compartido de los hijos por los progenitores ya que, primero, ambos padres se encuentran asesorados jurídicamente por abogados; segundo, nuestros tribunales de familia cuentan con un equipo interdisciplinario (consejeros técnicos) quienes pueden opinar y orientar a las partes a arribar esta clase de acuerdos; tercero, se cuenta con la presencia del juez de familia quien ha de cumplir una labor de garante de los derechos, tanto de los progenitores como de los hijos; y por último, en esta instancia existe el deber del tribunal de oír a los hijos en aplicación a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley N° 19.968⁶³.

En definitiva, opinamos que un acuerdo de cuidado personal compartido arribado en conciliación tiene la característica especial de ser elaborado no solo por la autonomía de la voluntad de los padres ya que también contaría con la consideración especial de la opinión de los hijos, garantizándose de mejor manera su interés superior.

Así, nos parece ilustradora la regulación del cuidado personal compartido arribada por los padres en audiencia preparatoria en causa sobre cuidado personal y relación directa y regular Rit: C-968-2013, Ruc: 13-2-0347865-2, del Juzgado de Familia de Quillota. Según consta en el acta de conciliación, los progenitores acordaron establecer una atribución compartida del cuidado personal de sus hijas comunes fijando: primero, un régimen de convivencia alternado con ambas hijas; segundo, en relación al proceso educativo de las niñas, acordaron que ambos tomarán conjuntamente las decisiones en materia de educación y que participarán como apoderados, afirmando además, que el establecimiento educacional donde las niñas estaban matriculadas era el más adecuado; tercero, en el aspecto de la salud de las niñas, convinieron que la madre se preocupará de los aspectos ginecológicos y en cuanto a otros aspectos de salud, ambos progenitores los tratarían de mutuo acuerdo; cuarto, que en

⁶³ Artículo 16. Ley N° 19.968: *“Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.*

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.”

cuanto a fechas especiales (cumpleaños, día del padre, día de la madre, navidad, año nuevo y vacaciones) las niñas lo pasaran de forma alternada con sus progenitores; quinto; en lo relativo al principio de corresponsabilidad parental, los progenitores asumieron la responsabilidad en todo aspecto que se relacione con la crianza de las niñas; y, por último, acordaron participar, tanto progenitores como las hijas, de un Programa de Prevención Focalizado de acompañamiento con el fin de superar cualquier dificultad que pueda surgir y orientarlos en el desarrollo del ejercicio conjunto del cuidado personal de las niñas.⁶⁴

2.5. Demanda de cuidado personal compartido. ¿Es posible la atribución judicial bajo la modalidad de cuidado personal compartido a solicitud de parte?

De la lectura literal del artículo 225 del Código Civil, se desprende que el establecimiento de un régimen y ejercicio de cuidado personal compartido sólo es posible mediante acuerdo de los progenitores. Durante la tramitación de la Ley N° 20.680, se resolvió casi de forma unánime que el cuidado personal compartido solo procedería por convenio entre los padres, ya que la atribución judicial, a través de una demanda de cuidado personal compartido, sería contraria a la lógica asociativa que debe existir entre los progenitores para que un sistema de cuidado personal compartido se lleve a efecto, más aún cuando se establecía como sanción al progenitor titular del cuidado personal de los hijos que obstaculizaba la relación directa y regular con el otro de los padres.⁶⁵

Siguiendo esta línea, nuestros tribunales de familia han declarado que el Juez de Familia carece de facultades para atribuir el cuidado personal de los hijos en forma compartida, en conformidad a lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 225 del Código Civil⁶⁶, en cuanto a que el juez de familia sólo puede atribuir el cuidado personal de forma unilateral a uno solo

⁶⁴ Juzgado de Familia de Quillota. Acta de conciliación. Causa RIT: C-968-2013.

⁶⁵ De acuerdo al Primer Informe de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, el contenido del inciso quinto de la modificación del artículo 225 del Código Civil, contenida en el proyecto de ley disponía que : *“Velando por el interés superior del hijo o hija, podrá el juez entregar el cuidado personal a ambos padres, cuando el padre o madre custodio impidiere o dificultare injustificadamente el ejercicio de la relación directa y regular del padre no custodio con el hijo o hija, sea que ésta se haya establecido de común acuerdo o decretado judicialmente.*

También podrá entregarlo cuando el padre o madre custodio realice denuncias o demandas basadas en hechos falsos con el fin de perjudicar al no custodio y obtener beneficios económicos.” En: Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.680 que Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. p. 87.

⁶⁶ Inciso 4° Art. 225 Código Civil: *“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.”*

de los padres. Así, la decisión del juez en un juicio de cuidado personal de los hijos sólo puede resultar en:

- a) Atribuir el cuidado personal al otro de los padres, cuando se ha aplicado la atribución convencional o legal del cuidado personal de los hijos en favor de sólo uno de los progenitores.
- b) Atribuir el cuidado personal de los hijos a sólo uno de los padres, en el caso en que uno de los progenitores solicita el cuidado personal unilateral de los hijos, estando vigente un acuerdo de cuidado personal compartido.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, se han presentado demandas de cuidado personal compartido por uno de los progenitores ante nuestros tribunales de justicia. Los tribunales superiores de justicia se han pronunciado acerca de las demandas de cuidado personal compartido en dos aspectos, uno formal y otro de fondo. En cuanto al aspecto formal, en relación con la declaración de admisibilidad o no de una demanda de cuidado personal compartido al ser sometida al control de admisibilidad exigido por el artículo 54-1 de la Ley N°19.968⁶⁷. En cuanto al fondo, se han pronunciado sobre posibilidad de que el tribunal atribuya o establezca un régimen y ejercicio de cuidado personal compartido de los hijos en conformidad a lo dispuesto en el inciso 4° del artículo 225 del Código Civil.

Respecto a la procedencia de una demanda de cuidado personal compartido en etapa de admisibilidad ante el juez de familia, han existido casos en que se ha decretado en la resolución que provee la demanda, que la acción de cuidado personal compartido es inadmisibile. Así en causa N° 953-2015(familia), la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, confirmó la resolución que declaró inadmisibile la demanda de cuidado personal compartido interpuesta por el demandante ante el Juzgado de Familia de San Bernardo en causa Rit: C-2080-2015, RUC: 15-2-0478273-0 en base al siguiente razonamiento: *“En cuanto a la demanda de cuidado personal compartido: segundo: Que atendido a lo dispuesto en el artículo 225 del Código Civil que entrega únicamente a los padres la posibilidad de regular el*

⁶⁷ Artículo 54-1. Ley 19.968: *Control de admisibilidad. Uno o más jueces de los que componen el juzgado, realizarán un control de admisibilidad de las demandas, denuncias y requerimientos que se presenten al tribunal.*

Si en dicho control se advirtiese que la demanda presentada no cumple con los requisitos formales previstos en el artículo 57, el tribunal ordenará se subsanen sus defectos en el plazo que el mismo fije, bajo sanción de tenerla por no presentada.

Con excepción de los numerales 8) y 16) del artículo 8°, si se estimare que la presentación es manifiestamente improcedente, la rechazará de plano, expresando los fundamentos de su decisión. La resolución que la rechace será apelable en conformidad a las reglas generales.

El juez deberá declarar de oficio su incompetencia.

régimen de cuidado personal compartido y visto lo dispuesto en el Artículo 8 N°1(Ley N° 19.968)⁶⁸, el recurso de apelación no puede prosperar⁶⁹.

Sin embargo, ha sido mayoritaria la decisión de declarar admisibles las demandas de cuidado personal compartido. Así en causa Rol N° 126-2015 (Familia) de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, se revocó la resolución que declaró inadmisibile la demanda subsidiaria de cuidado personal compartido presentada ante el Juzgado de Familia de Antofagasta en causa Rit: C-1011-2015, RUC: 15-2-0164089-7, en base a que *“no existiendo norma que impida el ejercicio de una demanda de cuidado personal compartido, en la forma que establece la nueva redacción del artículo 225 del Código Civil y visto además lo dispuesto en la Ley N° 19.968 y artículo 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se declara que: I. SE REVOCA la resolución apelada de fecha veinticuatro de abril del presente año, en la parte que no da curso a la demanda subsidiaria de cuidado personal compartido, debiendo proveerla el juez respectivo como en derecho corresponda⁷⁰.*

También fue la solución a la que arribó la Excelentísima Corte Suprema, en causa Rol N° 22881-2014, conociendo del recurso de casación en el fondo, en contra de sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que confirmó la resolución del Tercer Juzgado de Familia de Santiago en causa Rit: C-1101-2014, RUC: 14-2-0081303-1, que declaró inadmisibile la demanda de cuidado personal compartido interpuesta por el demandante. La Corte Suprema acogió el recurso de casación en el fondo ya que *“si bien el control de admisibilidad en los términos señalados en el inciso 3° del artículo 54 1 de la Ley N° 19.968 dice relación con el derecho sustantivo aplicable al caso concreto, no puede ejercerse cuando la pretensión que se formula no está rechazada de forma categórica en la ley de modo tal que impida de manera absoluta, explícita y directa, adoptar cualquier decisión de orden jurisdiccional que pueda solucionar el conflicto jurídico planteado de orden familiar, que, en ese contexto, necesariamente habrá de ser resuelto en la sentencia definitiva que debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, tal como lo garantiza el inciso 5° del numeral 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Una conclusión en sentido contrario, además, contraría la regla de la inexcusabilidad consagrada en el inciso 2° del artículo 76 de la Carta Fundamental y en el inciso 2° del artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, pues,*

⁶⁸ El paréntesis es nuestro.

⁶⁹ Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia de fecha 11 de enero de 2016, en causa Rol N° 953-2015 (Familia), considerando 2°.

⁷⁰ Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de fecha 19 de junio de 2015, en causa Rol N° 126-2015 (familia).

*en definitiva, el tribunal aparece rechazando la intervención reclamada en un asunto que por ley se encuentra entregado a su conocimiento y resolución.*⁷¹ Es importante destacar el voto en contra de la Ministra señora Muñoz y la abogada integrante señora Etcheberry, quienes eran de la opinión de rechazar el recurso de casación en el fondo y confirmar la resolución recurrida en cuanto *“el inciso 3° del artículo 54-1 de la Ley N° 19.968 contempla un control de admisibilidad que no solo debe limitarse al examen del cumplimiento de los requisitos formales de la demanda, sino que debe extenderse al análisis del derecho sustantivo que sirve de fundamento a la pretensión, en el caso concreto y por tratarse de una demanda de cuidado personal compartido, a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 225 del Código Civil que sólo lo contempla si existe acuerdo en ese sentido entre los padres, hipótesis que no concurre.*⁷²

En definitiva, en relación a la admisibilidad de una demanda de cuidado personal compartido en etapa de recepción de un juicio de cuidado personal, el criterio de nuestros tribunales apunta a declarar su admisibilidad en razón de que no se trata de una demanda prohibida por la ley en términos categóricos.

En lo relativo a la solicitud de fondo y a las facultades de nuestros tribunales para atribuir el cuidado personal de forma compartida, la Corte Suprema ha sido categórica en dictaminar que en virtud del inciso cuarto del artículo 225 del Código Civil, el juez de familia no tiene facultades para establecer un régimen y ejercicio de cuidado personal compartido, siendo éste un sistema que sólo tiene cabida por medio de la atribución convencional de los progenitores. Así, en causa Rol N° 3335 – 2015 rechazó recurso de casación en el fondo interpuesto por el demandante, en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de La Serena que confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de Familia de Coquimbo en causa Rit: C-1317-2013, Ruc: 13-2-0460149-0, que no acogió la demanda de cuidado personal compartido interpuesta y fundamentada en que efectivamente ambos padres conviven con la niña de autos durante siete días a la semana. Importante es destacar lo razonado en el considerando cuarto de la sentencia en que se establece que *“los jueces del grado, al analizar las posibilidades de declaración judicial del régimen de cuidado compartido, indican que de la lectura del actual inciso primero del artículo 225 del Código Civil, se desprende que los padres están facultados para acordar*

⁷¹ Corte Suprema de Chile. Sentencia de fecha 29 de septiembre de 2015, en causa Rol N°22881-2014. Considerando 5°.

⁷² *Ibíd.* Voto de Minoría.

que el cuidado de un hijo sea ejercido por el padre, por la madre o por ambos de manera compartida, mientras que su inciso cuarto sólo faculta al juez, en caso de no existir acuerdo de los padres, para entregar el cuidado personal al otro de los progenitores o radicarlo en uno de ellos si los padres hubieren tenido un acuerdo previo de cuidado compartido.”⁷³ Y se añade además que “no cabe sino concluir, que en ninguna parte del artículo 225 ya citado e invocado por el demandante como norma fundante de su acción, se establece que el juez pueda entregar o declarar siquiera el cuidado personal compartido, siendo la única excepción, el caso contemplado en el artículo 21 de la Ley N° 19.947, en que el juez puede pronunciarse aprobando tal régimen que los padres acuerden y le presenten con su solicitud de divorcio de común acuerdo.”⁷⁴ Por lo que “la regulación del cuidado personal compartido es una posibilidad que le atañe de manera exclusiva al acuerdo entre las partes.”⁷⁵

De igual manera la Corte Suprema conociendo de recurso de casación en el fondo en causa Rol N° 6320-2015⁷⁶, revocó una sentencia que atribuía a ambos padres el cuidado personal en forma compartido señalando que, “la determinación de los sentenciadores en relación a fijar el cuidado compartido a favor del menor de autos, no tomó en consideración el inciso tercero del artículo 225 que señala expresamente que ‘En cualquiera de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido’. Del cual se deduce sin ninguna duda, que el juez no tiene atribución para fijar como forma de ejercer el cuidado personal de un hijo, el de hacerlo en forma de cuidado compartido, ya que la ley establece claramente todas las posibles soluciones que puede tomar el juez, en los casos sometidos a su decisión.”⁷⁷ Reafirmando el razonamiento anterior, en la sentencia de reemplazo de la misma causa, la Corte Suprema señaló que “los acuerdos de tuición conjunta o alternada desde su introducción en los años 1980 son convenios entre los padres. Requieren el mutuo acuerdo entre progenitores. Lo que resulta difícil de aceptar es que los tribunales de

⁷³ Corte Suprema de Chile. Sentencia de fecha 27 de octubre de 2015, en causa Rol N°3335-2015. Considerando 4°.

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ Recurso de casación en el fondo, interpuesto por la demandada en contra de sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique que confirmó la sentencia dictada por el Tribunal de Familia de Coyhaique en causa RIT: C-314-2014, RUC: 14-2-00170716-2 caratulados “Zúñiga con Sáez”, en la que se acogió la demanda de cuidado personal compartido interpuesta por el padre.

⁷⁷ Corte Suprema de Chile. Sentencia de Casación en el Fondo de fecha 17 de diciembre de 2015, en causa Rol N° 6320-2015. Considerando 7°.

*familia decreten estos sistemas contra la voluntad de uno de los padres*⁷⁸, y además agregó que, “*el legislador no le dio atribuciones al juez para fijar el cuidado compartido, porque los padres que llevan sus disputas a los tribunales y prefieren que un extraño decida en lugar de ellos mismos, quien está mejor capacitado para ejercer el cuidado de sus hijos o que decida en definitiva al cuidado de quien sus hijos estarán mejor; no son los padres de los que habla la doctrina, estos que se encuentran en un alto grado de armonía y cooperación.*”⁷⁹

El Tribunal Constitucional en causa de Requerimiento de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad Rol N° 2699-2014-INA, realiza una interpretación del inciso cuarto del artículo 225 del Código Civil, señalando que este establece que “*en todo caso –haya o no haya acuerdo- el juez podrá atribuir el cuidado del hijo al padre que no lo tiene, o bien radicarlo de manera exclusiva en uno de ellos (si por acuerdo hubiere alguna forma de ejercicio compartido), cuando las circunstancias lo requieran y el interés del hijo lo haga conveniente. Esta norma reitera que el cuidado personal compartido es una cuestión que deben determinar, por acuerdo, los padres, pues la intervención judicial consiste ya en atribuirle el cuidado personal al padre que no lo tenía, o radicarlo de modo exclusivo en uno de ellos, esto último cuando por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido*”.

En definitiva, en nuestros tribunales existe una opinión unánime en cuanto a que el Juez de Familia, en conformidad con lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 225 del Código Civil, carece absolutamente de facultades para atribuir o establecer el cuidado personal de forma compartida entre los progenitores, aun cuando haya sido solicitado por una de las partes y la demanda en tal sentido se declare admisible.

3. Principios del Cuidado Personal Compartido.

Para una mejor comprensión de la configuración del cuidado personal compartido como una nueva forma de organización familiar luego de la ruptura de la relación entre los progenitores de hijos comunes, es necesario revisar los principios que inspiran la institución, estos corresponden a los siguientes: La corresponsabilidad parental, la igualdad entre los progenitores, la coparentalidad y el interés superior del hijo.

⁷⁸ Corte Suprema de Chile. Sentencia de reemplazo de fecha 17 de diciembre de 2015, en causa Rol N°6320-2015. Considerando 4°.

⁷⁹ *Ibíd.* Considerando 5°.

3.1. El principio de corresponsabilidad parental.

A partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.680 se consagra de forma expresa a través de norma de rango legal, la corresponsabilidad parental como principio rector de las relaciones entre padres e hijos. En el inciso primero del artículo 224 del Código Civil conceptualiza la corresponsabilidad parental como el principio en virtud del cual *“ambos padres, vivan juntos o separados, participarán de forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.”*

La doctrina también ha elaborado definiciones de lo que debe entenderse por corresponsabilidad parental. Siguiendo a la profesora Lathrop, este principio puede ser entendido como “el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos”⁸⁰; por su parte, la profesora Acuña plantea que la corresponsabilidad parental “consiste en la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos, y que se aplica siempre, cualquiera que sea la forma de distribución del cuidado personal de los hijos.”⁸¹ En otras palabras, se trata de un principio inspirador no solo del instituto del cuidado personal compartido sino del ejercicio de la parentalidad en términos generales, cuyo origen proviene del vínculo de filiación existente entre progenitores e hijos.

En cuanto al origen del reconocimiento del principio de corresponsabilidad parental dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional, este puede explicarse mediante dos puntos de vista, uno social y otro jurídico-normativo.

Desde el punto de vista social, la necesidad del reconocimiento de la corresponsabilidad parental como principio orientador de la relación de filiación, surge a partir de la demanda de diversas agrupaciones y organizaciones de progenitores varones separados⁸² que exigían una mayor participación en la crianza de sus hijos y el reconocimiento del cuidado personal compartido como una forma de organización familiar que propiciaba su concreción efectiva. La demanda de estos grupos sociales fue el principal factor que incentivó la idea de legislar, tal como se recoge en las mociones parlamentarias contenidas en los

⁸⁰ LATHROP, Fabiola. (2008) Op. Cit. p. 348.

⁸¹ ACUÑA, Marcela. (2014) Op. Cit. p. 31.

⁸² Agrupaciones tales como “Papás Por siempre”, “Papá Presente”, “Amor de papá” y “Filius Pater”, las cuales participaron activamente durante la tramitación de la Ley N° 20.680.

boletines N° 5917-18, de fecha 12 de junio de 2008 y N° 7007-18, de fecha 29 de junio de 2010.

Desde el punto de vista jurídico-normativo, es necesario señalar que previo a la Ley N° 20.680, en el plano interno no existía normativa de rango legal que reconociera de forma expresa este principio. Una doctrina minoritaria afirmaba que este principio se recogía de forma implícita en lo dispuesto en el anterior texto de inciso primero del artículo 224 del Código Civil⁸³ el que indicaba que corresponde a los padres o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos, de tal modo que comprendía un deber de carácter genérico que comprendía todos los deberes y responsabilidades que emanan de la filiación, teniendo como preocupación fundamental el interés superior del hijo⁸⁴. Sin embargo, hoy con el actual texto del inciso primero del artículo 224 del Código Civil, existe un reconocimiento expreso de este principio como un deber que irradia a todo ámbito de la relación paterno-filial y que exige un rol activo, equitativo y permanente por parte de los progenitores en el ejercicio de sus responsabilidades como padres de un hijo en común.

También desde el plano jurídico-normativo, el reconocimiento expreso que el legislador realiza del principio de corresponsabilidad parental en el actual texto del inciso primero del artículo 224 del Código Civil responde a una serie de normas contenidas en Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile, que se refieren a este principio y al deber del Estado de garantizarlo. Los Tratados Internacionales que principalmente recogen este principio y a los que nos referimos corresponden a la Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989) y la Convención para la eliminación de Todas las formas de discriminación Contra la Mujer (1979).

El principio de corresponsabilidad parental se recoge en el artículo 18 número 1 de la Convención Internacional de los derechos del Niño de 1989, el que prescribe que: “1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en **garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la**

⁸³ Inciso 1° del Art. 224 del Código Civil anterior a la Ley N° 20.680: “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.”

⁸⁴ Así en: LATHROP, Fabiola. (2005) Op. Cit. p. 7; y SCHMIDT HOTT, Claudia, “Relaciones Filiales personales y patrimoniales”, en: La Filiación en el nuevo Derecho de Familia, SCHMIDT HOTT, Claudia y VELOSO, Paulina. Santiago de Chile, ConoSur, 2001, p.253.

responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño".⁸⁵

El mismo principio es reconocido en la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer de 1979, particularmente la letra b) del artículo 5 prescribe que "*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: (...) b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá una consideración primordial en todos los casos*". De igual manera se recoge en su artículo 16 letra d) que "*Los estados partes (...) asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres (...) d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos el interés de los hijos será consideración primordial.*"

Es importante destacar que, en virtud de lo preceptuado en las disposiciones de los Tratados Internacionales anteriormente señalados, se exige al Estado suscribiente la adopción de medidas apropiadas para que ambos progenitores asuman las mismas responsabilidades en la crianza y educación de los hijos con el fin de velar por su interés superior. Es decir, exigen que el Estado reconozca que ambos padres tienen el deber de ser partícipes en la vida y formación de los hijos comunes tanto en su vida unida al matrimonio como luego de su ruptura. En el mismo orden de ideas, el inciso primero del artículo 224 del Código Civil, al definir la corresponsabilidad parental señala precisamente que ambos padres, vivan juntos o separados, participarán de forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

Ya expuesto el concepto de corresponsabilidad parental y el origen de su consagración legal en nuestro ordenamiento, es necesario realizar algunas precisiones en torno al principio en estudio, en particular sobre las implicancias de su consagración legal y su relación con el instituto de cuidado personal compartido.

En lo relativo a las implicancias de la consagración legal del principio de corresponsabilidad parental, su reconocimiento expreso cumple una función educativa e imperativa respecto al ejercicio del ámbito personal de la relación paterno-filial. Es educativa,

⁸⁵ El ennegrecido es nuestro.

en cuanto explica a los progenitores que sus responsabilidades en cuanto a la crianza y educación de los hijos rigen en todo momento de modo tal que su separación no puede dar lugar a la sustracción por parte de ninguno de ellos de sus deberes en la materia. Es imperativa en cuanto exige la observancia de una actitud, pero no cualquiera, sino que ésta debe ser activa, equitativa y permanente de los progenitores en la crianza y educación de los hijos comunes y verificarse con independencia del modo en que se organice la familia luego de la ruptura de la relación de los padres. Es por ello que podemos afirmar que el principio de corresponsabilidad parental constituye un modelo de conducta activa y deseable por parte de los progenitores en la crianza y educación de los hijos, que tiene origen con el solo vínculo de filiación y cuya finalidad es satisfacer el interés de los hijos.

Sin embargo, el legislador reduce la aplicación del principio de corresponsabilidad parental a la observancia de una conducta de los progenitores y no establece dicho principio como un factor de atribución del derecho deber de cuidado personal de los hijos. Así se puede concluir del hecho que el Juez de Familia carece de facultades para fijar un régimen y ejercicio de cuidado personal compartido de los hijos aun cuando el interés superior de los hijos construido en el caso concreto lo haga conveniente.

En torno a la relación existente entre el principio de corresponsabilidad parental y el instituto de cuidado personal compartido, es necesario señalar que ambos conceptos no deben confundirse. El principio de corresponsabilidad parental es un principio orientador del ejercicio de la relación paterno-filial, un imperativo al 'deber ser' del aspecto personal de la relación de filiación que debe verificarse tanto en la vida conjunta de los progenitores como luego de la separación de los progenitores, sea que el régimen y ejercicio de cuidado personal de los hijos sea de manera unilateral o compartido. Por su parte, el cuidado personal compartido es sólo uno de los modelos de reorganización familiar que ofrece el legislador, que tiene como característica principal el estimular la corresponsabilidad de los padres en la crianza y educación de los hijos. Por tal motivo se ha afirmado que el cuidado personal es "la máxima expresión de la corresponsabilidad parental o su expresión más fidedigna"⁸⁶. No obstante, esto no significa que la concreción del principio de corresponsabilidad se agote únicamente en el establecimiento de un régimen y ejercicio de cuidado personal compartido de los hijos.

⁸⁶ LATHROP, Fabiola. (2009) Op. Cit. p. 209.

Así lo ha señalado la Corte Suprema en sentencia de reemplazo en causa Rol N° 6320-2015, que en su considerando sexto expresa que *“es necesario, asimismo, sostener que cuidado personal compartido y corresponsabilidad no son conceptos sinónimos, pues el primero es un sistema de vida que persigue mantener activa la participación del padre y de la madre en los aspectos señalados durante la vida separada, luego, es una de las tantas formas de ejercitar la corresponsabilidad parental en ese caso, y el segundo es un principio informador en lo tocante a la crianza de los hijos”*⁸⁷. Continúa afirmando que *“es un error establecer que la mejor forma de cumplir con el principio de la corresponsabilidad, establecido en el artículo 224 del Código Civil, es el cuidado compartido; ya que se logra lo mismo radicando el cuidado personal en uno de los padres y fijando un régimen directo y regular en favor del padre o madre no custodio.”*⁸⁸

En definitiva, y en virtud a lo expuesto, es posible afirmar que el principio de corresponsabilidad constituye un principio orientador e imperativo del ejercicio de la relación paterno-filial, que exige la participación activa, equitativa y permanente de los progenitores en la crianza y educación de los hijos, ya sea que la reorganización familiar se efectúe mediante el establecimiento de un régimen y ejercicio de cuidado personal de los hijos de manera unilateral o compartida. A su vez, se trata de un principio informador del instituto de cuidado personal compartido pero que su realización efectiva no se agota en él, pudiendo verificarse también mediante un régimen de cuidado personal unilateral a través del establecimiento de un régimen de relación directa y regular. Finalmente, es necesario señalar que el principio de corresponsabilidad parental no busca solamente satisfacer el interés de los progenitores de ejercer sus deberes parentales, más bien, su fundamento es garantizar y proteger los derechos e intereses de los hijos.

3.2. El principio de igualdad entre los progenitores.

En la gran mayoría de los países en que se contempla el instituto de cuidado personal compartido de los hijos, el establecimiento del mismo ha estado precedido por un importante debate social y jurídico en torno a la igualdad real o material entre los progenitores en la asunción de este derecho deber⁸⁹. En el caso chileno esto no fue la excepción. Como se señaló en el capítulo I de este trabajo, la existencia de la regla de atribución legal supletoria

⁸⁷ Corte Suprema de Chile. Sentencia de reemplazo de fecha 17 de diciembre de 2015, en causa Rol N°6320-2015. Considerando 6°. p. 2.

⁸⁸ Ídem.

⁸⁹ LATHROP, Fabiola. (2008) Op. Cit. p. 369.

denominada doctrinariamente como ‘regla de preferencia materna’, era en sí misma contraria al reconocimiento de una igualdad real y material de los progenitores, ya que atribuía de forma automática a la madre el cuidado personal de los hijos en los casos de separación o divorcio de los progenitores basada en una supuesta ‘aptitud natural’ de la mujer para el ejercicio de ese derecho deber.

Podemos definir la igualdad de los progenitores como aquel principio en virtud del cual el Estado y la sociedad deben considerar a ambos padres en igualdad de condiciones para la determinación de los derechos y las responsabilidades parentales, sin conceder preferencia por uno de los progenitores respecto del otro en razón a su sexo, edad, estado civil, o sexo del hijo.⁹⁰

Aun cuando la Ley N° 20.680 avanzó en pos de reconocer la igualdad parental en el ejercicio y atribución del derecho deber de cuidado personal, no se definió de manera expresa el principio de igualdad de los progenitores, como sí se realizó con el principio de corresponsabilidad parental. Sin perjuicio de lo anterior, dicho principio se recoge en las principales modificaciones efectuadas por la Ley N° 20.680 en la materia, en particular, nos referiremos a las contenidas en los artículos 222, 224, 225 y 225-2 del Código Civil.

Así, el inciso primero artículo 225 del Código Civil, que no es más que una consagración legal del principio de interés superior del hijo, establece que *“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.”* De este modo son ambos progenitores, varón y mujer, quienes tienen la preocupación fundamental de satisfacer el interés superior del hijo.

Igualmente, otra norma que recoge el principio de igualdad de los progenitores es el inciso primero del artículo 224 del Código Civil que, al definir el principio de corresponsabilidad parental, establece que ambos padres, vivan juntos o separados, tendrán el deber de participar de forma ‘equitativa’ en la crianza y educación de los hijos.

En lo relativo al derecho deber de cuidado personal de los hijos, luego de la ruptura de la relación de los padres, el principio de igualdad de los progenitores se ve reflejado a lo largo

⁹⁰ Ídem.

de las disposiciones del artículo 225 del Código Civil. En términos generales, luego de la separación de cuerpos se reconoce la aptitud de ambos padres para ejercer el cuidado personal de los hijos. En este sentido, el inciso primero del artículo 225 del Código Civil prescribe que *“Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o ambos de forma compartida”*. En consecuencia, el legislador reconociendo la autonomía de la voluntad de los progenitores para determinar la forma de organización de la familia, luego de la ruptura, a su vez reconoce que ambos padres son aptos para el ejercicio de ese derecho función pudiendo pactar el ejercicio unilateral o conjunto del derecho deber de cuidado personal de los hijos.

De la misma manera, la nueva regla de atribución supletoria contenida en el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, inspirada en el principio de igualdad de los progenitores, establece que *“A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quién estén conviviendo”*. Esta regla reemplazó a la ya mencionada regla de atribución de ‘preferencia materna’, bajo un criterio no discriminatorio, como lo es el elemento residencia y que precisamente responde al principio de igualdad de los progenitores en cuanto no concede ninguna preferencia por uno de ellos otro en razón de su sexo, edad, estado civil o de la etapa de madurez o sexo de los hijos. En consecuencia, la eliminación de la regla de ‘preferencia materna’ en la atribución supletoria del cuidado personal de los hijos, es un efectivo reconocimiento al principio de igualdad de los progenitores en cuanto deja en igualdad de condiciones a los padres y protege el interés superior de los hijos al mantener su situación, priorizando su estabilidad material y espiritual⁹¹.

En lo relativo a la atribución judicial del cuidado personal de los hijos, cabe señalar que se reconoce el derecho a cualquiera de los progenitores para solicitar al juez la atribución del cuidado personal de los hijos de manera unilateral. De esta manera, el inciso cuarto del artículo 225 del Código Civil faculta al Juez para *“atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido”*. El ejercicio de este derecho no es nuevo, pues incluso antes de la dictación de la Ley N° 20.680 se permitía a los padres entablar demandas de cuidado personal de los hijos. Lo novedoso de esta disposición y que está directamente inspirado por el principio de igualdad de los progenitores, es que se elimina la ‘causal calificada’ consagrada en el antiguo inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, que exigía para que procediera el cambio de la

⁹¹ LEPIN, Cristián. (2013) Op. Cit. p. 291.

titularidad del derecho deber de cuidado personal de los hijos, que su titular incurriera en un maltrato, descuido u otra causal calificada y el interés del hijo lo hiciera indispensable. Hoy, la modificación de la titularidad del derecho deber de cuidado personal de los hijos puede tener cabida *“cuando las circunstancias lo requieran y el interés del hijo lo haga conveniente”*. En consecuencia, el juicio de titularidad cuidado personal de los hijos se inicia en pie de igualdad entre los progenitores, siendo el objeto del proceso demostrar cuál de los padres garantizará y satisfará de mejor manera el interés superior de los hijos. A mayor abundamiento, el artículo 225-2 del Código Civil⁹² realiza una enunciación de criterios y circunstancias a considerar por el juez de familia para el establecimiento y régimen de cuidado personal solicitado judicialmente, inspirados en el principio de igualdad parental, por cuanto se tratan de criterios objetivos que no otorgan preferencia ni idoneidad alguna a favor de uno de los progenitores.

En torno al principio de igualdad de los progenitores, en nuestra jurisprudencia se constata que, en gran parte de los juicios de cuidado personal de los hijos, aun cuando se reconoce que ambos padres tienen iguales habilidades parentales para ejercer el cuidado personal, se declara el ejercicio unilateral de este derecho deber por uno de ellos por la disposición contenida en el inciso cuarto artículo 225, en cuanto solo se faculta al juez a declarar la titularidad a uno de los progenitores. Aplicando este criterio, la Corte Suprema en causa Rol N° 7108-2014, caratulada MOJAVER/HERNÁNDEZ, señaló que *“si bien ambos padres son aptos para ejercer el cuidado personal de su hija, atendido a que han actuado en forma complementaria a su bienestar, la disputa de autos deberá ser resuelta sobre la base del interés superior del niño, el que conforme lo concretaron los jueces de instancia, se tradujo en resguardar la estabilidad emocional y el entorno social donde se ha desarrollado hasta*

⁹²Artículo 225-2. Código Civil: 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.

*ahora la vida de 'N.N.', esto es, junto a su madre*⁹³. De la misma forma, en causa Rol N° 21821-2014, caratulada AEDO/FONES, la Corte Suprema declaró que *“en la especie, los jueces del fondo, luego de establecer determinados hechos, a los que se hizo mención precedentemente, estimaron que no existían diferencias sustanciales a favor de uno u otro padre para tener el cuidado de sus hijos, por lo que atendieron principalmente al deseo manifestado por los niños de permanecer junto a su madre*⁹⁴. Igualmente, la Corte Suprema en causa Rol N° 6323-2015, caratulada GUTIERREZ/LECAROS, señala que *“los informes periciales concluyen que ambos padres cuentan con habilidades parentales para cuidar a sus hijos, y que el demandante lo ha hecho de manera efectiva los últimos cuatro años*⁹⁵. Los fallos citados, ilustran que hoy los tribunales han aplicado otros criterios para atribuir a uno de los padres el cuidado personal de los hijos como la opinión manifestada por los hijos y la mantención del status quo.

A modo de conclusión, podemos señalar que el principio de igualdad de los progenitores influyó sustancialmente en las modificaciones a la regulación del derecho deber de cuidado personal de los hijos al menos desde el punto de vista de una igualdad formal. Esto se refleja principalmente en el reemplazo de la regla de atribución legal de “preferencia materna” a una que no asigna roles en razón del sexo como lo es la regla que asigna la titularidad al padre o la madre con que el hijo esté conviviendo. Además, la introducción del cuidado personal compartido como forma de organización familiar luego de la separación de los progenitores, reafirma la idea de que ambos padres se encuentran en igualdad de condiciones y aptitud para garantizar el interés superior del hijo. Sin embargo, al igual que ocurre con el principio de corresponsabilidad parental, el principio de igualdad parental se reduce a una labor más educadora que imperativa, al no poder el juez de familia atribuir el cuidado personal de los hijos en forma compartida, sobre todo en aquellos casos en que se reconoce que ambos padres se encuentran en igualdad de condiciones en cuanto sus habilidades parentales para el ejercicio del derecho deber de cuidado personal de los hijos.

⁹³ Corte Suprema de Chile. Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2014, en causa Rol N° 7108-2014. Considerando 7°.

⁹⁴ Corte Suprema de Chile. Sentencia de fecha 05 de marzo de 2015, en causa Rol N°21821-2014. Considerando 5°.

⁹⁵ Corte Suprema de Chile. Sentencia de fecha 15 de junio de 2015, en causa Rol N°6323-2015. Considerando 3°.

3.3. El principio de Coparentalidad.

Los dos principios informadores del cuidado personal compartido que analizamos anteriormente, si bien tienen como última finalidad garantizar el interés superior de los hijos, la perspectiva de su construcción está situada desde la óptica de los progenitores, ello en cuanto a que el principio de corresponsabilidad, por una parte, exige a los padres participar de manera activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos; y el principio de igualdad de los progenitores, por otra, exige el reconocimiento de la sociedad toda de que ambos padres son igualmente aptos para el ejercicio de sus deberes parentales. Por su parte, el principio de coparentalidad exige situarse desde la óptica del hijo, pues se trata de una manifestación específica del principio del interés superior del niño, niña y adolescente en lo relativo al aspecto personal de la relación de filiación.

Puede definirse la coparentalidad como el principio en virtud del cual se debe “garantizar la continuación de las relaciones afectivas del hijo con ambos progenitores no obstante la crisis familiar”⁹⁶ o como el derecho del niño al cuidado y educación habitual de ambos progenitores y a relacionarse con ellos, cuyo contenido se concreta en mantener un contacto frecuente con sus padres a pesar de su separación⁹⁷.

La defensa del derecho del hijo a la coparentalidad, ha sido uno de los mejores argumentos utilizados para criticar el modelo de cuidado personal unilateral de los hijos, y a su vez, para exigir el reconocimiento del instituto de cuidado personal compartido. Diversos sectores sociales representados en su mayoría por agrupaciones de padres separados o divorciados han señalado que bajo el sistema de cuidado personal unilateral a menudo se observan relaciones inadecuadas, irregulares o inexistentes entre el padre o madre que no es titular del derecho deber de cuidado personal y los hijos. En cambio, el cuidado personal compartido tiene por objeto, precisamente, preservar las relaciones entre los hijos y ambos progenitores⁹⁸.

En el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el principio de coparentalidad es proclamado en el artículo 9 particularmente en su numeral tercero el que

⁹⁶ LATHROP, Fabiola. (2008) Op. Cit. p. 381.

⁹⁷ ACUÑA, Marcela. El principio de corresponsabilidad parental. En: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Vol. 20. N°2. 2013. p. 39.

⁹⁸ LATHROP, Fabiola. Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos. En: Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales. N° 10. 2008. p. 27.

dispone que: “3. *Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*”. En consecuencia, los estados suscribientes deben adoptar toda clase de políticas y elaborar herramientas o mecanismos que permitan respetar el derecho de todo niño, niña o adolescente a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores; y prohibir ese contacto, de manera excepcional y como última ratio, cuando sea perjudicial para el interés del hijo.

A pesar de que en nuestra legislación nacional no existe una definición del principio de coparentalidad, el principio sí ha inspirado las disposiciones que regulan el derecho deber de cuidado personal de los hijos. Manifestaciones de este principio las podemos encontrar en las disposiciones contenidas en los artículos 224, 225, 225-2 letra d) del Código Civil.

En este sentido, el principio de coparentalidad puede verificarse en el artículo 224 del Código Civil ya que al definir el principio de corresponsabilidad parental prescribe que ambos padres, vivan juntos o separados, tendrán el deber de participar de forma ‘permanente’ en la crianza y educación de los hijos. Aun cuando en los términos de la norma citada se trata de una actividad que se exige a los progenitores, ésta no tiene otro objetivo que perpetuar las relaciones entre padres e hijos, ya sea durante la vida conjunta de los progenitores como en situaciones de crisis familiar.

A lo largo del artículo 225 también podemos constatar que nuestro legislador recoge el principio de coparentalidad, ya que, a propósito de la atribución convencional del cuidado personal de los hijos, permite que ambos progenitores determinen que la titularidad del derecho deber se ejerza de manera compartida o de manera unilateral por uno de ellos. En este último caso, la frase final del inciso primero del artículo 225 del Código Civil exige que se establezca *“la frecuencia y la libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos”*, buscando con ello preservar las relaciones entre los hijos y el padre no titular del derecho deber de cuidado personal.

En cuanto al instituto de cuidado personal compartido, definido en el inciso segundo del artículo 225 del Código Civil, el principio de coparentalidad ha de concretarse de manera efectiva a través del sistema de residencia que acuerden los progenitores, por medio del cual, se ejecutara esa forma de reorganización familiar. Consideramos que en cuanto a los sistemas de residencia de cuidado personal compartido ‘con progenitor residente principal’, ‘alternado’

o 'sucesivo'; no es posible catalogar uno u otro como el que mejor concrete el principio de coparentalidad, ello en razón de que cada familia adoptará el modelo organizacional que más se adecúe a su realidad.

En lo relativo a la atribución legal del cuidado personal de los hijos, contenida en el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, podemos observar que mientras opera esa regla nada se regula acerca del derecho que le asiste al progenitor con el cuál el hijo no está conviviendo a relacionarse él. Esta norma presupone que los padres al momento de su separación, no han llegado a un acuerdo en lo relativo a sus derechos deberes de cuidado personal y de relación directa y regular, y que tampoco han sometido la decisión de su atribución a los tribunales de justicia, de manera que ha sido descrita como una 'regla de no litigiosidad' en cuanto "evita tener que judicializar todos los casos a efectos de que el Tribunal de Familia atribuya el cuidado personal, reconociendo una situación de hecho existente"⁹⁹. Nosotros creemos que, si bien esta regla de atribución supletoria es necesaria por razones de certeza jurídica y estabilidad del niño, niña y adolescente, es un desincentivo a la concreción del principio de coparentalidad precisamente al no señalar nada respecto de cómo ha de relacionarse el hijo con aquel progenitor con quien no esté conviviendo. Desarrollaremos con profundidad este tema en el capítulo III de este trabajo.

Respecto a la atribución judicial de la titularidad del derecho deber de cuidado personal, el principio de coparentalidad es recogido en el inciso sexto del artículo 225 del Código Civil¹⁰⁰ en cuanto a que el Juez de Familia se encuentra en la obligación, siempre que atribuya el cuidado personal a uno de los padres, a establecer de oficio o a petición de parte "*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*". Esta norma no tiene otra finalidad que preservar las relaciones entre el progenitor que en virtud de la decisión judicial no será titular del derecho deber de cuidado personal y sus hijos, en el entendido de que el juez de familia no puede atribuir un régimen y ejercicio de cuidado personal compartido, ni aun a petición de uno de los progenitores.

⁹⁹ LEPIN, Cristián. (2013) Op. Cit. p. 291.

¹⁰⁰ Artículo 225, inciso 6°. Código Civil: "*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.*"

Cabe señalar que el principio de coparentalidad inspira directamente uno de criterios que el juez debe considerar al momento de atribuir el cuidado personal a uno de los progenitores, precisamente al contenido en la letra d) del artículo 225-2, el cual señala que el juez debe considerar “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.*”; y, esa disposición prescribe 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*”.

En definitiva la Ley N° 20.680 ha reforzado el reconocimiento y la concreción del principio de coparentalidad a través de la integración a nuestro ordenamiento jurídico del instituto de cuidado personal compartido como nueva forma de organización familiar, y por la vía de establecer deberes claros y precisos al padre titular del cuidado personal de los hijos, como el de incentivar y no obstaculizar la relación necesaria que debe existir entre los hijos y el otro progenitor, luego de ocurrida la crisis familiar.

CAPITULO III: CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO CONFORME A LA LEY N° 20.680: ¿INTERÉS DEL HIJO O DE LOS PROGENITORES?

En los capítulos anteriores, nos referimos a la normativa general relativa al derecho deber de cuidado personal de los hijos y a la regulación legal, en particular, del instituto de cuidado personal compartido, integrado a nuestra legislación por la Ley N° 20.680, así como a los principios que lo informan.

En este capítulo abordaremos el tema central de este trabajo, cuyo objeto es determinar si la Ley N° 20.680 y el instituto de cuidado personal compartido consagrado en ella, responden al interés de los progenitores o al interés de los hijos, esto a partir de una serie de críticas que surgen de la ley. Para estos efectos, se dividirán las materias a tratar en dos subtemas. Primero, se realizarán y analizarán dos críticas relativas al título y al origen de la Ley N° 20.680. Y segundo, se analizará críticamente la institución del cuidado personal compartido bajo la óptica de las principales características del instituto formulado por el legislador, abordándose su problemática a la luz de los principios inspiradores de la reforma, y principalmente, su conformidad con el principio de interés superior del hijo.

1. Críticas generales a la Ley N° 20.680. Título y origen.

En las siguientes páginas se analizarán de forma crítica dos temas que nos parecen muy interesantes de abordar. El primero de ellos dice relación con el título de la Ley N° 20.680. El segundo, se refiere directamente al contexto legislativo de creación de la norma que puede permitir comprender de mejor manera los apartados posteriores.

1.1. El título de la ley no cumple con tratados Internacionales. La palabra “menor”.

Si bien lo más importante de una ley es la situación o problemática que pretende regular, junto con las soluciones que ésta ofrece a las mismas, es decir, su contenido material, quisiéramos hacer una breve reflexión sobre el nombre o título de la Ley N° 20.680. Esta norma ha sido conocida por su título ciudadano como “Ley amor de papá”, en cuanto a que, además de introducir la figura del cuidado personal compartido, en términos generales, también modificó la regulación de los ámbitos más relevantes de la autoridad parental, como lo son el cuidado personal, la relación directa y regular y la patria potestad, cambios inspirados en el

principio de corresponsabilidad parental, en pos de fomentar la participación de ambos progenitores en la crianza y educación de los hijos, tanto en situaciones de normalidad y de crisis familiar; todo ello con el fin de proteger el interés superior del hijo.

Sin embargo, debemos señalar que la Ley N° 20.680 fue titulada por nuestro legislador como ley “*que introduce modificaciones al Código Civil y otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados*”¹⁰¹. Llama bastante la atención que nuestro legislador utilice la palabra “menor” en el título de una ley, siendo que se trata de un término que debería estar erradicado de nuestro vocabulario jurídico. En este sentido, compartimos lo señalado por la profesora Schmidt-Hott, en cuanto a que la palabra “menor” se trata de un vocablo que por imperativo constitucional y legal debe ser descartado tanto en los textos legales vigentes como en la nueva normativa a entrar en vigencia, pues presenta una antinomia de no escasas consecuencias jurídicas¹⁰².

Ello se explica ya que a partir de la ratificación y promulgación¹⁰³ de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, el Estado de Chile y sus órganos, en conformidad al inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política de la República¹⁰⁴, se encuentran en el deber jurídico internacional de modificar su normativa y el trato con el cual se dirigen al sujeto de derecho de protección especial del artículo 1 de la Convención, que se define como niño. En razón de lo anterior, ya no cabe hablar de “menor” o “menores” sino de “niño”, que es precisamente definido por dicha disposición como “*todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad*”. Así, nuestro propio legislador siguiendo este mandato en el inciso final del artículo 16 de la Ley N° 19.968¹⁰⁵ señala que, para los efectos de esa ley, se considera niño o niña, todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, a todo ser humano desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho.

¹⁰¹ El ennegrecido es nuestro.

¹⁰² SCHMIDT HOTT, Claudia. Algunas reflexiones acerca de la Ley N° 20.680 sobre relación parental, con especial referencia a la corresponsabilidad en lo patrimonial: ¡Lo pendiente!” En: Revista de Derecho de Familia Vol.1. Director: Lepín Molina, Cristián. Thompson Reuters. 2014. p. 30.

¹⁰³ Promulgada por Decreto N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores de fecha 14 de agosto de 1990 y publicada en el Diario Oficial con fecha 27 de septiembre de 1990.

¹⁰⁴ Artículo 5, inciso 2°. Constitución Política de la República de Chile: “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*”

¹⁰⁵ Artículo 16, inciso final. Ley N° 19.968: “*Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.*”

Lo señalado anteriormente no es baladí. La necesidad de readecuar el lenguaje jurídico en esta materia surge por el cambio de paradigma en la protección de la niñez que se origina a partir de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, inspirado en el sistema universal de derechos humanos. En este sentido, la palabra “menor” es propia de una época en que los niños eran considerados meros objetos dependientes de sus padres o del arbitrio de la autoridad, de modo que, seguir utilizando la expresión “menor” en nuestro lenguaje jurídico significa, desde luego, un desconocimiento del niño, niña o adolescente como un sujeto de derechos.¹⁰⁶

Es por ello que consideramos que no es feliz que el legislador, ya transcurridos más de veintitrés años de la ratificación e integración de la Convención Internacional de los Derechos del Niño como norma de derecho nacional, siga utilizando la palabra “menor” en el epígrafe de una ley, ya que conforme a lo expuesto anteriormente, lo jurídicamente correcto sería utilizar las expresiones “niños, niñas y adolescentes” o, en última instancia, el vocablo “hijos”, ya que estos términos responden con propiedad a un sistema jurídico de familia inspirado en el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes en que son efectivamente reconocidos y tratados como sujetos de derechos.

1.2. Origen de la Ley ¿Fueron debidamente representados los intereses de los niños, niñas y adolescentes durante su tramitación parlamentaria?

Como ya se ha señalado con anterioridad en este trabajo, la idea de legislar acerca de la incorporación del instituto de cuidado personal compartido y el reconocimiento del principio de corresponsabilidad parental surgió, principalmente, por el interés manifiesto de agrupaciones de progenitores varones, quienes demandaban una mayor participación en la crianza y educación de sus hijos. Ello, en razón de que la normativa vigente y su aplicación, otorgaba una preferencia a la madre para la atribución y ejercicio del derecho deber de cuidado personal de los hijos al momento de su separación, perpetuando así la atribución de roles en la familia en razón del sexo del progenitor.

Durante la tramitación de la Ley N° 20.680, como es posible constatar en el texto de su historia, participaron en las comisiones académicos representantes de diversas instituciones

¹⁰⁶ CILLERO, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. [en línea] <http://surargentina.org.ar/material-interes/material/09_material_complementario/03_el_interes_superior_del_nino_convencion_sobre_derechos_nino_cille.pdf> p. 6.

de educación superior de nuestro país, operadores del sistema judicial y extrajudicial de familia; y, también, tuvieron un rol muy activo las diversas organizaciones de progenitores varones separados como participación ciudadana.

Pero, ¿qué ocurrió con la representación de los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la formación y discusión parlamentaria? Según se consta en la historia de la Ley N° 20.680, hubo una escasa participación de instituciones que cautelan sus intereses, en comparación con las instituciones que representaban a los progenitores varones. Además de ello es necesario mencionar también que la cartera de gobierno que impulsaba el proyecto de ley fue el ex Ministerio Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM), organismo que autoproclamó la representación conjunta tanto del interés de las progenitoras mujeres como el de los hijos y que tuvo un rol fundamental de defensa de la regla de preferencia materna durante casi toda la tramitación del proyecto de ley.

Así, recién a partir de las sesiones de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados¹⁰⁷, habiéndose ya celebrado las sesiones correspondientes de la comisión especializada en temas de Familia del mismo órgano legislativo, participó en la discusión parlamentaria un representante del Fondo de Naciones Unidas para la infancia (UNICEF)¹⁰⁸.

Sin embargo, lo que llama bastante la atención es que la cartera de gobierno que estuvo encargada de impulsar el procedimiento parlamentario de creación de la Ley N° 20.680 fue el Ministerio Servicio Nacional de la Mujer(SERNAM). Ello, en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 2 de su Ley Orgánica¹⁰⁹ vigente en ese entonces¹¹⁰. Su influencia fue tan manifiesta dentro del proceso del proyecto de ley, que dicho órgano parecía un agente absolutamente defensor de la regla de atribución supletoria del cuidado personal de preferencia materna, tema que definitivamente se transformó en el foco y fondo de la discusión parlamentaria.

¹⁰⁷ Cámara de Diputados. Informe de la comisión Constitución, Legislación y Justicia recaído en dos proyectos de ley que introducen modificaciones al Código Civil y otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso que sus padres vivan separados. Fecha 11 de enero, 2012. Cuenta en Sesión 140. Legislatura 359. En: Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.680 que Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. p. 152.

¹⁰⁸ El profesor Nicolás Espejo Yaksic, en su calidad de Consultor del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia(UNICEF).

¹⁰⁹ Artículo 2°, letra c). Ley N° 19.093: ““Fomentar y proponer medidas tendientes a fortalecer la familia, entregando las condiciones sociales para su desarrollo como grupo humano y el crecimiento de cada uno de sus miembros”. (Norma actualmente reemplazada)

¹¹⁰ En virtud del numeral 2 del artículo 13 de la Ley N° 20.820 que “Crea el Ministerio de la Mujer y la equidad de género y modifica normas legales que indica”, se reemplazó de forma completa el artículo 2° de la Ley N°19.093, por el texto actualmente vigente.

Afortunadamente, ya entrado el proyecto de ley en su recta final, en comisión mixta, fue subsanado mediante la elaboración de una norma de consenso en base a una regla que no daba preferencia a ninguno de los progenitores en razón de su sexo.

En definitiva, y con todo lo planteado, es posible afirmar que durante la discusión parlamentaria el debate se concentró principalmente en la eliminación de la regla legal supletoria de preferencia materna y en la definición del instituto de cuidado personal compartido, es decir, en materia de igualdad parental y corresponsabilidad parental, más que en establecer condiciones mínimas para garantizar el derecho de coparentalidad de forma directa. Refuerza lo planteado un hecho que tuvo lugar durante la tramitación en la comisión mixta, pues solo de manera accidental se planteó invertir los incisos del artículo 222 del Código Civil por el texto actual¹¹¹, lo que por fortuna se realizó, para dar coherencia a la regulación del Título IX del Libro I del Código Civil.

2. Críticas al instituto de Cuidado Personal Compartido de la Ley N° 20.680.

La ley N° 20.680 está inspirada en los principios modernos del derecho de familia de igualdad parental, corresponsabilidad parental y coparentalidad. Cada uno de esos principios se identifica respectivamente con las ideas de: a) Igualar los roles de ambos progenitores en la crianza y educación de los hijos; b) La necesidad de que ambos progenitores cumplan un rol activo y permanente en la crianza y educación de los hijos comunes; y, c) El reconocimiento del derecho del hijo a tener una convivencia cercana con ambos padres como una manifestación y concreción de su interés superior, todo ello no obstante la separación de los progenitores.

En conformidad con lo anterior, y previo a cualquier análisis, es necesario reconocer que la gran virtud que tiene la Ley N° 20.680 es la integración y el reconocimiento legal expreso del instituto de cuidado personal compartido de los hijos como modelo de organización de la familia luego de la separación de los progenitores, dejando fuera de toda duda la legalidad a este modo de organización familiar.

Sin embargo, observamos que la opción escogida por nuestro legislador en la configuración del cuidado personal compartido parece tener ciertas inconsistencias en relación a los principios que lo inspiran y, en particular, con el interés superior del niño, niña y

¹¹¹ Antes de la modificación por la Ley N° 20.680 ambos incisos se encontraban invertidos.

adolescente, pareciendo más bien responder, únicamente o en mayor medida, al interés de sus progenitores.

Con el objeto de analizar las inconsistencias del cuidado personal compartido de la Ley N° 20.680 con los principios que lo inspiran, es conveniente asentar una descripción del instituto del cuidado personal compartido en base a sus principales características. Así, en virtud de las disposiciones legales pertinentes, podemos afirmar que, ocurrida la separación de los progenitores, el cuidado personal compartido es un modelo de organización familiar de carácter alternativo de fuente de origen exclusivamente convencional, carente de un contenido mínimo establecido por nuestro legislador y que no se encuentra sujeto a ningún tipo de control u homologación judicial.

En primer lugar, el cuidado personal compartido se trata de un modelo de organización familiar de carácter alternativo en cuanto configura una opción de organización familiar distinta al cuidado personal unilateral, único régimen de vida contemplado históricamente en nuestra legislación nacional luego de ocurrida la separación de los progenitores. Y, a la vez, se trata de una opción excepcional, en razón de que este modelo sólo tiene lugar cuando se celebre una convención entre los progenitores; en consecuencia, quedaría vedada la posibilidad de que se establezca por el juez ante la ausencia de acuerdo de voluntades de los padres, casos en los cuales solo podrá determinarse la figura del cuidado personal ejercido de manera unilateral por uno de los padres.

En segundo lugar, se trata de un modelo de organización familiar que carece de un contenido mínimo establecido por el legislador, en razón de que la ley no se pronuncia ni contempla de modalidades de alternancia de residencia determinadas. Tampoco se regulan en forma legal los tiempos de convivencia de los progenitores con los hijos o la determinación de un contenido mínimo en lo que debe consistir el ejercicio de las demás funciones de crianza y educación que deberán asumir los progenitores en forma conjunta. En este sentido, sólo se señala en el inciso 2° del artículo 225 del Código Civil que debe tratarse de un régimen de vida que se desarrolle “mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad”, sin tampoco profundizar en qué consisten ambos requisitos. Es decir, el contenido del acuerdo de un régimen de cuidado personal compartido queda determinado únicamente a lo que señalen los padres en ejercicio pleno de su autonomía privada.

Y, por último, se trata de un modelo de organización familiar que no está sujeto a ningún tipo de control judicial, en cuanto a que, por regla general, los instrumentos en los cuales se plasma un acuerdo de cuidado personal compartido de los hijos no requieren de revisión u homologación judicial, salvo en el caso de que el acuerdo de cuidado personal compartido se plasme en el contexto de un juicio de separación judicial o divorcio por cese de la convivencia solicitado por los cónyuges de manera conjunta, y el caso de que éste régimen se pacte en un acta de mediación.

A continuación, se realizará un análisis crítico de cada una de las características ya mencionadas a fin de esclarecer si estas responden en mayor o menor medida al interés de los progenitores o al interés de los hijos, todo esto a la luz de los principios que inspiran de forma directa al cuidado personal compartido.

2.1. Atribución exclusivamente convencional del cuidado personal compartido. Falta de facultades del juez de Familia para establecer un régimen de cuidado personal compartido.

Debemos recordar que en la hipótesis de separación de los progenitores la atribución del derecho deber de cuidado personal se realiza en el siguiente orden de prelación: convencional, legal y judicial. Así, cuando opera la atribución convencional, los progenitores pueden determinar que el derecho deber de cuidado personal de los hijos se ejerza de forma compartida por ambos o de forma unilateral por uno de ellos. En los demás casos, legal y judicial, sólo tiene cabida la atribución unilateral del cuidado personal de los hijos en uno de los padres. Ello se desprende del contenido y de la interpretación conjunta de las disposiciones prescritas en los incisos 1º, 3º y 4º del artículo 225 del Código Civil¹¹².

Conforme a lo anteriormente descrito, podemos señalar que el legislador restringió el establecimiento del cuidado personal compartido sólo al acuerdo de los progenitores vedando, en consecuencia, la posibilidad de que este modo de organización familiar opere ya sea por

¹¹² Así se dispone en:

Artículo 225, inciso 1º. Código Civil: “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.”[...]

Artículo 225, inciso 3º. Código Civil: “A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo.”

Artículo 225, inciso 4º. Código Civil: “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.”

atribución legal o por sentencia judicial. Ante ello, cabe preguntarse ¿por qué no puede establecerse un régimen de cuidado personal compartido por sentencia judicial?, ¿esta decisión del legislador responde necesariamente al interés de los hijos?, y, por último, ¿se garantiza con ello su interés superior?

Es necesario señalar que el estado actual de la normativa y la ausencia de facultades del juez de familia para establecer un régimen de cuidado personal compartido por sentencia judicial se trató meramente de una decisión de política legislativa. Esto se desprende del contenido de los boletines número 5917-18 y 7007-18 que dieron origen al proyecto de Ley N° 20.680, y de lo ocurrido durante el proceso de creación de la Ley. En el Boletín N° 5917-18, la atribución compartida del derecho deber de cuidado personal operaba como regla de aplicación general, legal y supletoria¹¹³, es decir, ante la hipótesis de separación de los progenitores, la ley atribuía de forma inmediata el cuidado personal en forma compartida y solo se determinaba su atribución de forma unilateral, en caso de disputa, a través de sentencia judicial. En el Boletín N° 7007-18, que conforme con lo anterior, se establecía la posibilidad de que fuera decretado judicialmente.¹¹⁴ Luego, en una indicación sustitutiva del Poder Ejecutivo de fecha 30 de marzo de 2011 N° de oficio 001.359/, se establecía la posibilidad de que el juez atribuyera el cuidado personal compartido de los hijos como sanción al progenitor que convive con los hijos en caso de que éste obstaculizara la relación directa y regular al no custodio o cuando realizara falsas denuncias o demandas a fin de perjudicarlo.¹¹⁵ Así, la presencia de

¹¹³ Boletín N° 5917-18. Proyecto de Ley. Artículo Primero: "B) Modificase el artículo 225 del Código Civil en el siguiente sentido: Art. 225 inciso 1°: Si los padres viven separados, el cuidado personal de los hijos corresponderá en principio a ambos padres en forma compartida. Si no hubiere acuerdo en adoptar el cuidado compartido y surgiere disputa sobre cual padre tendrá la tuición, el juez decidirá a solicitud de cualquiera de ellos cual de los padres tendrá a su cargo el cuidado personal de los hijos." En: Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.680 que Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. p. 9.

¹¹⁴ Boletín N° 7007-18. Proyecto de Ley. Artículo 1°.- Sustitúyese el artículo 225 del Código Civil, por el siguiente: Artículo Art. 225. Incisos 1° y 2°: Si los padres viven separados, podrán determinar de común acuerdo, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, a cuál de los padres corresponde el cuidado personal de uno o más hijos, o el modo en que dicho cuidado personal se ejercerá entre ellos, si optaran por hacerlo en forma compartida. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades. Tratándose de lo dispuesto en el inciso anterior, a falta de acuerdo, decidirá el juez. Una consideración primordial a la que atenderá será el interés superior del niño. En: Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.680 que Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. p. 15.

¹¹⁵ Ministerio de Justicia. FORMULA INDICACIÓN SUSTITUTIVA AL PROYECTO DE LEY QUE INTRODUCE MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL Y A OTROS CUERPOS LEGALES, CON EL OBJETO DE PROTEGER LA INTEGRIDAD DEL MENOR EN CASO DE QUE SUS PADRES VIVAN SEPARADOS (BOLETÍN N° 5917-18). SANTIAGO, 30 de marzo de 2011.- N° 001-359/

Artículo Único.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Civil:

a. Introdúcense, en el artículo 225, las siguientes modificaciones:

ii. Se incorporan los siguientes incisos cuarto a séptimo, nuevos, pasando el actual inciso cuarto a ser inciso final:

facultades del juez de familia para atribuir el cuidado personal en forma compartida subsistieron incluso en el texto del proyecto de ley luego del primer informe de la comisión de Familia de la Cámara de Diputados¹¹⁶.

Sin embargo, esto cambió a partir de las indicaciones sustitutivas presentadas al proyecto por el Poder Ejecutivo con fecha 20 de diciembre de 2011, por medio de oficio N° 426-359/. Estas indicaciones fueron acogidas por la unanimidad de la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, cuyas razones fueron resumidas por la señora Diputada Marisol Turre, informante de la comisión en discusión en particular en sala de la Cámara de Diputados, señalando en su oportunidad que “se elimina la facultad del juez de entregar el cuidado personal de los hijos menores a ambos padres, ante situaciones de obstaculización del régimen de relación directa y regular o ante denuncias falsas de diversa índole. Al respecto se estimó que establecer como sanción el cuidado personal compartido contradice la lógica asociativa, que es sustancial a esta

“Velando por el interés superior del hijo, podrá el juez entregar el cuidado personal a ambos padres, cuando el padre custodio impidiere o dificultare injustificadamente, el ejercicio de la relación directa y regular del padre no custodio con el hijo o hijos, sea que ésta se haya establecido de común acuerdo o decretado judicialmente. También podrá entregarlo cuando el padre custodio realice falsas denuncias o demandas a fin de perjudicar al no custodio y obtener beneficios económicos.

El cuidado personal compartido es el derecho y el deber de amparar, defender y cuidar la persona del hijo menor de edad y participar en su crianza y educación, ejercido conjuntamente por el padre y la madre que viven separados. El hijo sujeto a cuidado personal compartido deberá tener una sola residencia habitual, la cual será preferentemente el hogar de la madre.

En caso de establecerse el cuidado personal compartido de común acuerdo, ambos padres deberán determinar, en la forma señalada en el inciso segundo, las medidas específicas que garanticen la relación regular y frecuente del padre custodio con quien el hijo no reside habitualmente, a fin de que puedan tener un vínculo afectivo sano y estable. En caso de cuidado personal compartido decretado judicialmente, será el juez quien deberá determinar dichas medidas.” En: Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.680 que Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. p. 20.

¹¹⁶ Cámara de Diputados. Primer Informe de Comisión Familia. Proyecto de Ley. Artículo 1°, 2.- Sustitúyese, el artículo 225, de la forma que sigue: Incisos 5° – 9° art. 225 CC: “Velando por el interés superior del hijo o hija, podrá el juez entregar el cuidado personal a ambos padres, cuando el padre o madre custodio impidiere o dificultare injustificadamente el ejercicio de la relación directa y regular del padre no custodio con el hijo o hija, sea que ésta se haya establecido de común acuerdo o decretado judicialmente. También podrá entregarlo cuando el padre o madre custodio realice denuncias o demandas basadas en hechos falsos con el fin de perjudicar al no custodio y obtener beneficios económicos.

El cuidado personal compartido, acordado por las partes o decretado judicialmente, es el derecho y el deber de amparar, defender y cuidar la persona del hijo o hija menor de edad y participar en su crianza y educación, ejercido conjuntamente por el padre y la madre que viven separados.

El hijo o hija sujeto a cuidado personal compartido deberá tener una sola residencia habitual, la cual será preferentemente el hogar de la madre.

En caso de establecerse el cuidado personal compartido de común acuerdo, ambos padres deberán determinar, en la forma señalada en el inciso primero, las medidas específicas que garanticen la relación regular y frecuente del padre custodio con quien el hijo o hija no reside habitualmente, a fin de que puedan tener un vínculo afectivo sano y estable. En caso de cuidado personal compartido decretado judicialmente, será el juez quien deberá determinar dichas medidas.

Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.”

modalidad de cuidado personal. Asimismo, ignora el mínimo reconocimiento de las aptitudes parentales que este régimen requiere para su buen funcionamiento”¹¹⁷.

A partir de ese momento, no se volvió a discutir acerca de entregar facultades al juez de familia para fijar judicialmente un régimen de cuidado personal compartido; quedando manifestada de forma expresa, durante el trámite del proyecto de ley en comisión mixta, la idea de que el cuidado personal compartido “SÓLO PUEDE PROCEDER POR ACUERDO DE LOS PADRES, ya que si ellos no se pueden poner de acuerdo en lo macro, menos podrán hacerlo en cuestiones cotidianas. En caso de desacuerdo, se debe reemplazar la actual regla supletoria a favor de la madre, debiendo establecerse que el juez confíe el cuidado del hijo al padre o la madre. En consecuencia, no es posible obligar los padres a ejercer el cuidado personal de los hijos por disposición legal, así como tampoco por sentencia judicial.”¹¹⁸ Ante esta afirmación, consideramos necesario señalar que estamos de acuerdo con que el régimen de cuidado personal compartido no puede establecerse como sanción, no solo porque contradice la lógica asociativa necesaria para su establecimiento y adecuado funcionamiento, sino también porque es contrario a la idea fundante de este modelo de organización familiar, que es estimular la corresponsabilidad parental desde un aspecto positivo, es decir, incentivar la participación de ambos progenitores en la crianza y educación de los hijos comunes, lo que difícilmente se podría pretender lograr si su puesta en marcha y origen se consideran un castigo para uno de los padres.

No obstante, debemos señalar que la extensión de ese razonamiento, por parte de nuestro legislador nacional, a toda hipótesis de atribución judicial del cuidado personal compartido, nos parece un error, más aún cuando solo se ha restringido el establecimiento de este régimen al acuerdo de voluntad de los progenitores. Es más, nos parece contradictorio que el legislador nacional reconozca en el inciso 2° del artículo 225 la figura del 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”, que en otras palabras puede traducirse en que el cuidado personal compartido es el modo de

¹¹⁷ Intervención de la Señora Diputada Marisol en Sala. Cámara de Diputados, Legislatura 360. Sesión 04. 20 de marzo, 2012. Discusión en Particular. En: Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.680 que Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. p. 222.

¹¹⁸ Informe de Comisión Mixta. Senado. 10 de junio de 2013. Cuenta en Sesión 36. Legislatura 361. En: Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.680 que Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. p. 641.

organización familiar que más se condice con los principios de corresponsabilidad parental, igualdad parental y coparentalidad, por una parte; y, por otra, se restrinja su posibilidad de existencia y ejecución solo al acuerdo de los progenitores, bastando, en consecuencia, la sola negativa injustificada por uno de ellos para que este régimen no sea una realidad efectiva.

En este orden de ideas, no compartimos la decisión del legislador de negar de manera absoluta facultades al juez de familia para fijar un régimen de cuidado personal compartido. Primero, porque se restringe la aplicación de esta institución al solo acuerdo de los progenitores, por lo que basta la sola oposición injustificada de uno de ellos para que no sea efectivo, lo que constituye un desincentivo a su puesta en marcha. Segundo, y que se colige de lo anterior, es que se permite que se desconozca por el padre o madre opositor regímenes de cuidado personal compartido que de hecho se han desarrollado luego de su separación, provengan estos de acuerdos de palabra, extrajudiciales e incluso regímenes de relación directa y regular de carácter amplio.¹¹⁹ Y, tercero, que el legislador entregando un catálogo de criterios para que el juez decidir sobre el cuidado personal de los hijos en base al interés superior del niño, niña y adolescente restringe injustificadamente el desarrollo del interés del hijo en el caso concreto, impidiendo el establecimiento del cuidado personal compartido por sentencia judicial cuando de los hechos acreditados en juicio resulta ser lo más conveniente para garantizar el interés de los hijos.

Nosotros consideramos que era necesario, y perfectamente posible, dotar al juez de la facultad para atribuir el cuidado personal en forma compartida. Este supuesto podría haber operado al menos bajo las siguientes circunstancias: este régimen debe ser solicitado vía demanda por uno de los progenitores y su establecimiento debe fundarse en la mejor realización del interés superior del niño, niña y adolescente en el caso concreto.

Así, el cuidado personal compartido debe ser solicitado por al menos uno de los progenitores, porque se trata de la manifestación de la voluntad de uno de ellos realizada con el fin de propiciar un ambiente y clima de entendimiento. En este supuesto, podemos afirmar que existe un reconocimiento explícito por parte del demandante de este régimen de las capacidades parentales del otro progenitor. Además, incluye la intención personal manifiesta de cooperar en la crianza y educación de los hijos comunes. Lo anterior se entiende en

¹¹⁹ LATHROP, Fabiola. Comentarios a la reforma al Código Civil en materia de efectos de la filiación. En: La Semana Jurídica. N° 58. Semana del 29 de julio al 02 de agosto 2013. p. 7.

contraposición a lo que sucede con las demandas en que se solicita el cuidado personal unilateral, pues en ellas el demandante desconoce, por una parte, las capacidades parentales del otro progenitor y, además, se manifiesta en forma clara que no hay intenciones de cooperar con el otro en la crianza y educación de los hijos en forma directa. Por esta razón, en estos casos, compartimos que no es recomendable el establecimiento judicial de un régimen de cuidado personal compartido, pues en ellas falta el mínimo reconocimiento de las capacidades parentales y de la intención de cooperar con el otro progenitor suficientes para su establecimiento.

Pero, además, bajo el supuesto anterior, para que el juez pueda establecer un cuidado personal compartido, este modelo de organización familiar debe ser conveniente o necesario para garantizar de mejor forma el interés del hijo en el caso concreto. Para estos efectos podrían haber operado perfectamente los criterios contenidos en el actual artículo 225-2 de nuestro Código Civil, ya que, sin ser taxativos, son más que suficientes para construir el interés superior de los hijos y determinar, como consecuencia de aquellos, el establecimiento por resolución judicial de un régimen de cuidado personal compartido cuando el interés superior del hijo así lo recomiende.

La solución anteriormente expuesta ya ha sido recogida por otros ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, en el ordenamiento español, modelo de inspiración directa de nuestra legislación en la materia, además de contemplar la atribución convencional de la custodia compartida en primer orden de prelación, también se permite que el juez establezca un régimen de cuidado personal compartido. En este caso, el cuidado personal compartido de los hijos determinado judicialmente es procedente cuando así lo solicita uno de los padres, así lo indica un informe favorable del Ministerio Fiscal y siempre que se fundamente en la sentencia que sólo de ese modo se garantiza el interés superior del niño.¹²⁰ Otro ejemplo, es el caso del Código Civil Argentino en que, los progenitores pueden establecer un régimen de cuidado personal compartido de forma convencional como hipótesis ideal, pero además se faculta al juez para decretarlo tanto a petición de uno de los padres como de oficio. El legislador argentino fue más progresista, pues determinó dar preferencia a establecer regímenes de cuidado personal compartido, aunque bajo la modalidad indistinta, siendo su improcedencia

¹²⁰ Artículo 92, numeral 8. Código Civil de España: "Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor."

excepcional y reducida a dos situaciones: cuando este régimen no sea posible o resulte perjudicial para el hijo¹²¹.

Nuestra realidad es diametralmente distinta a la expuesta, ya que nuestro legislador optó por no dar facultades al juez para atribuir judicialmente el cuidado personal compartido de los hijos bajo ninguna circunstancia. Como señalábamos en el capítulo anterior, se han presentado demandas exigiendo un pronunciamiento judicial al respecto¹²², y nuestros tribunales las han resuelto desde un punto de vista formal y otro de fondo. En cuanto a la forma, los tribunales de justicia permiten generalmente presentar y tramitar las demandas de cuidado personal compartido, es decir su presentación es admisible. Sin embargo, en cuanto al fondo las demandas de cuidado personal compartido no pueden prosperar, pues los tribunales no pueden acogerlas por carecer de las facultades para ello. Así lo ha señalado la Corte Suprema en las causas Rol N° 3335 – 2015, Rol N°6320- 2015 y Rol 99.681-2016. En el primer fallo, el máximo tribunal del país, rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto por el demandante de cuidado personal compartido señalando que *“los jueces del grado, al analizar las posibilidades de declaración judicial del régimen de cuidado compartido, indican que de la lectura del actual inciso primero del artículo 225 del Código Civil, se desprende que los padres están facultados para acordar que el cuidado de un hijo sea ejercido por el padre, por la madre o por ambos de manera compartida, mientras que su inciso cuarto sólo faculta al juez, en caso de no existir acuerdo de los padres, para entregar el cuidado personal al otro de los progenitores o radicarlo en uno de ellos si los padres hubieren tenido un acuerdo previo de cuidado compartido.”*¹²³ A lo que en seguida agrega que, *“no cabe sino concluir, que en ninguna parte del artículo 225 ya citado e invocado por el demandante como norma fundante de su acción, se establece que el juez pueda entregar o declarar siquiera el cuidado personal compartido, siendo la única excepción, el caso contemplado en el artículo 21 de la Ley N° 19.947, en que el juez puede pronunciarse aprobando tal régimen que los padres acuerden y le presenten con su solicitud de divorcio de común acuerdo.”*¹²⁴ Y, en consecuencia, *“la regulación del cuidado personal compartido es una posibilidad que le atañe*

¹²¹ Artículo 651. Código Civil y Comercial de la Republica Federal Argentina: “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.”

¹²² Vid. Supra, cap. II pp. 52 – 57.

¹²³ Corte Suprema de Chile. Sentencia de fecha 27 de octubre de 2015, en causa Rol N°3335-2015. Considerando 4°.

¹²⁴ Ídem.

*de manera exclusiva al acuerdo entre las partes.*¹²⁵ ; y, en el segundo fallo¹²⁶, la Corte Suprema revoca una sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique que confirmaba una sentencia del Juzgado de Familia de la misma ciudad que atribuía a ambos padres el cuidado personal en forma compartido construido en base a los criterios del 225-2 del Código Civil. Como fundamento principal del fallo de casación se señala que, *“la determinación de los sentenciadores en relación a fijar el cuidado compartido a favor del menor de autos, no tomó en consideración el inciso tercero del artículo 225 que señala expresamente que ‘En cualquiera de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido’. Del cual se deduce sin ninguna duda, que el juez no tiene atribución para fijar como forma de ejercer el cuidado personal de un hijo, el de hacerlo en forma de cuidado compartido, ya que la ley establece claramente todas las posibles soluciones que puede tomar el juez, en los casos sometidos a su decisión.*”¹²⁷ Reafirmando el razonamiento anterior, en la sentencia de reemplazo de la misma causa, la Corte Suprema señaló que *“los acuerdos de tuición conjunta o alternada desde su introducción en los años 1980 son convenios entre los padres. Requieren el mutuo acuerdo entre progenitores. Lo que resulta difícil de aceptar es que los tribunales de familia decreten estos sistemas contra la voluntad de uno de los padres”*¹²⁸, y además agregó que, *“el legislador no le dio atribuciones al juez para fijar el cuidado compartido, porque los padres que llevan sus disputas a los tribunales y prefieren que un extraño decida en lugar de ellos mismos, quien está mejor capacitado para ejercer el cuidado de sus hijos o que decida en definitiva al cuidado de quien sus hijos estarán mejor; no son los padres de los que habla la doctrina, estos que se encuentran en un alto grado de armonía y cooperación.*”¹²⁹

En consecuencia, la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia es categórica en señalar que el juez de familia no tiene ninguna facultad para establecer un régimen y ejercicio

¹²⁵ Ídem.

¹²⁶ Recurso de casación en el fondo, interpuesto por la demandada en contra de sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique que confirmó la sentencia dictada por el Tribunal de Familia de Coyhaique en causa RIT: C-314-2014, RUC: 14-2-00170716-2 caratulados “Zúñiga con Sáez”, en la que se acogió la demanda de cuidado personal compartido interpuesta por el padre.

¹²⁷ Corte Suprema de Chile. Sentencia de Casación en el Fondo de fecha 17 de diciembre de 2015, en causa Rol N° 6320-2015. Considerando 7°.

¹²⁸ Corte Suprema de Chile. Sentencia de reemplazo de fecha 17 de diciembre de 2015, en causa Rol N°6320-2015. Considerando 4°.

¹²⁹ Ibíd. Considerando 5°.

de cuidado personal compartido, bajo ninguna circunstancia, siendo este precedente solo por acuerdo de los progenitores.

Sin perjuicio de la jurisprudencia anteriormente citada, nos llamó la atención un caso en que el progenitor varón interpuso demanda de cuidado personal unilateral. En la sentencia definitiva, el Tercer Juzgado de familia de Santiago, luego de aplicar los criterios contemplados en el artículo 225-2 del Código Civil, resolvió acoger la demanda y entregar el cuidado personal de forma unilateral al padre, ante la falta de facultades del juez para establecer por sentencia un régimen y ejercicio de cuidado personal compartido de los hijos aun cuando de los antecedentes de la causa hubiera sido lo más recomendable. Así, señala que “[...] habiéndose apreciado los medios de prueba, conforme a las reglas de la sana crítica, se puede establecer que los niños, se encuentra en un estado de salud física y mental normal, así como también sus padres, quienes deben tener una terapia de fortalecimiento parental para garantizar que los niños tenga los cuidados que requieren, pero que frente a la obligación de decidir, **se estima, que lo más adecuado para la situación actual y futura de los niños, es poder compartir con ambos padres, pero como la hipótesis normativa chilena no consagra el cuidado personal compartido, salvo acuerdo de las partes, es que se resolverá que los niños, queden bajo la custodia del padre**, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 222, 224 y 225 del Código Civil, pero garantizando a la madre un régimen comunicacional, tan amplio como en derecho corresponda.[...]”^{130 131} Luego, esta decisión fue revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago en razón del recurso de apelación interpuesto por la demandada, fundado en la estabilidad de los niños, expresada en que si bien comparten la opinión del juez de familia de que “[...] ambos padres están aptos para el cuidado de los niños, por lo que lo mejor sería el régimen compartido de cuidado personal. Pero que, sin embargo, en la opción de tomar una decisión estos sentenciadores entienden que bajo estas condiciones, siendo ambos padres en general competentes, sin factores de riesgo para los niños, pudiendo ambos tomar el cuidado personal incluso compartido, si fuere posible, no se estima que exista una causal grave calificada para alterar el estándar legislativo priorizado para la tutela del interés superior del niño en la ponderación de criterios, y con mayor razón si existen pronósticos favorables en la evolución de las competencias de ambos, sobre la base de un proceso terapéutico, lo que tutelaría el buen desarrollo de los menores en tal contexto,

¹³⁰ Tercer Juzgado de Familia de Santiago. Sentencia de fecha 02 de junio 2016. Causa RIT: C-3713-2015. Considerando 20°.

¹³¹ El ennegrecido es nuestro.

y la estabilidad de su situación en el tiempo futuro[...]”¹³² Finalmente, la Corte Suprema, conociendo del recurso de Casación en el fondo revocó el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago y confirmó el fallo del Tercer Juzgado de Familia de Santiago.¹³³ Lo que queremos destacar de este caso, más allá del contenido de la sentencia de casación que termina por atribuir el cuidado personal de manera unilateral en el progenitor varón, es que la Corte Suprema, al confirmar el fallo de primera instancia en su totalidad, realiza un reconocimiento expreso de que de no ser por la falta de facultades de la judicatura de familia para fijar un régimen y ejercicio de cuidado personal compartido por sentencia judicial, así lo hubiera resuelto ya que de los antecedentes de la causa ese modelo de organización familiar resultaba ser lo más conveniente y recomendable para los hijos. Es decir, este fallo reconoce que la decisión del legislador de negar facultades al juez para establecer el cuidado personal compartido por sentencia judicial limita e impide a la judicatura de familia decidir la mejor solución para el caso concreto, aun cuando analizadas todas las circunstancias del caso este modelo de organización familiar aparece como el que garantiza de mejor forma el interés superior de los hijos.

En consecuencia, podemos concluir que la decisión legislativa de no entregar facultades al juez para establecer por sentencia judicial el cuidado personal compartido, impide a los tribunales, en ciertos casos, decidir la mejor solución inspirada directamente en el interés superior de los hijos. Y nos referimos a aquellos casos en que ambos progenitores están dispuestos a ejercer este derecho deber y en que la conflictividad entre los mismos puede constituir una circunstancia de valoración judicial al tenor de lo establecido en el artículo 225-2 del Código Civil, pero no una circunstancia de exclusión a priori y ex ante de este régimen, más cuando lo que en definitiva se pretende es que mediante el establecimiento del cuidado personal compartido se estimulen los principios formativos de la reforma de la Ley N° 20.680 de igualdad parental, corresponsabilidad parental y coparentalidad.

En definitiva, consideramos que la decisión del legislador de no facultar al juez para establecer el cuidado personal de los hijos por sentencia judicial bajo todo supuesto constituye una restricción sin justificación para la aplicación de este instituto de no escasas consecuencias. Creemos que excluir a priori o ex ante la facultad de fijar por sentencia el cuidado personal de los hijos no contribuye a fomentar el establecimiento de esta figura jurídica

¹³² Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de fecha 22 de noviembre de 2016. Causa RUC: Familia-1889-2016. Considerando 9°.

¹³³ Corte Suprema de Chile. Sentencia de fecha 23 de mayo de 2017. Causa Rol N° 99861 - 2016

ni mucho menos a estimular los principios de igualdad parental, corresponsabilidad parental y coparentalidad, máxime cuando su establecimiento depende solo del acuerdo de voluntades entre los progenitores, bastando únicamente la negativa injustificada de uno de ellos para que no sea posible alguna forma de cuidado personal compartido. Por otra parte, limita y restringe el desarrollo del interés superior del hijo en el caso concreto, imponiendo límites a las decisiones de los órganos jurisdiccionales, aun cuando en aplicación de los criterios establecidos en el artículo 225-2 del Código Civil aparezca conveniente el establecimiento de un régimen y ejercicio de cuidado personal compartido para la realización del interés de los hijos. Es por ello que consideramos que los jueces de familia deberían estar facultados para conocer demandas de cuidado personal compartido y, además, poder establecer este modelo de organización familiar, pese a la negativa de uno de los padres, siempre cuando sea conveniente para el interés de los niños, niñas y adolescentes, cuestión que solo podría remediarse mediante una reforma legal que entregue expresamente facultades al juez de familia en tal sentido.

2.2. Ausencia de un contenido legal mínimo y concreto, en cuanto a los sistemas de residencia y a la distribución de funciones parentales entre los progenitores en los acuerdos de cuidado personal compartido.

-Inciso 2° del artículo 225 del Código Civil: *“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.**”*¹³⁴

Cuando analizamos el concepto de cuidado personal compartido, según lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 225 de nuestro Código Civil, dijimos que su definición legal respondía a las preguntas ¿qué es? ¿cuál es su finalidad? y ¿de qué forma se realizará? De este modo señalamos que desde el punto de vista ontológico el cuidado personal compartido es un modelo de organización familiar que tiene lugar luego del quiebre de la relación de pareja de los padres y que consiste en la atribución y ejercicio conjunto del derecho deber de cuidado personal, principalmente en lo relativo a su residencia y a la toma de decisiones respecto a la crianza y educación de los hijos. Que, desde el punto de vista teleológico, tiene por objeto estimular la corresponsabilidad parental de los progenitores en la crianza y educación de sus

¹³⁴ El ennegrecido es nuestro.

hijos, no obstante su separación de cuerpos. Y finalmente, en cuanto a la forma de su ejecución, señalamos que este régimen se desarrollará bajo un sistema de residencia que asegure la adecuada una estabilidad y continuidad.

Podemos afirmar que, en cuanto a la forma, nuestro legislador no impone ni describe ningún modelo particular de cuidado personal compartido. La única exigencia de la norma es que los progenitores, en virtud de su autonomía privada, establezcan un sistema de residencia que asegure una adecuada estabilidad y continuidad. La redacción de esta norma ocasiona ciertas dudas en su aplicación. Ante esta afirmación, cabe hacerse las siguientes preguntas: ¿restringe nuestro legislador el instituto de cuidado personal compartido a una mera cuestión de residencia?, ¿a qué se refiere con el requisito consistente con asegurar una adecuada “estabilidad y continuidad”?, ¿qué pasa con otros aspectos que deben regularse relativos a los derechos deberes de crianza y educación?, y ¿cómo los traducimos en el acuerdo de cuidado personal compartido, para que el principio de corresponsabilidad parental se traduzca en funciones con contenido concreto?

Efectivamente, una crítica que ha surgido de la redacción del inciso 2° del artículo 225 del Código Civil dice relación con que, a priori, la definición de cuidado personal compartido parece reducir al instituto a una mera cuestión de determinación de residencia de los hijos. La redacción genera confusión porque los derechos y deberes de los padres para con los hijos en el ámbito personal de la relación de filiación, relativos al cuidado personal, su crianza y educación, son mucho más amplios a la sola decisión de con cuál de los progenitores ha de convivir con los hijos luego de su ruptura. Debemos señalar categóricamente que, si bien es parte de la esencia de la institución que la determinación de la residencia de los hijos junto con ello, de manera conjunta, deben establecerse mecanismos concretos y precisos de cómo se efectuará la participación de ambos padres en la crianza y educación de los hijos, puesto que si esto no se realiza se corre el riesgo de que el principio de corresponsabilidad parental que la propia institución pretende estimular quede en letra muerta.

Debemos referirnos también al alcance de las expresiones “estabilidad y continuidad” como exigencias impuestas al sistema de residencia del régimen de cuidado personal compartido acordado entre los progenitores. El profesor Tapia señala que la exigencia de una adecuada estabilidad y continuidad puede constituirse como una restricción al cuidado personal compartido y que puede hacer inoperante al instituto, pues excluye de suyo cualquier alternancia en la residencia de los hijos, cuestión que el estima consustancial de la figura

jurídica.¹³⁵ La profesora Lathrop, en tanto, indica que ante la no precisión de nuestro legislador del alcance de dichas expresiones, será tarea de la jurisprudencia determinar cuál o cuáles son los sistemas de residencia que cumplan con asegurar una adecuada estabilidad y continuidad del hijo, y que permitan el desarrollo del cuidado personal compartido, ya que estima que la alternancia de domicilios no es concebida como un elemento esencial del instituto por nuestro legislador.¹³⁶ Nosotros creemos que la exigencia de una adecuada estabilidad y continuidad del sistema de residencia en que se va a desarrollar el cuidado personal compartido es desacertada, por cuanto da a entender que la ley se inclina por preferir un sistema de residencia determinado (el de progenitor residente principal) en desmedro de las modalidades de cuidado personal compartido alternado y sucesivo; esto, basado en un temor infundado de que la alternancia de domicilios de los hijos es en sí misma perjudicial para su interés superior de los hijos. Es más, consideramos que esta exigencia no tiene justificación contrastada con la amplia libertad que tienen los progenitores en lo sustancial de los acuerdos de cuidado personal compartido, máxime cuando los acuerdos no requieren de aprobación ni homologación judicial, es decir, nadie va a revisar que los sistemas de residencia pactados tengan esa “adecuada estabilidad y continuidad” exigidas por la ley. En este sentido, creemos que hubiera sido recomendable que el legislador precisara en la disposición el alcance de los vocablos estabilidad y continuidad contenidos en el inciso 2° del artículo 225 o que incluso enunciara las modalidades posibles de residencia de los hijos que los padres podrían acordar, sobre todo porque vemos con dificultad que por la vía jurisprudencial se pueda idear a una definición de ambos requisitos impuestos al sistema de residencia si los jueces de familia no pueden establecer regímenes de cuidado personal compartido por sentencia judicial, ni tampoco en los casos en que hay acuerdo entre los progenitores estos se someten a control judicial.

La opción de enunciar y definir en forma genérica los posibles modelos de residencia de los hijos que los padres pueden adoptar cuando se establece el cuidado personal compartido de los hijos fue recogida en el ordenamiento jurídico argentino. En dicho marco normativo se dispone que el cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En la primera modalidad, existe una repartición de los tiempos de convivencia de los hijos con los progenitores, y, en la segunda, no obstante que los hijos conviven a diario con un solo progenitor, ambos comparten las decisiones y distribuyen de modo equitativo las funciones

¹³⁵ TAPIA, Mauricio. (2014) Op. Cit. p. 18.

¹³⁶ LATHROP, Fabiola. (2013) Op. Cit. p. 7.

relativas a su cuidado.¹³⁷ Esta manera de enunciar las modalidades de residencia del cuidado personal compartido posibles nos parece adecuada porque le da un contenido concreto a como se desarrollará este régimen sin preferir uno por sobre otro. Además, permite identificar y diferenciar claramente un acuerdo de cuidado personal compartido respecto del establecimiento de regímenes de cuidado personal unilateral con relación directa y regular con los hijos, facilitando la distinción de las distintas instituciones que componen la autoridad parental.

Comenzando otro tema, al principio de este apartado mencionamos que el contenido del instituto de cuidado personal compartido no debe reducirse a solo una mera cuestión de la residencia de los hijos y que, además, debe necesariamente contemplar el modo en que los progenitores van a ejercer sus derechos funciones de crianza y educación, a modo de asegurar su participación en forma activa, equitativa y permanente, es decir, se deben establecer mecanismos concretos para la manifestación del principio de corresponsabilidad parental. Estos mecanismos pueden reducirse a la determinación específica en el acuerdo de cuidado personal compartido de los siguientes temas: toma de decisiones respecto de los hijos relativas a su salud, educación, religión, cambio de domicilio, régimen comunicacional, entre otros; y aquellas relativas a la forma de resolución de posibles discrepancias que surjan de la ejecución de ese régimen.

Sin embargo, es necesario señalar que nuestro legislador nada señala al respecto, lo que nos parece grave porque precisamente puede mermar el funcionamiento de la institución y significar en la inoperancia del cuidado personal compartido. Una opción escogida en otras legislaciones para la operatividad de los sistemas de cuidado personal compartido ha sido que los progenitores convengan planes de corresponsabilidad parental que son instrumentos en que éstos determinan de manera detallada las responsabilidades de cada uno en lo que respecta al cuidado, residencia, vivienda alimentos y demás aspectos de relevancia relativos al hijo que se estime necesario regular, como los aspectos sanitarios, educativos y sociales.¹³⁸

En el derecho comparado tenemos algunos ejemplos en materia de planes de corresponsabilidad parental. En España, se está discutiendo la necesidad de exigir a los

¹³⁷ Artículo 650. Código Civil y Comercial de la Republica Federal Argentina: 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.

¹³⁸ LATHROP, Fabiola. (2009) Op. Cit. p. 229.

padres la presentación planes de corresponsabilidad parental. El anteproyecto de ley que se encuentra en tramitación, tiene como eje principal el crear conciencia en los progenitores sobre la necesidad de presentar y la importancia de pactar, en caso de ruptura o de no convivencia, un plan de ejercicio de corresponsabilidad parental en relación con los hijos, pensado éste como un instrumento para traducir en elementos concretos la forma en que los progenitores ejercerán sus responsabilidades parentales, detallarán sus compromisos respecto a la guarda, custodia, cuidado y educación de los hijos así como los aspectos económicos sin imponer una modalidad concreta de organización en cuanto a la residencia de los hijos¹³⁹. Sin perjuicio de lo anterior, en el Código Civil de Cataluña ya se encuentra integrado al sistema de reparto de las responsabilidades post ruptura la exigencia a los progenitores de confeccionar un plan de parentalidad que regule todas las materias relativas a la guarda, custodia y educación de los hijos.¹⁴⁰

Otro es el caso del Código Civil y Comercial Argentino en que es facultativo para los progenitores la presentación de un plan de parentalidad. La normativa especialmente contempla que en caso de su ausencia o falta de homologación éste puede ser establecido por el juez.¹⁴¹ Lo interesante del modelo trasandino es que enumera de forma clara y precisa

¹³⁹ Ministerio de Justicia Español. Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio. [en línea]
<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428435899?blobheader=application%2Fpdf&blobheadernam e1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_CUSTODIA_COMPARTIDA_CM_19-07-13_TEXTO_WEB_.PDF.PDF> p. 7.

¹⁴⁰ Artículo 233-9. Código Civil de Cataluña: Plan de Parentalidad.

1. El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos.

2. En las propuestas de plan de parentalidad deben constar los siguientes aspectos:

a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.

b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.

c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.

d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él.

e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.

f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.

g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.

h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.

3. Las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos.

¹⁴¹ Artículo 656. Código Civil y Comercial de la Republica Federal Argentina: 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

el contenido mínimo del plan de parentalidad, el cual deberá debe contemplar la determinación de la residencia de los hijos, responsabilidades que asumirán los progenitores, regulación de las fechas significativas y el régimen comunicacional de los hijos cuando esté residiendo con el otro padre¹⁴².

De acuerdo a lo expuesto, consideramos que el legislador al centrarse mayoritariamente en lo relativo a la residencia de los hijos y al no exigir a los progenitores la regulación clara y precisa de las materias relativas a los derechos deberes de crianza y educación en los acuerdos de cuidado personal compartido de los hijos cometió una omisión grave que afecta directamente el interés de los niños, niñas y adolescentes. Primero, porque parece reducir el cuidado personal compartido a la sola determinación de la residencia. Segundo, porque al exigir el legislador una adecuada estabilidad y continuidad al sistema de residencia del cuidado personal compartido sin definir de modo exacto qué sistema cumple con tales requisitos ni ejemplificar modelos de organización, da la impresión de que se inclina por el modelo de cuidado personal compartido con progenitor residente principal de manera injustificada y en desmedro de los modelos de residencia alternada y sucesiva. Y, por último, porque no le entrega contenido concreto al principio de corresponsabilidad parental que el instituto pretende estimular, más aún cuando el cuidado personal compartido no puede tener origen por sentencia judicial y que los acuerdos en que se establece se encuentran generalmente fuera de todo control judicial, tema que trataremos en el apartado siguiente.

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.

¹⁴² Artículo 655. Código Civil y Comercial de la Republica Federal Argentina: Plan de parentalidad. Los progenitores pueden 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 el plan de parentalidad y en su modificación.

2.3. Ausencia de mecanismos de control para el establecimiento de un régimen de cuidado personal compartido.

En los apartados anteriores, dijimos que el instituto de cuidado personal compartido en los términos instaurados por nuestro legislador nacional se caracteriza por lo siguiente:

1. Operar de forma exclusivamente por acuerdo de los progenitores
2. No desarrollar en forma legal un contenido mínimo en cuanto a la residencia de los hijos y a la distribución de funciones entre los progenitores.
3. No requerir de control u homologación judicial¹⁴³.

A continuación, analizaremos esta última característica que afecta a toda atribución convencional del cuidado personal, ya sea que el régimen acordado sea unilateral o compartido, desde tres perspectivas. Primero, realizaremos una exposición del sistema atribución convencional del cuidado personal compartido en nuestro ordenamiento jurídico contrastándola con la regulación de la materia en otras legislaciones. Segundo, se plantearán las problemáticas que se producen por la falta de control de los acuerdos de cuidado personal, evaluando si existe un debido resguardo del interés superior de los hijos. Y, tercero, en virtud de todo lo expuesto, se desarrollarán las razones que hacen recomendable la existencia de un control judicial de estos acuerdos.

Nuestro legislador determinó que, por regla general, en materia de atribución del cuidado personal, no cabe la intervención estatal a través de los tribunales de familia cuando los padres arriban a soluciones a través de acuerdos. Esto se desprende literalmente del artículo 225 del Código Civil, ya que los instrumentos por los cuales los progenitores pueden atribuir voluntariamente la titularidad del derecho deber de cuidado personal de los hijos, que corresponden a los de escritura pública y acta extendida ante Oficial de Registro Civil, son de carácter extrajudicial y no requieren de ninguna aprobación u homologación judicial. En estos casos, solo se exige como requisito de publicidad del acto en relación a terceros la subinscripción del acuerdo de cuidado personal, unilateral o compartido, en la partida de nacimiento de los hijos lo que constituye la única intervención del Estado en la materia.

¹⁴³ Sin perjuicio de que cuando opera la atribución convencional del cuidado personal, los progenitores pueden acordar el régimen de cuidado personal se ejecute de manera unilateral o compartida, solo desarrollaremos las ideas respecto a esta última modalidad.

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, existen en nuestro Derecho ciertos casos de excepción a la ausencia de control judicial. Nos referimos a los acuerdos de cuidado personal en que, sin perjuicio de que se tratan de convenciones celebradas libremente entre los progenitores en virtud de lo prescrito en las leyes N° 19.947 de Matrimonio civil y N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, deberían someterse a control judicial. Estos corresponden a:

1. El acuerdo del artículo 21 de la Ley N° 19.947, en el contexto de una separación judicial y divorcio por cese de la convivencia solicitados de mutuo acuerdo;
2. Cuando el cuidado personal compartido tiene origen en un proceso de mediación, ya que este requiere aprobación judicial para operar con plenos efectos jurídicos.

En estos casos, la intervención del Estado consiste en que los acuerdos suscritos en estos instrumentos necesitan contar con la aprobación judicial correspondiente a fin de tener valor de equivalente jurisdiccional de una sentencia. En el caso del acuerdo del artículo 21 de la Ley N°19.947, aplicable a los casos de separación judicial y divorcio por cese de la convivencia solicitados por ambos cónyuges de consuno, el control judicial se restringe a la declaración del convenio regulador como completo y suficiente, debiendo idealmente en lo que respecta a las relaciones paterno filiales resguardar el interés superior de los hijos. Para el caso de que se pacte el acuerdo de cuidado personal compartido en un proceso de mediación, el acta de mediación deberá ser presentada para su aprobación judicial en todo lo que fuere conforme a derecho de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia. No obstante, en la práctica, estos controles se remiten a declarar que los acuerdos se encuentran o no conforme a Derecho, sin realizar un examen en profundidad de su contenido, ni mucho menos implican que se cautele de manera efectiva el interés superior de los hijos.

En virtud de lo expuesto, podemos afirmar que, en nuestro sistema de atribución convencional de cuidado personal, los acuerdos celebrados entre los progenitores no se encuentran sometidos a ningún control de la judicatura. De este modo, nuestro legislador en esta materia, sin consagrarlo de manera expresa, se ha inclinado por la aplicación absoluta del principio de mínima intervención del Estado en el Derecho de familia. Este principio consiste en que “el Estado no puede intervenir a través de sus órganos en la familia contra la

voluntad de la propia unidad familiar, sino sólo en casos graves o extremos”¹⁴⁴. En consecuencia, contrastando este principio con la normativa analizada podemos concluir que, al tratarse los acuerdos de cuidado personal de una decisión adoptada en virtud de la autonomía privada de la familia, no cabe una intervención directa del Estado para su establecimiento, pues éste solo ha de intervenir en los casos en que la determinación del cuidado personal se realice vía demanda judicial o cuando por esa vía los progenitores deseen modificar un régimen ya establecido.

La situación de nuestra legislación es diametralmente opuesta a lo que ocurre en la mayoría de los ordenamientos jurídicos en que se ha reconocido la figura del cuidado personal compartido y el principio de corresponsabilidad parental. En ellos, tanto el instituto como el principio señalados surgieron como una reacción necesaria al aumento en las cifras de divorcio. De este modo, los cuerpos normativos optaron por reducir las exigencias para declaración del divorcio, pero, como contrapartida, exigen previamente a los cónyuges que autorregulen las materias derivadas de su situación conyugal y de su relación con los hijos comunes, esta última siempre bajo cautela judicial. En este sentido, como destaca la profesora Lathrop “esta libertad conllevaría un ámbito de disposición de las partes en las materias relativas a su situación conyugal pero no así, en cambio, respecto de la esfera paterno-filial que permanece prácticamente inalterada y férreamente protegida por la intervención judicial a través de la realización del interés superior del hijo”¹⁴⁵. Es decir, se reconoce a los progenitores plena autonomía para acordar las cuestiones relativas a su relación interpersonal y una autonomía relativa respecto a la regulación en el ámbito de la autoridad parental, la cual quedará supeditada a la evaluación judicial conforme a su capacidad de responder al interés superior de los hijos.

Un ejemplo de lo señalado anteriormente en materia de cuidado personal compartido es lo que se puede observar en el Código Civil de España en los párrafos quinto, sexto y séptimo del artículo 92¹⁴⁶. En el párrafo quinto, la norma permite a los progenitores pactar el

¹⁴⁴ PINOCHET, Ruperto. Y Ravetllat, Isaac. El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2015, n.44 p.70.

¹⁴⁵ LATHROP, Fabiola. (2008) Op. Cit. p. 351.

¹⁴⁶ Artículo 92, Párrafos 5º, 6º y 7º. Código Civil de España:

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal,

ejercicio conjunto de la guarda y custodia de los hijos en el convenio regulador o durante el juicio de divorcio, el que además debe ser establecido por resolución fundada del juez. En el párrafo siguiente, establece la obligación del juez de revisar el informe del ministerio fiscal y de oír a los hijos a fin de evaluar la idoneidad del régimen acordado por los padres. Y, por último, en el párrafo séptimo se establece una prohibición de la procedencia de la guarda conjunta estableciendo inhabilidades relativas a la idoneidad moral de los progenitores. En consecuencia, en el derecho español el Estado a través de la judicatura ejerce un control efectivo sobre los acuerdos de cuidado personal compartido aun cuando son pactados libremente por los progenitores, ello con el fin de resguardar de manera concreta el interés de los hijos.

Otro caso similar es el del derecho argentino, en que ya sea que se establezca el cuidado personal compartido por acuerdo de los progenitores, por demanda judicial o de oficio, siempre su origen requiere de control o tramitación judicial, como se desprende del artículo 651 de su Código Civil y Comercial¹⁴⁷ pudiendo incluso no tener lugar este régimen cuando en las circunstancias fácticas el cuidado personal conjunto resulte ser perjudicial para los hijos. En definitiva, podemos afirmar que en ambos sistemas jurídicos se refuerza la autonomía familiar en cuanto a que en principio son los progenitores los llamados a autorregular sus relaciones paterno-filiales, pero ello no es óbice para se contemplen mecanismos de control judicial para evaluar si efectivamente, en el caso particular, el cuidado personal compartido es el modelo de organización familiar que responde en mejor medida al interés superior de los hijos. Así, la función de este control judicial no tiene otra finalidad que cautelar el interés de los hijos y los derechos y deberes de los progenitores¹⁴⁸.

partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

¹⁴⁷ Artículo 651. Código Civil y Comercial de la Republica Federal Argentina: 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.

¹⁴⁸ BARCIA LEHMANN, Rodrigo. El convenio regulador en el derecho español y el proyecto de ley de matrimonio civil chileno. *En: lus et Praxis*[online]. 2002, vol.8, n.2, pp.445-478. [en línea]: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200014&lng=es&nrm=iso>. [consulta: 01 de agosto de 2017]

Recapitulando lo expuesto hasta ahora, tanto nuestro sistema jurídico como los referidos anteriormente, tienen en común que se entrega, en primer lugar, a los progenitores la opción de autorregular las cuestiones relativas al cuidado personal de los hijos. Sin embargo, la diferencia es que en los otros ordenamientos jurídicos, todo pacto de cuidado personal celebrado entre los padres requiere de ser sometido a un examen judicial, el que tiene la función específica de evaluar la conveniencia del régimen acordado para satisfacer el interés superior del hijo.

Nosotros consideramos que nuestra normativa, al entregar una absoluta libertad a los progenitores para atribuir el derecho deber de cuidado personal de manera convencional en conjunto con la ausencia de control judicial sobre estos acuerdos, puede dar lugar a afectaciones concretas del interés de los hijos.

De este modo, uno de los problemas que podemos detectar de nuestro sistema de atribución convencional del cuidado personal, es que cuando se establece su titular a través de los instrumentos del artículo 225 inciso primero del Código Civil, no existe ninguna verificación concreta de que el acuerdo celebrado entre los padres procure proteger el interés superior de los hijos.

Así, en el caso del cuidado personal compartido, puede que los progenitores celebren acuerdos imposibles de cumplir en lo relativo al régimen residencial, como por ejemplo si los domicilios de ambos se ubican en ciudades o países distintos. También, la falta de control judicial puede dar lugar a una distribución desigual sobre las cargas que debe asumir cada padre, e incluso, pueden celebrarse acuerdos que separen a los hermanos. Asimismo, puede ser que los pactos de cuidado personal compartido resulten incompletos o insuficientes para darle una seriedad y efectividad al principio de corresponsabilidad parental, máxime cuando nuestro legislador ni siquiera ha dado un contenido concreto al mismo. En este sentido, se ha afirmado que “la corta experiencia acumulada en la materia, da cuenta de pobres acuerdos de pernoctación alternada rotulados bajo la denominación de cuidado personal compartido”¹⁴⁹, sin regular entonces en forma debida todos los aspectos que implican la crianza y la educación de los hijos, que como hemos sostenido van más allá de la sola determinación de la residencia de los hijos. Se ha señalado al respecto que, en definitiva, “nadie verifica si efectivamente en

¹⁴⁹ ILLANES, Alejandra. Incoherencias del régimen de custodia compartida introducido por la ley n° 20.680 con los principios orientadores de la reforma. En: Estudios de Derecho Civil XI: Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Concepción, 2015. Coordinador: Barría Paredes, Manuel. Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción. Concepción. Thompson Reuters. 2015. p. 150.

el acuerdo los padres procuraron proteger el interés superior del niño, o simplemente quien tenía un poder económico o social más fuerte fue quien decidió en su favor, lo más conveniente para él o ella (y no para el hijo). Los tribunales no intervienen en este acuerdo, por lo cual solo podrán conocer de este punto, una vez que alguno de los firmantes del acuerdo decidan querer modificarlo”¹⁵⁰.

Todas estas cuestiones planteadas atentan en forma directa contra el interés de los hijos y, en forma concreta, a la adecuada estabilidad y continuidad que necesita todo niño, niña o adolescente para su desarrollo. Consideramos que estas situaciones serían completamente evitables si se hubiera establecido un control de los acuerdos por medio de nuestros tribunales de familia. Creemos que en estos casos hubiese bastado la aplicación de los criterios y circunstancias del artículo 225-2 del Código Civil para que el juez evaluara si los acuerdos y el régimen de cuidado personal compartido pactado son convenientes para interés del hijo, en vez de esperar que surjan problemas en la ejecución de los acuerdos para que los progenitores lleven los asuntos a los tribunales para su resolución, más aún si la motivación principal del legislador para fortalecer en extremo la autonomía de la voluntad de los padres era evitar la judicialización de estas materias.

Otra problemática que se ha generado en el sistema de atribución convencional del cuidado personal, son las incoherencias que genera el hecho de que existan ciertos instrumentos que no se someten a control judicial y otros que si lo requieren para operar con plenos efectos jurídicos. Como ya hemos señalado, los acuerdos de cuidado personal celebrados por Escritura Pública y Acta extendida ante oficial del Registro civil no requieren de verificación alguna de su conformidad con el interés superior de los hijos. Pero, no ocurre lo mismo cuando se atribuye el cuidado personal a través del acuerdo del artículo 21 del al Ley N°19.947 en los casos de separación y divorcio por cese de la convivencia solicitados de mutuo acuerdo; y, cuando se determina el régimen de cuidado personal por medio de un acta de mediación, pues ambos se someten a un control judicial.

En el caso de la atribución del cuidado personal en el acuerdo del artículo 21 de la Ley N° 19.947 en el contexto de una separación o divorcio por cese de la convivencia se dan dos situaciones curiosas. Como es sabido, es un requisito para solicitar el divorcio o separación

¹⁵⁰ ETCHEBERRY, Leonor. Análisis de la ley N° 20.680, sobre cuidado personal y relación directa y regular. Academia Judicial. Academia Judicial de Chile. [En línea] <<http://intranet.academijudicial.cl/Imagenes/Temp/Apuntes20680.pdf>> p. 4.

de forma conjunta la presentación de un acuerdo regulatorio, cuyo contenido debe reglamentar las relaciones entre los futuros ex cónyuges y los hijos. Y, precisamente una de las materias que los progenitores deben regular de forma obligatoria en esa oportunidad en relación a los hijos es la atribución del cuidado personal. Es decir, se obliga a los progenitores a regular el cuidado personal de los hijos de forma obligatoria sólo cuando se pone término de mutuo acuerdo a una relación de pareja matrimonial, obligación que no se impone cuando el divorcio o separación se pide de manera unilateral o la relación de pareja entre los padres no es de ese carácter matrimonial. Esta situación nos parece de suyo discriminatorio, principalmente para los hijos de filiación no matrimonial, a cuyos padres el ordenamiento no les exige regular de forma obligatoria la situación de su cuidado personal. Otra situación, constatada por la profesora Illanes, dice relación con que ve limitada la aprobación judicial de los acuerdos de cuidado personal sólo para el caso del divorcio y separación de mutuo acuerdo. Señala que, el juez de familia debe rechazar cualquier acuerdo en esta materia por lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley N° 19.947, esto en razón de que la norma que establece la mediación obligatoria. Así el juez, solo podría regular el cuidado personal en los casos en que se ha demandado o acreditado que la mediación se halla frustrado.¹⁵¹

Por su parte, hay otras problemáticas que nos plantean los acuerdos de cuidado personal compartido arribados en sede de mediación. ¿Es válido el establecimiento del cuidado personal compartido a través del acta de mediación?, y, ¿tiene sentido someterlos a aprobación judicial?

Con respecto a la validez del acuerdo de cuidado personal compartido contenido en el acta de mediación debemos señalar que una aplicación literal de la normativa nos podría llevar a la conclusión de que el juez de familia debe rechazar estos acuerdos. Ello en razón de que las normas de derecho de familia son normas de orden público y al ser el cuidado personal compartido un instituto de excepción sólo podría establecerse por medio de las solemnidades estrictas contenidas en la ley.¹⁵² Sin embargo, existe una opinión mayoritaria que plantea que, tratándose de una manifestación de la voluntad de los padres, nada obsta a la aprobación de

¹⁵¹ ILLANES, Alejandra. (2015) Op. Cit. p. 150.

¹⁵² La norma sólo contempla de forma expresa los siguientes instrumentos: Escritura Pública y Acta Extendida ante Oficial de Registro Civil en virtud de lo dispuesto en el inciso 1° Art. 225 Código Civil; y, acuerdo del artículo 21 de la Ley N° 19.947 de acuerdo a lo dispuesto en el art. 23 Ley N° 19.947.

estos acuerdos produciéndose plenos efectos jurídicos. Esta idea se funda en la aplicación del principio de corresponsabilidad y las normas que establecen la mediación obligatoria¹⁵³.

Con respecto a la segunda pregunta, compartimos lo señalado por la profesora Illanes, en el sentido de que es cuestionable que el legislador chileno opte por someter los acuerdos de cuidado personal que pasaron por procesos de mediación familiar, cuando estos son asistidos por un profesional llamado especialmente por ley a velar por el interés de los niños y no haga lo mismo con los acuerdos celebrados en forma directa por las partes.¹⁵⁴ En este sentido, es necesario señalar en este punto que es evidente la falta de técnica legislativa, pues al integrarse esta nueva modalidad de atribución del derecho deber de cuidado personal de los hijos, nuestro legislador debió prever que se darían esta clase incoherencias en el sistema global de atribución del derecho deber.

Por otra parte, es posible observar una problemática adicional en lo relativo al uso real en la práctica de los instrumentos establecidos por ley para establecer el cuidado personal compartido de los hijos. En particular, al uso real de los instrumentos por los cuales se permite establecer un régimen y ejercicio de cuidado personal compartido de los hijos.

Sobre el particular, a propósito de esta investigación, pudimos constatar mediante dos consultas al Servicio Nacional de Registro Civil e Identificación, realizadas con el fin de ilustrar la aplicación del efectiva del cuidado personal compartido como modelo de organización familiar post ruptura de la relación de los progenitores, averiguar cuáles son los instrumentos jurídicos más utilizados para establecerlo y en qué medida se utilizaron.

En una primera consulta, se preguntó por el número de solicitudes de cuidado personal que se habían efectuado a nivel nacional desde el 01 de julio de 2013 a junio de 2015 y cuantas de dicho total correspondieron a acuerdos de cuidado personal compartido. En la respuesta del servicio se indicó que durante el periodo comprendido entre julio de 2013 y junio de 2015, del total nacional de 52.976 subinscripciones de cuidado personal de los hijos, solo 1.288 correspondían a la modalidad de cuidado personal compartido, pero especificando que se practicaron por orden judicial¹⁵⁵.

¹⁵³ DIAZ, Ximena. DUQUE, José. Cuidado personal compartido. Una modificación sustantiva y sus repercusiones procesales. *En: Derecho Procesal de Familia. A 10 años de la reforma.* Corporación de Asistencia Judicial de la región de Valparaíso. Unidad de Estudio de Familia. Editorial Libromar Ltda. 2016. p. 267.

¹⁵⁴ ILLANES, Alejandra. (2015) Op. Cit. p. 150.

¹⁵⁵ Anexo 1.

Con el objeto de profundizar acerca de las cifras de la respuesta del Servicio de Registro Civil, mediante una segunda consulta se solicitó información dirigida a determinar cuántos acuerdos de cuidado personal compartido fueron celebrados de manera extrajudicial fueron subinscritos en el mismo periodo con diferenciación del instrumento de origen¹⁵⁶. No obstante, en esta ocasión no se entregaron datos por carecer el servicio de un registro detallado y elaborado en forma previa con la precisión de los datos solicitados.

De ambas consultas, podemos concluir que durante ese periodo no se celebraron acuerdos de cuidado personal compartido mediante escritura pública o acta extendida ante oficial del Registro Civil o, en su defecto, el Servicio no lleva un registro adecuado de estos actos, cuestión que nos parece gravísima siendo que la subinscripción de los acuerdos de cuidado personal en la partida de nacimiento de los hijos constituye la única intervención del Estado. Resulta ser que además estos datos revelan que, curiosamente, los acuerdos de cuidado personal compartido surgen de manera frecuente cuando este derecho deber es discutido en sede judicial, lo que a nuestro juicio haría devenir en irrelevantes a los instrumentos del artículo 225 inciso primero Código Civil para la celebración de acuerdos de cuidado personal compartido, dado que no tendrían asidero fáctico. Todo lo anterior, nos demuestra que los instrumentos en que se permite acordar el cuidado personal compartido y que no requieren de control judicial no son utilizados con la frecuencia esperada por el legislador al momento de regular la institución. Si el sentido de la ley era incentivar la autorregulación familiar y abstraer del conocimiento de un juez el cuidado personal compartido, la información que aporta el servicio de Registro Civil e Identificación da cuenta de todo lo contrario, y en definitiva, se concluye que es ante la judicatura donde se arriban la mayoría de estos acuerdos.

Ante todas las problemáticas que expusimos es necesario señalar que, si bien compartimos la idea de que el Estado debe propender a respetar las decisiones que la familia adopta libremente, siendo ello conforme con el principio de intervención mínima del Estado en asuntos de familia. Consideramos que, en el contexto de una crisis familiar, la intervención del Estado es necesaria y debe dirigirse a velar por el respeto de la voluntad de cada uno de los miembros que conforman a la familia en cuanto sujetos de derecho, sobre todo cuando las decisiones que son tomadas sólo por los progenitores pueden afectar directamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Lo anterior no solo es recomendable en virtud de

¹⁵⁶ Anexo 2.

las problemáticas planteadas, sino que también esta idea se ve reforzada con la forma en que han abordado el tema en la legislación comparada analizada. En este sentido, el Estado debe estar dotado de mecanismos que aseguren la realización del interés superior de los hijos, cuestión que a nuestro entender justificaría suficientemente su acción a través del control u homologación de los acuerdos de cuidado personal compartido a fin de evaluar su factibilidad y necesidad para la satisfacción del interés del hijo. Así, también lo sugiere el interés superior del niño, piedra angular de todo el ordenamiento de la niñez y la infancia. En conformidad con su triple característica, este principio ha de constituirse en: garantía protección y satisfacción de los derechos del niño respecto a la sociedad toda; como norma de interpretación y resolución de conflictos jurídicos; y, como orientación o directriz para políticas de infancia¹⁵⁷.

En definitiva, la falta de control judicial en el sistema de atribución convencional del derecho deber de cuidado personal, en particular, cuando se trata del establecimiento del cuidado personal compartido, puede dar a origen a situaciones que contravienen directamente con el interés de los hijos. Es por ello que estimamos necesaria la intervención judicial, la cual puede restringirse estrictamente a la aplicación de los criterios mínimos para determinar el interés superior de los hijos, ello conforme a lo prescrito en el artículo 225-2 de nuestro Código Civil. Incluso, esta medida no atentaría contra el principio de mínima intervención estatal en los asuntos de familia, en este sentido, la labor del juez no ha de determinar el alcance o contenido de los acuerdos, solo se va a restringir a si los acuerdos de cuidado personal compartido convenidos entre los progenitores, en el caso concreto, responden en forma adecuada al interés superior de los hijos y no solo al de sus progenitores.

¹⁵⁷ CILLERO, Miguel. Op. Cit. p.11.

CONCLUSIONES

La interrogante que sirvió de guía para la presente investigación fue determinar si la Ley N° 20.680 y el instituto de cuidado personal compartido, respondían en definitiva al interés de los progenitores, o bien, al interés de los hijos.

A fin de dar respuesta a esta pregunta, partimos realizando una exposición general de la normativa aplicable al cuidado personal y, en particular, del instituto del cuidado personal compartido integrado a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley N° 20.680; para dar paso al desarrollo de un análisis crítico de la institución bajo la óptica de sus principales características, abordando las problemáticas que la aplicación de la normativa origina y su contraste con los principios inspiradores de la reforma.

Como pudimos constatar, la Ley N° 20.680 introdujo el cuidado personal compartido inspirado, fundamentalmente, en tres principios:

1. Igualdad parental, referido al rol en la crianza y educación, expresado concretamente en la eliminación de la regla de atribución materna;
2. La corresponsabilidad parental, que tiene como fin estimular la participación activa y permanente de ambos padres en la crianza y educación de los hijos;
3. La coparentalidad, que implica el reconocimiento del derecho del hijo a mantener relaciones cercanas con ambos progenitores no obstante su separación.

Sin embargo, el modelo de cuidado personal compartido escogido por nuestro legislador parece no realizar de manera efectiva los principios que pretende estimular. En efecto, este modelo de organización familiar se caracteriza por:

1. Ser alternativo y de origen exclusivamente convencional:

Esto se afirma que el cuidado personal compartido es un modelo de organización familiar alternativo en cuanto a que se instaura como una opción distinta a la regla general que viene dada por el cuidado personal unilateral; y es exclusivamente convencional porque su establecimiento tiene lugar solo por acuerdo de los progenitores, sin que proceda por la ley o por orden judicial. Esto implica también que no puede establecerse el cuidado personal compartido aun en los casos en que en razón del interés superior del hijo resulte conveniente,

bastando entonces la oposición injustificada de uno de los padres para que le régimen no se afectivo.

2. Carecer de un contenido mínimo establecido por nuestro legislador.

Es un modelo de organización familiar que carece de un contenido mínimo establecido por el legislador en razón de que, a pesar de contar con una definición legal, la ley no se pronuncia ni contempla de modalidades de residencia determinadas en cuanto a los tiempos de convivencia, ni tampoco especifica en qué deben consistir el ejercicio de las demás funciones de crianza y educación de los hijos. En definitiva, el contenido del régimen en cuanto a la distribución de la residencia de los hijos y el ejercicio de la corresponsabilidad parental queda determinado únicamente por lo que señalen los padres en el acuerdo en ejercicio pleno de su autonomía de la voluntad lo que, incluso, podría no responder al interés de los hijos o no tenemos como asegurarlo.

3. No estar sujeto a ningún tipo de control judicial.

Por último, se trata de un modelo de organización familiar que no está sujeto a ningún tipo de control judicial, pues los instrumentos en que se establece el cuidado personal compartido no requieren de revisión u homologación judicial. Lo que implica que no tenemos cómo garantizar que los acuerdos que celebren los padres se encuentren dirigidos de forma directa a satisfacer el interés superior del hijo.

De todas estas características señaladas podemos afirmar que nuestro legislador al dotar de plena autonomía a los progenitores para regular las cuestiones relativas al cuidado personal de los hijos y reducir al mínimo la intervención la intervención judicial en la materia, no garantiza efectivamente que:

- a) En aquellos casos en que el cuidado personal compartido no puede ser establecido por la oposición injustificada de uno de los progenitores, pueda demandarse por uno de ellos y establecerse este régimen por sentencia judicial cuando de los hechos probados en juicio se establezca que el cuidado personal compartido sea conveniente para el interés de los hijos.
- b) Que el principio de corresponsabilidad parental al establecer un régimen de cuidado personal compartido se traduzca en funciones concretas y determinadas para cada

uno de los progenitores dada la inexistencia de un contenido preestablecido por el legislador.

- c) Y que, en aquellos casos en que los progenitores establecen de mutuo acuerdo el régimen de cuidado personal compartido, el contenido de esta convención resguarde y responda en forma debida al interés superior del hijo, cuando ni siquiera se somete a un control judicial.

Esto nos permite concluir que en los hechos existe una mayor preponderancia a promover la autonomía de la voluntad de los progenitores en desmedro de una intención real de garantizar el interés superior del hijo. Lo que, en definitiva, confirma la hipótesis de la presente investigación en cuanto que en la forma en que se configuró el texto legal que instauró la institución del cuidado personal compartido que, en el afán de promover los principios inspiradores de la institución, se descuidó su contenido intrínseco lo que redundó directamente en que no exista un debido resguardo del interés superior del niño, niña y adolescente.

A fin de dar solución a la problemática, se hace necesario efectuar una revisión a la normativa a fin de encontrar los ajustes que se requieren para asegurar una adecuada satisfacción a los derechos de los niños. En concreto, son soluciones a las problemáticas planteadas en este trabajo las siguientes:

1. Facultar de manera expresa a los jueces de familia para establecer el cuidado personal compartido por sentencia judicial, al menos bajo el supuesto de que este régimen sea solicitado vía demanda por uno de los progenitores y cuando de los antecedentes de la causa se acredite que el este modelo de organización familiar resulta ser el más conveniente para el interés superior del hijo.
2. Que se complemente la definición del cuidado personal compartido del inciso 2° del artículo 225 del Código Civil, con la finalidad de establecer un contenido concreto, mínimo y esencial a esta institución, pues a pesar de que nuestro legislador ensaya una definición no es lo suficientemente precisa para dar aplicación efectiva al principio de corresponsabilidad parental. Esto puede complementarse además mediante la exigencia obligatoria de la presentación por parte de los progenitores de un plan de parentalidad, en que se fijen las cuestiones esenciales relativas a la distribución de residencia de los hijos y las responsabilidades a asumir por los progenitores de forma detallada.

3. El establecimiento de un control judicial obligatorio de los acuerdos de cuidado personal compartido celebrados por los progenitores con la finalidad de evaluar si el régimen acordado tiene el contenido mínimo y necesario para darle efectividad al acuerdo, y si resulta ser conveniente para el hijo en el resguardo de su interés superior.

BIBLIOGRAFÍA.

Libros y artículos:

1. ACUÑA, Marcela. Derecho de relación directa y regular. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing Chile. 2014. 294p.
2. ACUÑA, Marcela. Efectos jurídicos del divorcio. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing Chile. 2011. 461p.
3. ACUÑA, Marcela. El principio de corresponsabilidad parental. En: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Vol. 20. N°2. 2013. pp.21-59. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000200002&lng=es&nrm=iso> [Consulta: 24 septiembre 2014]
4. BARCIA LEHMANN, Rodrigo. El convenio regulador en el derecho español y el proyecto de ley de matrimonio civil chileno. En: Ius et Praxis[online]. 2002, vol.8, n.2, pp.445-478. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200014&lng=es&nrm=iso>. [consulta: 01 de agosto de 2017]
5. BAVESTRELLO, Irma. Derecho de Menores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2003. 329p.
6. CILLERO, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. 12pp. [en línea] <http://surargentina.org.ar/material-interes/material/09_material_complementario/03_el_interes_superior_del_nino_convencion_sobre_derechos_nino_cille.pdf> [consulta: 16 de agosto de 2017].
7. COURT, Eduardo. Curso de derecho de familia. La filiación por naturaleza. Legislación, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing Chile. 2010. 124p.
8. DIAZ, Ximena. DUQUE, José. Cuidado personal compartido. Una modificación sustantiva y sus repercusiones procesales. En: Derecho Procesal de Familia. A 10 años de la reforma. Corporación de Asistencia Judicial de la región de Valparaíso. Unidad de Estudio de Familia. Editorial Libromar Ltda. 2016. pp. 235 -281.
9. ETCHEBERRY, Leonor. Análisis de la ley N° 20.680, sobre cuidado personal y relación directa y regular. Academia Judicial. Academia Judicial de Chile. 11p. [En línea] <<http://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/Apuntes20680.pdf>> [consulta: 12 agosto 2017].

10. GÓMEZ, Maricruz. El sistema filiativo chileno: (Filiación biológica, por técnicas de reproducción asistida y por adopción). Santiago, Chile. 2007. 379p.
11. ILLANES, Alejandra. Incoherencias del régimen de custodia compartida introducido por la ley n° 20.680 con los principios orientadores de la reforma. En: Estudios de Derecho Civil XI: Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Concepción, 2015. Coordinador: Barría Paredes, Manuel. Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción. Concepción. Thompson Reuters. 2015. pp. 139-152.
12. LATHROP, Fabiola. Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos. En: Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri, Universidad Diego Portales. N° 10. 2008. pp.9-37. [en línea] <http://fundacionfueyo.udp.cl/wp-content/uploads/2014/09/10_Revista_Fundacion_Fueyo.pdf>. [consulta: 18 de diciembre de 2015]
13. LATHROP, Fabiola. Comentarios a la reforma al Código Civil en materia de efectos de la filiación. En: La Semana Jurídica. N° 58. Semana del 29 de julio al 02 de agosto 2013. p. 7.
14. LATHROP, Fabiola. Cuidado personal de los hijos. Análisis de Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia. Santiago, Chile. Editorial Punto Lex S.A. 2005. 160p.
15. LATHROP, Fabiola. Cuidado Personal y Relación Directa y Regular. Estudio exploratorio en los Tribunales de Familia de la Región Metropolitana. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing Chile. 2013. p 123.
16. LATHROP, Fabiola. Custodia Compartida de los Hijos. Madrid. Editorial La Ley. 2008. 582p.
17. LATHROP, Fabiola. La corresponsabilidad parental. En: Estudios de Derecho Civil IV: Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Coordinador: Pizarro Wilson, Carlos. Universidad Diego Portales. Santiago. Legal Publishing. 2009. pp. 207-232.
18. LEPIN, Cristián. Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley N° 20.680. En: Revista de Derecho. Escuela de Postgrado. N° 3. 2013. pp. 285-308. [en línea] <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/31025/32757>> [consulta 08 septiembre 2014]
19. PINOCHET, Ruperto. Y Ravetllat, Isaac. El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 2015, n.44 pp.69-96.
20. RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia. Tomo II. Sexta edición. Editorial Jurídica de Chile. 2009. p.673.

21. RODRÍGUEZ, María Sara. El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo derecho de familia. Santiago, Chile. Editorial Legal Publishing Chile. 2010. 121p.
22. ROZAS VIAL, Fernando. Consideraciones sobre las modificaciones que la ley N° 18.802 introduce al Código Civil. En: Revista Chilena de Derecho. Vol. 16. N°1. 1989. pp. 99-110.
23. SCHMIDT HOTT, Claudia, "Relaciones Filiales personales y patrimoniales", en: La Filiación en el nuevo Derecho de Familia, SCHMIDT HOTT, Claudia y VELOSO, Paulina. Santiago de Chile, ConoSur, 2001.
24. SCHMIDT HOTT, Claudia. Algunas reflexiones acerca de la Ley N° 20.680 sobre relación parental, con especial referencia a la corresponsabilidad en lo patrimonial: ¡Lo pendiente!" En: Revista de Derecho de Familia Vol.1. Director: Lepín Molina, Cristián. Thompson Reuters. 2014. pp.29-38.
25. TAPIA, Mauricio. Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos (Ley N°20.680). En: Revista de Derecho de Familia Vol.1. Director: Lepín Molina, Cristián. Thompson Reuters. 2014. pp.13-27.
26. VODANOVIC, Antonio. Manual de Derecho Civil. Parte Preliminar y General. Tomo II. Editorial Lexis Nexis. Santiago, Chile. 2006. 418pp.

Legislación Nacional:

1. Código Civil.
2. Ley N° 20.680 que introduce modificaciones al Código Civil y otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados.
3. Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil.
4. Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia.
5. Ley N°16.618 de Menores.
6. Ley N° 5.680 de 13 de septiembre de 1935
7. Ley N° 10.271 de 02 de abril de 1952
8. Ley N° 18.802 de 09 de junio de 1989
9. Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.680 que Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. [en línea] <http://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/4280/HLD_4280_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf> [consulta: 05 de noviembre de 2015].

Derecho comparado:

1. Código Civil de España.
2. Código Civil de Cataluña.
3. Código Civil y Comercial de la República Federal Argentina.
4. Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio [en línea] <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428435899?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_CUSTODIA_COMPARTIDA_CM_19-07-13_TEXTO_WEB_.PDF.PDF> [consulta: 20 de julio de 2017].

Tratados Internacionales:

1. Convención internacional sobre los derechos del niño de 1989.
2. Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Jurisprudencia:

a) Corte Suprema:

1. Corte Suprema de Chile. Sentencia Definitiva de fecha 17 de marzo de 2008, en causa Rol N° 7141-2007.
2. Corte Suprema de Chile, Sentencia Definitiva de fecha 29 de Julio 2008, en causa Rol N° 3469-2008.
3. Corte Suprema de Chile. Sentencia de fecha 29 de septiembre de 2015, en causa Rol N°22881-2014.
4. Corte Suprema de Chile. Sentencia de fecha 27 de octubre de 2015, en causa Rol N°3335-2015.
5. Corte Suprema de Chile. Sentencia de fecha 17 de diciembre de 2015, en causa Rol N° 6320-2015.

b) Cortes de Apelaciones:

1. Corte de Apelaciones de San Miguel en Sentencia de 27 de enero de 2012, Causa RIC: 678-2011.
2. Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia de fecha 11 de enero de 2016, en causa Rol N° 953-2015 (Familia)
3. Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de fecha 19 de junio de 2015, en causa Rol N° 126-2015 (familia).

c) Juzgados de Familia:

1. Cuarto Juzgado de Familia de Santiago en Sentencia de 04 de febrero de 2006, Causa RIT: C-3274-2006
2. Juzgado de Familia de Quillota. Acta de conciliación. Causa RIT: C-968-2013.
3. Tribunal de Familia de Coyhaique, sentencia de fecha 06 de febrero de 2015 en causa RIT: C-314-2014

ANEXO N°1:



CARTA R.C.T. N° 3663

SANTIAGO 09 JUL 2014

**SEÑOR
JOAQUIN ANTONIO MESIAS TORO
juacomt@ug.uchile.cl
PRESENTE**

De mi consideración:

La Jefa de la Unidad de Asesoría Legal, del Subdepartamento de Registro Civil del Servicio de Registro Civil e Identificación, “por orden del Director Nacional”, de acuerdo a lo resuelto mediante Resolución Exenta N° 988, de 1° de marzo de 2012, y en relación a su requerimiento de información enviado a este Servicio y cuyo contacto es el N° **AK002W0005676**, a través del cual se requiere lo siguiente: “1. *Número de solicitudes de cuidado personal que se han efectuado a nivel nacional desde el 1 de Julio de 2013 hasta Junio de 2015.* 2. *Del número de solicitudes de cuidado personal realizadas, cuantas fueron acuerdos de cuidado personal compartido durante el periodo comprendido entre el 1 de Julio de 2013 hasta Junio de 2015*”; al respecto, informo a Ud. lo siguiente:

En cuanto a sus dos peticiones de información, y considerando la información disponible por este Servicio, en materia de cuidado personal, a continuación la tabla N° 1 contiene la cantidad de subinscripciones de cuidado personal practicadas en el periodo comprendido entre julio de 2013 a junio de 2015; y la tabla N° 2, contiene la cantidad de subinscripciones de cuidado personal compartido practicadas en virtud de una orden judicial, en ese mismo periodo:

Tabla N°1

Subinscripción	2013 (desde julio)	2014	2015 (hasta junio)
Cuidado Personal	12.998	29.316	10.662

CALIDAD CALIDEZ COLABORACIÓN
SUBDEPARTAMENTO DE REGISTRO CIVIL - Catedral 1772, 2do Piso, Santiago.
www.registrocivil.cl - Call Center 600 370 2000

Tabla N°2

Subinscripción	2013 (desde julio)	2014	2015 (hasta junio)
Cuidado Personal Compartido por Orden Judicial	256	806	226

En relación con lo anterior, cabe señalar, que el Servicio de Registro Civil e Identificación elabora información en base a las **actuaciones que le son propias, registradas**, además, en una fecha y hora determinada, las que son esencialmente variables incluso en lapso de segundos, no constituyendo, en consecuencia, una estadística oficial del Estado de Chile, materia que es de competencia del Instituto Nacional de Estadísticas (INE).

Del mismo modo, se hace presente a usted, que esta información es extraída del sistema de datos internos que maneja este Servicio, el cual es administrado por la Subdirección de Estudios y Desarrollo.

Saluda atentamente a usted,


DEBORAH RITTER PRIETO
Abogado
“Por Orden del Director Nacional”

DRP/MRD

Distribución:

- La indicada
- Archivo R.C.T.

CALIDAD CALIDEZ COLABORACIÓN
SUBDEPARTAMENTO DE REGISTRO CIVIL - Catedral 1772, 2do Piso, Santiago.
www.registrocivil.cl - Call Center 600 370 2000

ANEXO N° 2:



CARTA R.C.T. N° 6224

SANTIAGO 13 OCT 2015

**SEÑOR
JOAQUÍN ANTONIO MESIAS TORO
juacomt@ug.uchile.cl
PRESENTE**

De mi consideración:

La Jefa del Subdepartamento de Registro Civil del Servicio de Registro Civil e Identificación, "por orden del Director Nacional", de acuerdo a lo resuelto mediante Resolución Exenta N° 988, de 1° de marzo de 2012, y en relación a su requerimiento de información enviado a este Servicio y cuyo contacto es el N° **AK002W0006224**, a través del cual se requiere lo siguiente: "...Que nuevamente, y solo para fines académicos, solicito la siguiente información de vuestro servicio: 1. Número de subinscripciones de cuidado personal practicadas a nivel nacional en el periodo comprendido entre Julio de 2013 a Junio de 2015 inclusive, sin importar si su origen es judicial o extrajudicial. 2. Número de subinscripciones de cuidado personal compartido practicadas a nivel nacional en el periodo comprendido entre Julio de 2013 y Junio de 2015 en virtud de una orden Judicial. 3. Número de subinscripciones de cuidado personal compartido practicadas a nivel nacional en el periodo comprendido entre Julio de 2013 y Junio de 2015, en virtud de Escritura Pública celebrada entre los padres. 4. Número de subinscripciones de cuidado personal compartido practicadas a nivel nacional en el periodo comprendido entre Julio de 2013 y Junio de 2015, en virtud de Acta extendida ante oficial del Registro Civil..."; al respecto, informo a Ud. lo siguiente:

Se informa a Ud. que la respuesta a los puntos 1 y 2 del presente requerimiento de información fue dada a través de la Carta RCT N° 3663 de 2015, emitida por la suscrita, en respuesta a su requerimiento de información anterior número AK002W0005676.

LTA/kaa.

Distribución:

- La Indicada
- Archivo RCT.

CALIDAD



CALIDEZ

COLABORACIÓN

DEPARTAMENTO ARCHIVO GENERAL – Catedral 1772, 2° Piso, Santiago
www.registrocivil.cl - CALL CENTER 600 370 2000

En relación con lo anterior, cabe señalar, que el Servicio de Registro Civil e Identificación elabora información en base a las **actuaciones que le son propias, registradas**, además, en una fecha y hora determinada, las que son esencialmente variables incluso en lapso de segundos, no constituyendo, en consecuencia, una estadística oficial del Estado de Chile, materia que es de competencia del Instituto Nacional de Estadísticas (INE).

Del mismo modo, se hace presente a usted, que esta información es extraída del sistema de datos internos que maneja este Servicio, el cual es administrado por la Subdirección de Estudios y Desarrollo.

Ahora bien, con respecto a la segregación de las subinscripciones de cuidado personal compartido otorgadas mediante escritura pública o acta extendida ante el oficial civil, cabe señalar que, dicha información no fue posible obtenerla, ya que el timbre computacional es genérico, lo que implica que la única vía para acceder a la información que consta en éste, es a través de una copia oficial de las inscripciones o partidas de nacimiento, por tanto, para obtener el dato de cuántos cuidados personales fueron otorgados en forma compartida, usted deberá solicitar las respectivas copias de partidas de nacimiento, en cualquiera de nuestras oficinas presenciales, indicando el nombre y/o RUN del titular como dato de entrada, previo pago de su valor, todo lo cual se encuentra establecido de conformidad a lo dispuesto en el artículos 15 y 18 de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la información pública.

En consecuencia, la elaboración de un proceso especial para la entrega de la información de los cuidados personales segregados en la forma que usted requiere, especialmente atendido al hecho de que se trata de registros manuales, que obliga a consultar uno por uno lo indicado en éste, respecto de todas y cada una de las miles de partidas de nacimiento que existen en el Servicio, implica una distracción indebida de funciones en los términos del artículo 21 inciso 1 letra c) de la Ley N°20.285, que permite denegar el acceso a la información, "*Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.*" Por lo tanto se deniega el acceso a la información solicitada en este punto del requerimiento.

LTA/kaa.

Distribución:

- La Indicada
- Archivo RCT.

CALIDAD



CALIDEZ

COLABORACIÓN

DEPARTAMENTO ARCHIVO GENERAL – Catedral 1772, 2º Piso, Santiago

www.registrocivil.cl - CALL CENTER 600 370 2000

Por su parte, y considerando que en el Registro de Nacimiento se contienen datos personales, que constan en una fuente que no es accesible al público, y que el acceso a la información que se registra en éste, se produce por la vía de certificados o copias de las respectivas partidas, y que, no obstante su carácter de instrumentos públicos, éstos documentos se entregan en forma individual y en base al suministro previo de determinados datos, tales como el nombre o RUT del titular, es que se concluye que el legislador ha fijado un régimen especial de acceso a la información que obra en este registro público, debiendo estarse a dicho régimen. De este modo, no puede utilizarse la Ley de Transparencia para acceder a la información contenida en este Registro y obviar, de esta manera, la exigencia de proporcionar previamente ciertos datos para obtener la información que allí se encuentra.

En consecuencia, además concurre en la especie, lo dispuesto en el artículo 21 N° 2 de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, que establece que se podrá denegar total o parcialmente la información *“Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”*.

Finalmente, se informa que la ley contempla un plazo de 15 días hábiles contados desde la notificación de la presente respuesta, para que usted solicite amparo a su derecho de acceso a la información ante el Consejo para la Transparencia y que se procederá en su oportunidad a incorporar esta respuesta, en el Índice de actos y documentos calificados como secretos y reservados del Servicio.

Saluda atentamente a usted,



LIGIA TORO ARAYA
Abogado

“Por Orden del Director Nacional”

LTA/kaa.

Distribución:

- La Indicada
- Archivo RCT.

CALIDAD



CALIDEZ

COLABORACIÓN

DEPARTAMENTO ARCHIVO GENERAL – Catedral 1772, 2° Piso, Santiago
www.registrocivil.cl - CALL CENTER 600 370 2000

