



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela de Postgrado

CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO: LA NECESIDAD DE UNA
ACCIÓN COMO GARANTÍA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

**Actividad Formativa Equivalente a Tesis (AFET) para optar al Grado
de Magíster en Derecho de Familia(s), Infancia y Adolescencia**

Autor: SOLEDAD ALEJANDRA POMÉS HUERTA

Profesora Guía: MARICRUZ GOMEZ DE LA TORRE VARGAS

TABLA DE CONTENIDO

I.	Resumen.....	5
II.	Introducción.....	5
III.	Capítulo I: El interés superior del niño.....	9
	i. Antecedentes.....	9
	ii. Los principios de la CDN.....	11
	iii. El principio de interés superior del niño en la CDN.....	16
	iv. La entrada en vigencia de la CDN y la progresiva constitucionalización del derecho de familia en Chile.....	25
	v. El interés superior del niño en la legislación chilena.....	28
IV.	Capítulo II: El cuidado personal.....	36
	i. Antecedentes previos.....	36
	ii. Binomio cuidado personal-patria potestad en Chile.....	38
	iii. Filiación y cuidado personal. Concepto cuidado personal.....	40

iv.	El cuidado personal antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.680.....	44
v.	El cuidado personal luego de la entrada en vigencia de la Ley 20.680.....	46
vi.	Cuidado personal compartido.....	49
vii.	Formas de atribución del cuidado personal compartido.....	52
V.	Capítulo III: El interés superior del niño y el cuidado personal en Chile a la luz de la Ley 20.680.....	54
i.	El interés superior del niño y el cuidado personal en Chile antes de la reforma del año 2013.....	54
	a) Etapa de atribución preferente materna absoluta ...	55
	b) Etapa de atribución materna preferente con incorporación explícita de la noción de interés superior.....	57
ii.	El interés superior del niño y el cuidado personal en Chile a la luz de la Ley 20.680.....	59

a)	Incorporación del principio de corresponsabilidad parental	59
b)	Consagración del cuidado personal compartido de común acuerdo.....	62
c)	Consagración del principio de interés superior del niño como único criterio de atribución judicial del cuidado personal.....	66
iii.	El interés superior del niño a la luz del cuidado personal compartido.....	68
a)	Fundamento normativo del cuidado personal compartido.....	69
b)	La falta de una acción de cuidado personal compartido, como la falta de una garantía fundamental del interés superior del niño...	71
VI.	Capítulo IV: Derecho comparado.....	73
i.	España.....	73
ii.	Argentina.....	79
VII.	Conclusiones.....	86
VIII.	Bibliografía.....	93

I. RESUMEN

El principio del interés superior del niño, desde sus orígenes, ha tenido una progresiva evolución, que alcanza su máximo desarrollo a nivel internacional con su consagración en la Convención de los Derechos del Niño. Como consecuencia de este reconocimiento convencional, la legislación chilena ha tenido que adaptarse, con miras a entregar la debida protección y correspondientes mecanismos de garantía a este conjunto de derechos que constituyen el interés superior del niño. Reviste particular importancia revisar la evolución de este principio rector en materia de infancia, tanto en su planteamiento internacional, como en su incorporación paulatina en la legislación nacional, y especialmente, en su relación con el cuidado personal, a la luz de la Ley N° 20.680, de fines del año 2013.

II. INTRODUCCION

Existe un amplio debate en doctrina sobre el significado o alcance del principio del interés superior del niño. Al respecto, Cillero sostiene que “Generalmente se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga,

indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés de tipo extra-jurídico”¹. En el mismo sentido, Ravetllat señala “Estamos pues ante un concepto no pacífico, de difícil concreción, que ha atraído la atención de no pocos autores, deseosos de analizar pormenorizadamente si el mentado principio rector, es realmente de aplicación efectiva en nuestra práctica cotidiana”².

Atribuirle un carácter indeterminado al interés superior del niño, se traduce en que las resoluciones y medidas que se tomen fundadas en éste, no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica, puesto que quedan a merced de la interpretación que se haga del principio, con los más diversos criterios, incluso opuestos entre sí “...al no existir una definición precisa o criterios objetivos para definir lo que se entiende por interés superior, se puede caer en la errónea aplicación de éste, en perjuicio de los

¹ CILLERO B., M. 1999. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En: UNICEF. Justicia y Derechos del Niño. Santiago de Chile. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, p.47.

²RAVETLLAT B., I. y PINOCHET O., R. 2015. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno. Revista chilena de derecho. Volumen 42(3). p. 904.

menores³”. Es fundamental, entonces, que exista un consenso sobre el significado y alcance del interés superior del niño, para que las autoridades y sistemas jurídicos puedan otorgar la debida garantía y protección a los derechos del niño, ajustadamente y en todas sus dimensiones.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN) tiene un importante rol en este sentido, ya que constituye un contexto dentro del cual el interés superior del niño debe ser interpretado, de manera coherente y armónica con el resto de sus disposiciones. En el marco de este tratado internacional, el principio del interés superior del niño puede ser dotado de un contenido específico, y con ello, se disminuye la indeterminación respecto de su significado, y se puede brindar, de manera uniforme, la más amplia tutela a los derechos de todos los niños, en un contexto de seguridad jurídica. Además, con su reconocimiento convencional, el interés superior del niño adquiere un carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido, el cual está orientado no sólo a los ordenamientos jurídicos, sino

³GOMEZ DE LA TORRE V., M. 2007. El Sistema Filiativo Chileno. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 45.

también a las políticas públicas, e incluso, al incentivo de una cultura de mayor igualdad y respeto por los derechos de todas las personas⁴.

Chile es uno de los muchos Estados parte en la CDN, vigente desde septiembre del año 1990. Ahora bien, como en tantas otras áreas, lo que ha ocurrido y ocurre en materia de infancia, tiene que ver con el principio de conectividad y coherencia entre el sistema jurídico interno y el sistema jurídico internacional. En efecto, un Estado al hacerse parte en un tratado internacional, necesariamente debe conectar y adaptar su sistema jurídico a lo convenido internacionalmente, sobre todo cuando se trata de derechos humanos⁵.

Durante los últimos años en Chile, la institución del cuidado personal ha ido cobrando especial relevancia, atendidos diversos factores, como el progresivo aumento de separaciones conyugales, el actual desinterés de las parejas por contraer matrimonio y la equiparación de derechos entre hijos

⁴ CILLERO B., M. p.47

⁵AGUILAR C., G. 2008. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios Constitucionales. Año 6 (1). P225.

de filiación matrimonial e hijos de filiación extra matrimonial⁶. Por ello, resulta fundamental revisar la evolución que ha tenido esta institución a la luz del principio del interés superior del niño, y particularmente, en su última regulación incorporada por la Ley N° 20.680, del año 2013, la que provoca un cambio radical –entre otros- en cuanto a las posibilidades de titularidad del cuidado personal de los hijos.

III. CAPÍTULO I: EL PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

i. Antecedentes.

El primer texto histórico que reconoce la existencia de derechos específicos para los niños y la responsabilidad de los adultos sobre su bienestar, data del año 1924, en el contexto de la posguerra mundial. Esta declaración contiene sólo 5 artículos que se refieren a derechos de carácter social y no de carácter civil. Es conocida como la “Declaración de Ginebra

⁶ QUINTANA V., M.S. 2014. La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. (43). p. 242.

sobre los Derechos del Niño”⁷ y no obstante haber sido adoptada por la Sociedad de las Naciones (predecesora de la Organización de las Naciones Unidas- ONU) esta declaración no tenía fuerza vinculante para los Estados parte.

Con posterioridad, en el año 1959, es aprobada la “Declaración de los Derechos del Niño”⁸, la cual se basa en la Declaración de Ginebra. Esta

⁷ La declaración de Ginebra contiene sólo los siguientes 5 artículos:

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y abandonado deben ser recogidos y ayudados.
3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.
4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.
5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.

⁸ La Declaración de los Derechos del niño establece diez principios:

1. El derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad.
2. El derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño.
3. El derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento.
4. El derecho a una alimentación, vivienda y atención médicos adecuados.
5. El derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física.
6. El derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad.
7. El derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita.
8. El derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia.
9. El derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación.
10. El derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.

declaración establece 10 principios y fue aprobada por la totalidad de los Estados miembros de la ONU y se constituye como la base de la CDN. Esta declaración, al igual que su predecesora, carecía de fuerza vinculante para los Estados parte.

Frente a la necesidad de contar con un instrumento coercitivo y en la búsqueda por dar mayor precisión y respaldo a los derechos de la infancia, en el año 1989 nace el tratado internacional que ha sido ratificado por el mayor número de Estados en el mundo (dentro de los cuales se incluye Chile) la Convención de los Derechos del Niño. Este instrumento es la “culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, que se ha desarrollado durante el siglo XX⁹.”

ii. Los principios de la CDN.

Para CILLERO BRUÑOL, M. “La CDN es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter

⁹CILLERO BRUÑOL., M. 1999. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En: UNICEF. Justicia y Derechos del Niño. Santiago de Chile. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, pp. 46.

general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia”¹⁰.

La Convención reafirma el reconocimiento de los niños como sujetos titulares de todos los derechos humanos en general -que derivan de su condición de persona- y además, les reconoce y garantiza derechos de carácter específico, en su calidad de grupo más vulnerable. En palabras de AGUILAR CAVALLO, G. “El objeto de la Convención es reforzar la protección de los niños como plenos sujetos de derechos humanos, ya que ellos tienen todos los derechos propios de todos los seres humanos, y además, son beneficiarios de cierta protección especial.¹¹”. Para LARUMBE CANALEJO, S. “Con este instrumento internacional se supera la Doctrina de la Situación Irregular para dar lugar a la Doctrina de la Protección Integral, que conceptualiza al niño, niña y adolescente como sujeto portador de derechos sin distinción de ningún tipo: todos los derechos para todos los niños”¹². En este sentido el preámbulo de la CDN

¹⁰ *Ibíd.*, p. 47.

¹¹ AGUILAR CAVALLO., G. 2008. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*. Año 6 (1) pp.228.

¹² LARUMBE CANALEJO, S. 2002. Educación en y para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en riesgo. *Revista IIDH* (36) p. 252.

señala que el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal.

Tal y como se dijo en el apartado anterior, la CDN buscaba especificar los derechos humanos para las especiales circunstancias de vida de los niños, partiendo siempre desde el entendido que los niños son personas¹³. Los derechos de los niños, entonces, no son derechos *siu generis* ó de una naturaleza jurídica distinta, sino manifestaciones específicas de los derechos humanos generales, complementarios a éstos, nunca sustitutivos o autónomos. Los mecanismos de protección del conjunto de derechos de la infancia, derivan de los mecanismos de protección generales de los derechos reconocidos a todo ser humano.

Además de esta función de especificación de los derechos humanos, la CDN es fuente de principios y derechos propios de los niños, y como tal, constituye un límite frente a la acción del Estado y parámetro orientador de la acción pública, por mandato expreso del artículo 5° incisos 3 y 4 de la Constitución ¹⁴. “La CDN representa una oportunidad para desarrollar un

¹³ Art. 1 CIDN: “Para los efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

¹⁴ Artículo 5° incisos 3 y 4 de la Cpol:

nuevo esquema de comprensión de la relación de niño con el Estado y las políticas sociales, y un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de los niños, y sus intereses, en las estructuras y procedimientos de decisión de asuntos públicos”¹⁵.

Con la consagración de los derechos de la infancia en la CDN, los asuntos que conciernen a los niños dejan de ser cuestiones privadas, que interesan e incumben de la puerta del hogar hacia adentro, sino que pasan a ser asuntos de interés público, toda vez que se deben proteger y garantizar en cualquier asunto que concierna a un niño, a un grupo de niños o a los niños en general. Por ello, el catálogo de derechos convencionales de los niños, no sólo constituye un límite frente a la acción pública o estatal, sino también frente a la acción privada, de la familia y de la sociedad en general. La Convención contempla derechos y deberes recíprocos entre el niño y el Estado y el niño y la familia, otorgándole a ésta última un rol fundamental y prioritario en la vida del niño, limitando la intervención tutelar estatal a una

El ejercicio de la soberanía reconoce como única 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.

¹⁵CILLERO BRUÑOL, M. pp. 50.

última instancia, en caso que la familia no pueda cumplir con la debida protección y respeto.

Se distinguen en la CDN ciertos principios rectores o valores fundamentales¹⁶ a través de los cuales debe ser interpretada toda su normativa:

- Principio de la no discriminación o de la igualdad¹⁷

- Principio del interés superior del niño¹⁸

- Principio de la efectividad¹⁹

¹⁶ Estos principios son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos de derechos igualmente reconocidos y, además, se imponen como límites imperativos a las acciones de la autoridad, a la acción privada, a la familia y el entorno del niño en general.

¹⁷ Artículo 2 de la CIDN:

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

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

¹⁸ Artículo 3.1 de la CIDN:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

- Principio de autonomía y participación, o de autonomía progresiva del niño²⁰ (Arts. 5 y 12).

A continuación nos referiremos de forma exclusiva al principio de interés superior del niño, toda vez que es a la luz de éste que analizamos en el presente estudio la institución del cuidado personal compartido en Chile.

iii. El principio de interés superior del niño en la CDN.

Si bien este principio se encuentra consagrado convencionalmente, con lo que ha adquirido el carácter de norma de derecho internacional general, su existencia es anterior a la CDN²¹.

¹⁹ Artículo 4 de la CIDN:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

²⁰ Artículo 5 de la CDN:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 12.1 de la CDN:

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

Como ya señalamos, el principio del interés superior del niño es reconocido por la CDN en el artículo 3.1²². La CDN hace referencia al interés superior del niño en 7 preceptos más, pero no define ni enumera indicador alguno que facilite la concreción práctica de esta cláusula abstracta, dejando su interpretación al buen hacer y juicio de la persona, institución u organización encargada de su aplicación²³. Esta indefinición se arrastra desde que las nociones a su respecto aparecieron, no existiendo un consenso en relación a su alcance o contenido. ¿Qué es el interés superior del niño? Ha sido una interrogante permanente, sobre la cual existen

²¹ En efecto, el itinerario recorrido por el interés superior del niño es inverso al de otros principios rectores en materia de infancia, que primero surgen en el ámbito internacional, para luego aparecer y consolidarse en los distintos ordenamientos jurídicos internos.

El interés superior del niño ha sido una noción que ha estado presente en distintas legislaciones internas en materia de familia, particularmente en el derecho europeo, antes de su reconocimiento en el ámbito internacional. Así por ejemplo en Francia, la legislación civil en materia de familia lo contemplaba desde el año 1889 en las leyes que vinieron a limitar la figura de la patria potestad, esto es un siglo antes de la CIDN. En Italia, esta noción comenzó a ser utilizada desde 1967 en legislación sobre adopción; y en Inglaterra, fue incorporado como una consideración primordial desde principios del siglo XX. RAVETLLAT B., I. y PINOCHET O., R. 2015. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno. Revista chilena de derecho. Volumen 42(3): pp.906.

²² En el ámbito internacional, como vimos, su primera manifestación se encuentra en la ya referida Declaración de Ginebra, de 1924, para luego ser contemplado en la Declaración de los Derechos de los niños de 1948, y terminar siendo consagrado de forma vinculante en la CIDN.

²³ RAVETLLAT B., I. y PINOCHET O., R. 2015. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno. Revista chilena de derecho. Volumen 42(3): pp.911.

diversas respuestas y posturas; y la respuesta y postura frente a esta pregunta, no es para nada indiferente o irrelevante. Si la interpretación que hacemos de éste no es coherente y armónica con todo el conjunto de derechos que la Convención reconoce a todos los niños, fallará a la hora de cumplir con su función como elemento fundante, garantizante y protector de ésta.

Dentro de los autores que intentan definir el principio -lo que debemos entender por “interés superior del niño”- encontramos a una amplia mayoría que se refiere a éste como un concepto jurídico indeterminado, y por ende, al definirlo, ponen énfasis en su función. Así por ejemplo, ZERMATTEN, J. sostiene: “Es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia”²⁴. En este mismo sentido LATHROP, F.

²⁴ ZERMATTEN, J. 2003. El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico [en línea] <http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf>[consulta 29 octubre 2017].

señala que “Al ser un concepto difuso, necesita ser interpretado de acuerdo a cada caso en particular. Lo que en una causa se puede considerar como lo más beneficioso según el interés superior del niño puede ser considerado como perjudicial según la aplicación del mismo principio en otra causa”²⁵. Por su parte RAVETLLAT B., I. y PINOCHET O., R afirman que “Ciertamente es que la verdadera fuerza atribuida a este principio reside en su carácter eminentemente abstracto, aspecto este que facilita su adaptación a los diferentes supuestos de hecho que puedan ir suscitándose”²⁶.

Otro grupo de autores no se refieren a éste como un principio jurídico indeterminado, sino que conceptualizan el interés superior del niño como la satisfacción y respeto de los derechos humanos de los niños. Así, AGUILAR CAVALLO, G. señala “Cuando hablamos del interés superior del niño no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que le conviene al niño, de lo que el juez cree que es lo mejor para el niño, sino que cuando hablamos del interés superior, del interés primordial del niño, significa

²⁵LATHROP GOMEZ, F. 2013. Cuidado personal y relación directa y regular. Estudio exploratorio en los Tribunales de Familia de la Región Metropolitana. Santiago de Chile .Legalpublishing. p. 51.

²⁶RAVETLLAT B., I. y PINOCHET O., R. 2015. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno. Revista chilena de derecho. Volumen 42(3): pp. 904.

simplemente decidir sobre los derechos humanos de los niños”²⁷. En este mismo sentido, CILLERO BRUÑOL, M. sostiene “Es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo ‘interés superior’ para a estar mediado por referirse estrictamente a lo ‘declarado derecho’; por su parte, sólo lo que es considerado derecho, puede ser ‘interés superior’”²⁸. Para GOMEZ DE LA TORRE, M. el principio consiste en garantizar al niño el ejercicio y satisfacción efectiva de los derechos y garantías que surgen de su calidad de persona humana²⁹.

Esta última postura doctrinaria es coincidente con la que adopta el Comité de los Derechos del Niño en su Observación general N° 14, de acuerdo a la cual la plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren

²⁷AGUILAR C., G. 2008. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios Constitucionales. Año 6 (1): pp.230.

²⁸ CILLERO BRUÑOL., M. pp.53.

²⁹ GOMEZ DE LA TORRE, M p.46.

todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana³⁰.

En nuestra opinión el interés superior del niño no es un concepto jurídico indeterminado, muy por el contrario, tiene un contenido claro y un rol jurídico definido. Si bien es cierto que su aplicación nos va a llevar a soluciones diversas, que se evaluarán y determinarán caso a caso dependiendo de las circunstancias y el contexto en que éste deba ser aplicado, ya que esto sucede con todo principio de derecho, dada su naturaleza flexible, según la cual se adecua a la realidad en cuestión. En este último sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha determinado que el artículo 3, párrafo 1 de la CDN, enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, y lo aplica como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto³¹.

Antes de la CDN, y a falta de un catálogo de derechos de los niños, la noción de interés superior parecía remitirse a algo más allá de derechos

³⁰ Observación general número 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial del Comité de los Derechos del niño. pp.4.

³¹Ibíd. p. 3.

concretos, a una idea abstracta de interés colectivo o particular, que podía imponerse incluso ante decisiones estrictamente de derecho. Una vez que nace y se reconoce un amplio catálogo de derechos específicos, cuyos titulares son todas las personas menores de 18 años, no es posible sostener una noción vaga de este interés superior, sino que es posible darle contenido. Cuando hablamos de interés superior del niño, hablamos del conjunto de todos sus derechos, que derivan de su condición de persona, y además, de aquellos de que son titulares por sus particulares circunstancias de vida. Los conceptos de interés y derecho se identifican en este caso.

Ya que hemos conceptualizado la noción de interés superior, pasaremos a describir sus funciones. El principio en comento es un principio garantista con una triple dimensión: i) Se trata de un derecho sustantivo: Es el derecho que tienen los niños a que su interés superior sea una consideración primordial, que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida; ii) Es un principio jurídico interpretativo fundamental: Según el cual si alguna disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. El conjunto de derechos consagrados en la CDN y sus Protocolos serán el marco interpretativo para

ello; y iii) Es una norma de procedimiento: Frente a cualquier decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños o a los niños en general, el proceso de adopción de esa decisión deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) que ésta tenga en el niño o los niños interesados. Además, la justificación de esas decisiones debe manifestar que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, funciona como un límite para la acción pública, ya que los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en sus decisiones, tanto en cuestiones normativas generales como de casos concretos³².

Por último, este principio tiene distintas dimensiones: a) Es un derecho que permite desarrollar otros derechos; b) Es un valor fundamental para resolver pugnas entre derechos igualmente reconocidos y c) Es un límite imperativo a la acción pública y privada.

El Comité de los Derechos del Niño, con el objeto de garantizar que los Estados parte de la CDN den efectos al interés superior del niño y lo respeten, elabora la Observación General N° 14, la que define los requisitos para su debida consideración, en particular en las decisiones judiciales y

³² *Ibíd.* pp. 4.

administrativas. De acuerdo a este documento, el concepto de interés superior es complejo y su contenido debe determinarse caso a caso. Es un concepto flexible y adaptable, que debe ajustarse y definirse de forma individual, teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. Cuando se deban tomar decisiones particulares -como a cuál de los padres debe atribuirse el cuidado personal del hijo- se debe evaluar y determinar el interés superior en función de las circunstancias específicas del niño en concreto³³.

Por último, el Comité exige, a fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, que cualquier decisión sobre el niño debe estar motivada, justificada y explicada. Esto significa que se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos que pesaron más en el caso particular. Esta exigencia de fundamentar el interés superior, implica, además, que éste debe ser fundamentado por los jueces y probado por las partes.

³³ Nuestra legislación como veremos en el capítulo final de este estudio, consagra conductas no taxativas que debe ponderar el juez a la hora de tomar la decisión.

La falta del deber de fundamentar las decisiones basadas en un supuesto interés superior ha sido sancionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estimando que: *“La Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas.”*³⁴ pronunciándose de esta forma en contra del Estado chileno quien habría vulnerado el derecho de las niñas.

iv. La entrada en vigencia de la CDN y la progresiva constitucionalización del derecho de familia en Chile.³⁵

³⁴ Resolución de fecha 24/02/2012, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁵ Este trabajo asume que el proceso de constitucionalización existe y que ha repercutido en del derecho privado, particularmente en el derecho de familia. Sobre la constitucionalización del derecho y sus implicancias ver: ATIENZA, M. 2007. Argumentación y Constitución. En: Aguiló, J. y Ruiz, J. Fragmentos para una teoría de la Constitución. Madrid, España. Iustel. pp. 113-143; CEA EGAÑA, J.L. 2004. Sobre el estado constitucional de derecho como paradigma jurídico. Revista de derecho 16: 299-310; FAVOREAU, J.L. 2001. La constitucionalización del derecho. Revista de Derecho 12 (1): 31-43. Sobre la constitucionalización del derecho de familia consultar: ALVAREZ PERTIZ, A. 2011. Constitucionalización del derecho de familia. Revistas jurídicas CUC. (7). pp. 27-51; HERNANDEZ PAULSEN, G. 2008. Derecho de Familia y Derechos Humanos. En: POZO SILVA, N. y BENITEZ GONZALEZ, JORGE (Eds.). Los otros derechos: derechos humanos del bicentenario. Chile. Editorial Arcis. pp.17-52. SOTO KLOSS, E. 1994. La familia en la Constitución Política. Revista chilena de derecho 2(21): 217-229.

Con el término de la dictadura militar en nuestro país a fines de la década de los 80', que trajo como consecuencia el retorno del sistema democrático, se producen relevantes cambios a nivel constitucional. Es así que en 1989 se reforma la Constitución Política, incorporándose un nuevo inciso al artículo 5° de ésta, de acuerdo al cual los tratados internacionales ratificados por el Estado chileno serán parte integrante de la legislación interna. En efecto, prescribe el inciso final del artículo 5°: *“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”*. A partir de la incorporación de este inciso, los principios y derechos contemplados en los distintos instrumentos internacionales ratificados por Chile, ingresan al ordenamiento jurídico interno con rango constitucional, comenzando el proceso de *constitucionalización* del derecho, fenómeno que ha sido definido como la transformación del ordenamiento al término del cual éste resulta totalmente impregnado de normas constitucionales. Esto quiere decir que ciertos

derechos que ya existían con una jerarquía menor que la constitucional “aumentan de rango”.

En lo que al derecho de familia respecta “existe cierto consenso en que los derechos humanos han impactado fuertemente las relaciones familiares, tornándose directamente aplicables a ellas. Esto ha llevado a aseverar que los derechos humanos se han convertido en el principal motor de la evolución del derecho de familia. La constitucionalización del derecho de familia ha sido escasamente abordada en el ámbito nacional; a ella se ha referido Schmidt³⁶, enfatizando la importancia de la codificación y de la humanización del derecho como elementos caracterizadores de tal fenómeno³⁷.”

Para nuestro tema en estudio, el instrumento jurídico internacional de más relevancia es la CDN, promulgada en el año 1990, la cual reconoce el interés superior de los niños como principio que debe informar toda decisión que concierna a éstos. Dado este reconocimiento, cualquier estudio

³⁶SCHMIDT HOTT, C. 2005. La constitucionalización del Derecho de Familia. En: MARTINIC GALEVOTIC, M.D.; RIOS LABBE, S. y TAPIA RODRIGUEZ, M. Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación. Santiago de Chile. Editorial Lexisnexis. pp. 1235-1244.

³⁷LATRHOPEL, F. 2017. Constitucionalización y jurisprudencia constitucional en el derecho de familia chileno. Estudios Constitucionales. Año 15(1) pp.337.

relativo a temas de infancia -dentro de los cuales se incluye al cuidado personal, tal y como lo señalamos en el capítulo I- debe hacerse desde la perspectiva y a la luz de éste; de lo contrario, cualquier conclusión a la que podamos arribar sería vulneratoria de este principio.

Teniendo claro de qué hablamos cuando hablamos del principio del interés superior del niño, cuáles son sus principales funciones y por qué este debe ser considerado como un elemento integrante de la normativa nacional, pasaremos a revisar cómo ha sido contemplado este valor fundamental en el ordenamiento jurídico chileno.

v. El interés superior del niño en la legislación chilena.

Desde la ratificación de la CDN, a la fecha, se pueden apreciar nuevas leyes que modifican diversas instituciones relativas a la infancia; todo esto con la finalidad de adecuarlas a los parámetros internacionales vigentes en la protección de los derechos de los niños, y en particular, a la luz del principio del interés superior del niño. Los mayores progresos se evidencian en el plano legislativo nacional, lo que revela una aceptación, cuando menos discursiva, de los niños y niñas como sujetos de derecho³⁸.

³⁸ AGUILAR CAVALLO, G. p. 225.

Las primeras y más importantes manifestaciones de esta conectividad entre la legislación interna y los parámetros internacionales en materia de protección de los derechos de los niños, son las Leyes 19.585 y 19.620, vigentes desde 1999, que modificaron el sistema filiativo y el de adopción, respectivamente. La primera incorpora al Código Civil (CC) chileno una serie de preceptos que contemplan expresamente la noción de interés superior del niño³⁹; y la segunda hace lo suyo, al establecerlo expresamente en su artículo 1° como el objeto de la adopción, y luego reiterarlo en sus artículos 3 y 15. Posteriormente, la nueva legislación sobre matrimonio civil del año 2004, contempla al interés superior del niño como uno de sus principios informadores: *“Las materias reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos...”*, y lo reitera en otros preceptos⁴⁰. Asimismo, la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, también del año 2004, en su artículo 16 inc. 2° dispone: *“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*

³⁹ Arts. 242, 222, 225, 229, 234, 240, 244, 245, 268 y 272 del Código Civil chileno.

⁴⁰ CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Ley 19.947: nueva Ley de Matrimonio Civil, mayo de 2004. Arts. 3, 27, 36 y 85.

como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”, lo que reitera en su artículo 30.

Por su parte, en el año 2005 se promulga la Ley 20.084, que establece el sistema de responsabilidad de los adolescentes⁴¹ por infracciones a la ley penal, y en su 2° artículo señala: *“En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos. En la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”*.

Por último, en el año 2013, es promulgada la Ley 20.680, que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del niño en caso de que sus padres vivan separados.

⁴¹ La CIDN entiende por niño a toda persona menor de 18 años. En la terminología moderna se habla de “niño” y de “adolescente”, para aludir a dos situaciones jurídicas que, a partir de un lenguaje común, deberían recibir un tratamiento diferenciado, por las evidentes diferencias entre una persona de 5 años y una de 14 o 16.

El detalle de cómo contempla esta última normativa la noción de interés superior del niño, lo revisaremos en el capítulo siguiente.

La integración del interés superior del niño en el ordenamiento jurídico chileno, ha sido un aporte significativo en el camino a que las distintas instituciones de infancia en el derecho de familia, se armonicen con los parámetros vigentes de protección a los niños. No obstante lo anterior, cabe preguntarse si la interpretación que se ha hecho en Chile respecto de este principio rector es clara, definida y coherente con el marco interpretativo que constituye la CDN.

El legislador chileno, al igual que la CDN, no ha definido el concepto de interés superior del niño, por lo que su conceptualización ha quedado en manos de la doctrina y jurisprudencia nacional. La definición doctrinaria fue revisada en el apartado relativo al principio en comento en el contexto de la CDN. A continuación nos referiremos a lo que la jurisprudencia de nuestros tribunales ha dicho sobre éste, haciendo énfasis a lo señalado por la Corte Suprema.

En resolución del año 2008, la Corte Suprema estimó que: *“El interés superior del niño es un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico y aun cuando su concepto sea indeterminado, como alusivo a*

*asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad”*⁴². En el año 2011, el Supremo Tribunal dispuso: *“En estas materias (adopción) debe considerarse, como principio rector de interpretación y de decisión, el del interés superior del niño, concepto que aunque jurídicamente indeterminado y de contornos imprecisos, aparece delimitado por las circunstancias de cada caso en particular, y en la especie, por aquello que resulte ser lo más aconsejable para asegurar la protección de los derechos fundamentales de los menores y posibilitar la satisfacción de todas los requerimientos de una vida normal orientados al equilibrado y sano desarrollo de su personalidad en un ambiente de afecto, de contención y de formación integral”*⁴³. Por último en el año 2015, la Corte sostuvo que: *“El principio del interés superior del niño es el que debe primar e inspirar las decisiones concernientes a ellos y que deben adoptar las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales y las autoridades administrativas o los órganos legislativos. Dicho principio debe*

⁴² Resolución de fecha 15/07/2008 en causa rol n° 3202-2008, de la Corte Suprema.

⁴³ Resolución de fecha 11/10/2011 en causa rol n° 4460-2011, de la Corte Suprema.

identificarse con sus derechos, por lo tanto, como lo sostiene la doctrina, “el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos”; bienestar que podrá obtener en la medida que pueda desarrollar su personalidad de manera plena y armónica y, para ello, necesita crecer en un ambiente de familia que le brinde amor y comprensión, y que también le proporcione los medios para satisfacer sus necesidades materiales”⁴⁴.

Tal y como se puede apreciar, el Tribunal Supremo considera al interés superior del niño como un principio fundamental. Sostiene que es un concepto jurídico indeterminado que debe identificarse con la protección y satisfacción de los derechos de los niños.

Como ya señalamos en el apartado precedente, el interés superior del niño –como todo principio de derecho- debe adaptarse a cada caso. Para esto, debe aplicarse como un concepto dinámico y evaluarse adecuadamente en cada contexto, teniendo siempre presente que este interés superior se identifica con todos los derechos de los niños, y que el objetivo de sus funciones (como derecho sustantivo, como principio interpretativo y como norma de procedimiento) es otorgar en cada caso, la mayor protección y resguardo a todos los derechos de los niños, motivo por el cual el juez debe

⁴⁴ Resolución de fecha 1/06/2015 en causa rol n° 3438-2015, de la Corte Suprema.

siempre saber y ponderar qué derechos se ven involucrados en el contexto específico.

Insistimos en el peligro de considerar este principio meramente como un concepto jurídico indeterminado: Nos puede llevar a justificar cualquier decisión o medida que no necesariamente proteja los derechos del niño involucrado en el caso. En este sentido, el fallo del caso Atala -en el cual se concede el cuidado personal de las niñas de autos al padre, aún contra norma expresa, por estimarse que la orientación sexual de la madre las podría exponer potencialmente a burlas y discriminación- es ilustrador a este respecto. Estimó la Corte Suprema que *“las condiciones descritas constituyen ampliamente la ‘causa calificada’ que el legislador ha incluido entre las circunstancias que en conformidad con el artículo 225 del Código Civil, autorizan al juez para entregar el cuidado personal de los hijos al padre en lugar de la madre, pues ellas configuran un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración, en los términos definidos imperativamente por la normativa que gobierna la materia⁴⁵”*. Alude el máximo tribunal al riesgo de daños que podrían ser

⁴⁵ Resolución de fecha 31/05/2004 en causa rol n° 1193-2003, de la Corte Suprema.

irreversibles para las niñas del caso, sin especificar ni a qué tipo de daños se refiere, ni cómo éstos podrían producirse; ni se refiere tampoco a qué derechos estarían siendo vulnerados en el caso. El Tribunal no es capaz, en este caso, de dotar de contenido al principio de interés superior, tomando una decisión contraria a los derechos de las niñas involucradas⁴⁶.

En consecuencia, el interés superior del niño es el conjunto de todos sus derechos, el contenido del principio son los propios derechos; y en este sentido, es que cumple una labor de derecho sustantivo, de principio interpretativo y de norma de procedimiento.

Teniendo esto en cuenta, en el análisis para determinar si las normas relativas a instituciones de la infancia –como actos de autoridad- otorgan la debida protección y garantía a este interés superior, es imprescindible revisar qué derechos, del conjunto de derechos de la infancia, se ven involucrados en el caso en concreto.

⁴⁶ Así lo estima la Corte Interamericana de Derechos Humanos al referirse a este caso “Teniendo en cuenta lo anterior, este Tribunal concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendía la protección del interés superior de las niñas, no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera la adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el juzgado de menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia del señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión”. Resolución de fecha 24/02/2012, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En esta lógica, en el análisis que realizaremos en el siguiente capítulo sobre la relación existente en la legislación chilena actual entre interés superior del niño y el cuidado personal, comenzaremos por definir cuáles derechos del catálogo de derechos de los niños se ven involucrados, particularmente, en relación al cuidado personal de un niño, a fin de dilucidar cuál es su interés superior y poder concluir si la no existencia de una acción de cuidado personal compartido, atenta o no contra este principio rector.

IV. CAPITULO II: EL CUIDADO PERSONAL

i. Antecedentes previos.

Con la suscripción de la CDN durante la década de los 90' -y la consecuencial inclusión del interés superior del niño como principio fundamental en el tratamiento jurídico de las relaciones paterno filiales- América Latina dio un gran paso en el intento de considerar a los niños, niñas y adolescentes (NNA) como sujetos de derechos. No obstante lo anterior, subsisten en la región y, particularmente en nuestro país,

reminiscencias de legislaciones antiguas previas a la CDN, en las cuales el modelo romano de la “patria potestad” no ha sido superado.

El modelo románico de la patria potestad se centra en el poder del padre sobre el hijo y es comúnmente definida como el conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a los padres en la persona y en los bienes del hijo menor de edad⁴⁷. En el mismo sentido, aunque con un desarrollo más amplio, el artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador prescribe: *“La patria potestad no es solamente el conjunto de derechos, sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley.”*

⁴⁷ Artículo 252 del Código Civil de Uruguay: La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a los padres en la persona y en los bienes de sus hijos menores de edad.

La patria potestad será ejercida en común por los padres, sin perjuicio de las resoluciones judiciales que priven, suspendan o limiten su ejercicio o lo confieran a uno de ellos y de los convenios previstos en el artículo 172.

Cuando no se obtenga el acuerdo de los padres, cualquiera de ellos podrá recurrir ante el Juez competente.

El uso de este término basado en un modelo de familia patriarcal típico, permanece aún en las legislaciones de Paraguay⁴⁸, Perú⁴⁹, Venezuela⁵⁰ y Chile⁵¹. Argentina ha superado este concepto y ha evolucionado al de “responsabilidad parental”, modificación que obedece a la creencia de que el lenguaje incide en las conductas y actitudes de las personas, por lo que el cambio tiene un valor simbólico y pedagógico acorde con los valores de la igualdad en los roles entre el hombre y la mujer y coherente con un modelo de familia asociativo⁵².

ii. Binomio cuidado personal-patria potestad en Chile.

Tal como señala ACUÑA SAN MARTIN, M. “En la generalidad de los ordenamientos jurídicos la patria potestad se concibe como la función

⁴⁸ Artículo 70 inciso 1° del Código de la niñez y la adolescencia y leyes complementarias de Paraguay: El padre y la madre ejercen la patria potestad sobre sus hijos en igualdad de condiciones. La patria potestad conlleva el derecho y la obligación principal de criar, alimentar, educar y orientar a sus hijos.

⁴⁹ Artículo 418° del Código Civil de Perú: Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

⁵⁰ Artículo 261 inciso 1° del Código Civil de Venezuela: Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a su padre y a su madre, y si son menores están bajo la potestad de éstos.

⁵¹ El caso chileno lo revisaremos en un apartado especial a continuación.

⁵² Sobre el fundamento del cambio de terminología, ACUÑA SAN MARTIN, M. 2013. El principio de corresponsabilidad parental. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Año 20 (2): pp.32 señala “Sin desconocer las aportaciones del principio de igualdad entre hombres y mujeres hacia una corresponsabilidad parental, siendo aún más precisa, desde mi punto de vista el fundamento del principio no se encuentra tanto en la igualdad de los padres, tradicional justificación de la misma, como sí en el interés superior de los niños”.

tuitiva que corresponde a los padres respecto de sus hijos, función que se despliega en el ámbito personal y patrimonial.⁵³”

En el caso chileno, la patria potestad, por definición, es una institución relativa solo a los bienes. En efecto, el CC prescribe en su artículo 243 que *“La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados y se ejerce también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer”*.

La doctrina nacional ha asumido esta dicotomía y distingue entre *autoridad paterna*, referida a la persona de los hijos -dentro de la cual se incluye el cuidado personal- y la *patria potestad*, que se refiere exclusivamente a los bienes de éstos. No obstante la separación de los aspectos personales y patrimoniales de las relaciones paterno filiales, la distinción puede llegar a ser meramente técnica, toda vez que en lo práctico estos aspectos se conjugan a diario. Aún así, la normativa chilena considera a tal punto esta separación, que la ley contempla la posibilidad de que el cuidado personal sea ejercido por un tercero distinto al padre o la madre, es

⁵³ACUÑA SAN MARTIN, M. 2015. Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto. Revista de Derecho Valdivia. Volumen 28 (1): pp.56.

decir, no es de carácter exclusivo de la relación paterno filial; mientras que respecto a la patria potestad, esto no es posible.

iii. Filiación y cuidado personal. Concepto cuidado personal.

El término “filiación” sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas que - determinadas por la paternidad y la maternidad- vinculan a los padres con los hijos dentro de una familia⁵⁴. Desde esta óptica, la relación entre padres e hijos es fundamentalmente jurídica, y en ella puede coincidir el presupuesto biológico de la procreación, con el hecho jurídico de la filiación, como bien puede existir filiación con prescindencia del presupuesto biológico⁵⁵, tal y como ocurre en los casos de la filiación adoptiva. La filiación, en consecuencia, se determina en el momento en que la maternidad y la paternidad quedan establecidas legalmente⁵⁶, no bastando el simple hecho biológico del nacimiento y pudiendo, incluso, prescindirse de éste para que aun así exista una filiación.

⁵⁴ ZANNONI, E.A. 1998. Derecho de Familia. 6° Edición. Buenos Aires. Editorial Astrea. Tomo II. p. 283.

⁵⁵Sobre este tema ROMERO NAVARRO, F.2009. Coparentalidad y género. IPSE-ds. Volumen 2. pp. 14: “La parentalidad, es mucho más que un hecho biológico. Es también un hecho cultural que acaece en un proceso de construcción y definición social acerca de lo que se considera qué es la paternidad y qué es la maternidad. Ambas realidades, paternidad y maternidad, se construyen en el entramado de las relaciones humanas.”

⁵⁶GOMEZ DE LA TORRE V., M., p. 131.

La filiación posee diversos efectos, que se traducen en derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos. En este sentido, para parte de la doctrina el cuidado personal sería un efecto de la filiación, condición *sine qua non* para su existencia y determinación. Así GOMEZ DE LA TORRE V. M., ha señalado que “El cuidado personal sería parte del efecto filiativo que, junto a otros efectos como la patria potestad, el derecho de alimentos y los derechos hereditarios, configuran la “autoridad paterna⁵⁷”.

Para otro sector representado por QUINTANA V., el cuidado personal sería un deber de los padres para con los hijos, junto con la crianza y la educación⁵⁸.

Por último, parte de la doctrina caracteriza al cuidado personal como un derecho-deber de los padres a tener a sus hijos en su compañía. En efecto, BAVESTRELLO, I. se refiere al cuidado personal como un 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

⁵⁷Ibíd.

⁵⁸QUINTANA V., M.S. 2014. La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. (43): p.244

básica y un oficio o profesión al hijo⁵⁹. Esta postura es concordante con el tratamiento que nuestro Código Civil hace del cuidado personal, el cual no lo define pero lo incluye en el título IX que se refiere a “*Los derechos y obligaciones entre los padres y sus hijos*” en los artículos 224 y siguientes.

Nuestra jurisprudencia y, en particular el Tribunal Constitucional, considera que “*el cuidado personal se refiere al conjunto de obligaciones y facultades que se derivan de convivir o compartir la vida cotidiana de los hijos, tales como determinar su residencia, convivir con ellos, cuidarlos educarlos, etc.*”⁶⁰, reforzando la noción de cuidado personal como un derecho-deber de los padres para con sus hijos.

La definición que se adopte del cuidado personal no es poco relevante, y es particularmente importante cuando los padres no viven junto a sus hijos, ya sea porque ha mediado una crisis familiar que ha concluido en un proceso de divorcio, separación o nulidad; o porque nunca existió esta convivencia. Cualquiera sea el caso, es imprescindible que contemos con medidas que garanticen el derecho de los hijos a gozar de los cuidados de

⁵⁹ BAVESTRELLO B., I., 2003. Derecho de menores. 2° Edición. Santiago de Chile. Editorial Lexis Nexis. p. 61.

⁶⁰ Resolución de fecha 16/06/2015 en causa rol n° 2699-2014, del Tribunal Constitucional.

ambos progenitores y la máxima estabilidad y continuidad en su crianza y educación, no obstante el contexto familiar que exista, en busca del desarrollo armónico de su personalidad, hasta la madurez.

Las reglas de atribución de cuidado personal de los hijos en el supuesto de familias separadas⁶¹ deben apuntar a la realización de los fines ya señalados, esto es, asegurar a los hijos la continuidad de su crianza, educación y estabilidad de vida que requieren. Es por este motivo que el cómo entendamos el cuidado personal puede impactar de forma directa en la vida de niños, niñas y adolescentes.

Dicho esto, el enfoque del cuidado personal como un derecho- deber de los padres, pone énfasis en los adultos y no en los NNA, lo que hace que la definición quede incompleta y sea poco coherente con el principio de interés superior del niño.

⁶¹ En familias no separadas esto no supone un problema toda vez que la ley señala que en estos supuestos el cuidado personal toca ejercerlo a los padres de consuno. En efecto el artículo 224 del CC dispone “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado persona de sus hijos. Este 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.”

Considerando lo anterior, y lo prescrito por la CDN -tanto en el preámbulo como en el artículo 7.1⁶²- definiremos al cuidado personal como el derecho del niño a vivir con sus padres, a ser cuidado por ellos y a crecer en el seno de una familia⁶³. De esta forma el NNA es titular de un derecho propio y autónomo, reconocido internacionalmente como tal por la CDN.

Qué postura se escoja frente al significado y alcance del cuidado personal no es poco relevante, ya que lleva a distintas decisiones y justificaciones judiciales y/o administrativas, en coherencia o en desmedro del interés superior del niño.

iv. El cuidado personal antes de la entrada en vigencia de la Ley

20.680.

Antes de la entrada en vigencia de la referida ley, en vida separada de los padres existía una regla de atribución legal del cuidado personal de preferencia materna. Esta regla de atribución materna, era reflejo de la idea

⁶²Artículo 7° de la CDN:

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

⁶³ En el mismo sentido GOMEZ DE LA TORRE V., M, p. 135.

implícita que las obligaciones afectivas y educativas hacia los hijos son inherentes a la condición femenina, mientras que las obligaciones económicas e instrumentales, corresponden en exclusiva a lo masculino. Uno de los padres –por defecto la madre- debía asumir en forma exclusiva la guarda y custodia de él o los hijos, lo que significa, en la mayoría de los casos, un fortalecimiento del vínculo entre quien goza la titularidad del cuidado personal –la madre- y él o los hijos. Este fortalecimiento se origina en la convivencia y el compartir la cotidianidad, en desmedro de la relación con aquel padre que no goza de su titularidad, el cual sólo puede ejercer el derecho de relación directa y regular⁶⁴.

De acuerdo al inciso 1° del antiguo artículo 225 del CC “*Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos*”. No obstante esta regla de atribución legal preferente del cuidado personal a la madre, los padres podían, previo acuerdo y cumpliendo con las formalidades requeridas, determinar que el cuidado personal de uno o más hijos correspondería al padre.

⁶⁴ ACUÑA SAN MARTIN, M. 2011. Efectos jurídicos del divorcio. Santiago de Chile. Editorial Abeledo Perrot Thomson Reuters. pp. 380.

Por último, cuando el interés del hijo lo hiciera indispensables en casos que debían ser calificados, el juez podía entregar el cuidado personal al otro padre, salvo que el padre o madre no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

En resumen, hasta antes de la entrada en vigencia de la ley 20.680 existía un sistema de ejercicio individual del cuidado personal de todos o algunos de los hijos por uno de los progenitores. Dada la regla de atribución preferente materna, la madre era quien ejercía el cuidado personal de forma exclusiva, respecto de todos los hijos, cualquiera fuera su sexo hasta la mayoría de edad. No existía ninguna posibilidad, legal, convencional o judicial de adoptar un sistema de cuidado personal compartido.

Volveremos sobre este tema al analizar la situación vigente antes de la reforma en relación con el principio del interés superior del niño en el capítulo IV de nuestro estudio.

v. El cuidado personal luego de la entrada en vigencia de la Ley 20.680⁶⁵.

⁶⁵ La Ley 20.680 entra en vigencia el día 21 de junio del año 2013.

Con la entrada en vigencia de la ley 20.680 se consagra la idea de que ambos padres son individualmente aptos para el cuidado y crianza de los hijos, prescindiendo de la noción anterior de que era la madre -por su condición femenina- la llamada a satisfacer de forma casi exclusiva las necesidad emocionales y afectivas de los hijos y el padre -por su condición masculina- era el único encargado de las obligaciones económicas e instrumentales.

Esta nueva perspectiva respecto de la paternalidad y el cuidado personal, ha influido sustancialmente en la legislación vigente. El primer cambio respecto del sistema anterior, es que se elimina la regla de atribución materna preferente como forma de determinar, por defecto, la titularidad del cuidado personal en vida separada de los padres. Con la nueva ley se consagra, en primer lugar, una regla de atribución convencional, según la cual ambos padres, de forma conjunta, determinarán si la titularidad del cuidado personal será para el padre, la madre o ambos de forma compartida⁶⁶.

⁶⁶ Artículo 225 inciso 1° CC “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 subscrito al margen de la inscripción

En subsidio y a falta de acuerdo entre los progenitores, se establece que los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quién estén conviviendo⁶⁷. Esta es la nueva regla de atribución legal del cuidado personal, que excluye a la madre como titular preferente y aplica un criterio de realidad u objetivo, radicando la titularidad del cuidado personal de los hijos en aquél de los padres que luego de la separación lo ha estado ejerciendo en los hechos.

Por último, la ley señala que cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal a cualquiera de los padres y no podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres, sino que deberá hacerlo fundado en los criterios y circunstancias contemplados en el artículo 225-2 del CC⁶⁸, las cuales debe considerar y ponderar en su

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.

⁶⁷Artículo 225 inciso 3° del CC.

⁶⁸Art. 225-2. En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:

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

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

conjunto, teniendo siempre como criterio principal el interés superior del niño.

En este nuevo escenario, es primera vez en la historia de Chile que se admite la posibilidad de que ambos padres sean titulares del cuidado personal de sus hijos, aun cuando estén separados. Para esto debe necesariamente existir un acuerdo entre éstos, ya que la ley no considera expresamente la posibilidad de que el cuidado personal compartido sea demandado por uno de los padres y decretado judicialmente.

También volveremos sobre esto a fin de relacionarlo con el principio de interés superior del niño en el último capítulo de nuestro trabajo.

vi. Cuidado personal compartido

-
- 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.

El cuidado personal compartido es una forma de organización del cuidado personal⁶⁹. En el mismo sentido ha sido definido por el legislador nacional 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”*⁷⁰.

De acuerdo a lo señalado, el llamado “cuidado personal compartido” sería la residencia de forma alternada del hijo en casa de cada uno de sus progenitores, lo que permitiría que ambos puedan participar de forma más equitativa en la crianza y educación de los hijos.

Esta conceptualización es errada y muy limitada, toda vez que los deberes y derechos de los padres respecto de sus hijos son mucho más amplios. En efecto, y tal como señala TAPIA R., M⁷¹, la disposición nada refiere respecto del derecho de ambos padres a participar en la adopción de decisiones importantes para el hijo, lo que se vincula directamente con el

⁶⁹ ACUÑA SAN MARTIN, M. 2013. El principio de corresponsabilidad parental. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Año 20 (2): pp.26

⁷⁰ Artículo 225 inciso 2° del CC.

⁷¹TAPIA R., M. 2014. Comentarios críticos a la reforma de cuidado personal de los hijos. Revista de Derecho de Familia. Volumen I (1): pp. 16

poco desarrollo y entendimiento en nuestro país -y en la región en general- de lo que es la “autoridad paterna” o “autoridad parental”.

Además, esta noción de “cuidado personal compartido” vincula la corresponsabilidad parental con este régimen de residencia, cuando -sin importar el régimen de residencia del hijo- ambos padres debiesen ser titulares de iguales derechos y deberes respecto de sus hijos. El cuidado personal compartido es una forma de organización del cuidado personal que se basa en el principio de la corresponsabilidad parental, -el que junto a otras directrices como la coparentalidad y la igualdad entre hombre y mujer- informan el sistema de custodia compartida.

La corresponsabilidad parental implica el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres respecto de sus hijos, tanto en el aspecto patrimonial como en el personal, y no es aplicable o realizable sólo en el contexto del “cuidado personal compartido”. En los casos en que sea uno de los progenitores quien detente de forma exclusiva el cuidado personal, debe asegurarse que el otro tenga los medios para poder concretar su deber de corresponsabilidad. El principio de corresponsabilidad opera siempre, aun cuando exista una distribución asimétrica del cuidado personal de los hijos,

y si bien un sistema de residencia compartida y alternada propicia el principio, no es el único sistema que permite concretarlo. Un régimen comunicacional amplio y fluido con el progenitor que no detenta el cuidado personal, puede dar los mismos resultados, o por el contrario, puede también ocurrir que no se lleve a cabo este principio en una familia en la cual los padres viven en el mismo hogar.

vii. Formas de atribución del cuidado personal compartido

El cuidado personal compartido puede ser en primer lugar acordado por los padres. Como veremos en el siguiente capítulo, esta es la única forma en nuestro país de que los padres tengan este régimen.

Se ha sostenido que esta es la situación ideal ya que se parte de la base de que si los padres logran acordar un cuidado personal conjunto la relación entre ellos, o al menos en lo relativo a los hijos, tiene bajos niveles de conflictividad lo que ayuda al éxito del sistema para los menores⁷².

Coincidimos en que la primera alternativa siempre debe ser la búsqueda de acuerdos y soluciones colaborativas entre las partes, sobre todo cuando

⁷² GOMEZ DE LA TORRE, M. 2017. Comentario a una sentencia sobre el cuidado personal compartido. Boletín actualidad familiar N° 3.
<http://www.uchile.cl/publicaciones/131126/boletin-actualidad-familiar-n3>

hay hijos de por medio. Pero la falta de estos acuerdos no puede ser un obstáculo para que uno de los padres pueda solicitar aun con la oposición del otro un sistema de cuidado personal compartido ya que esto sería mirar sólo la relación de los padres -adultos- y se pierde el foco en el interés superior.

En segundo lugar el cuidado personal compartido puede ser atribuido legalmente. En el último capítulo nos referiremos en particular a la experiencia española y argentina, pero sólo a modo de ejemplo señalaremos que este existe como régimen legal en Francia, Reino Unido, Italia, Puerto Rico entre otros.

Por último, la atribución puede realizarse judicialmente a falta de acuerdo entre los padres y aún con oposición de ellos como señala la experiencia comparada que se estudia al final de este estudio. En nuestro país tal y como pasaremos a ver a continuación, esta posibilidad no existe y sólo es posible que el cuidado personal sea compartido a través del acuerdo entre los padres.

**V. CAPITULO III: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL
CUIDADO PERSONAL EN CHILE A LA LUZ DE LA LEY
20.680**

**i. El interés superior del niño y el cuidado personal en Chile antes
de la reforma del año 2013**

Como ya señalamos en el primer capítulo de nuestro estudio, antes de la entrada en vigencia de la ley 20.680, existía un sistema de ejercicio individual del cuidado personal de todos o algunos de los hijos, por uno de los progenitores. Dada la regla de atribución preferente materna, la madre era quien ejercía el cuidado personal de forma exclusiva, respecto de todos los hijos, cualquiera fuera su sexo hasta la mayoría de edad, no existiendo ninguna posibilidad, legal, convencional o judicial, de adoptar un sistema de cuidado personal compartido.

La afirmación precedente corresponde a una visión general de la situación que se vivía previa a la ley comentada. Haciendo un análisis con más detalle de la materia, podemos distinguir dos etapas en vigencia de la antigua ley: La primera etapa, que denominaremos *de atribución preferente materna absoluta*-, y la segunda etapa -que comienza en el año 2010 con la

interpretación que hace la Corte Suprema a través de dos fallos- y que denominaremos *de atribución preferente de atribución materna con incorporación explícita de la noción de interés superior*.

a) Etapa de atribución preferente materna absoluta:

Esta etapa es un reflejo de la idea implícita, según la cual las obligaciones afectivas y educativas hacia los hijos son inherentes a la condición femenina, mientras que las obligaciones económicas e instrumentales, corresponden en exclusiva a lo masculino.

En un comienzo, esta noción no tiene presente de forma alguna el interés superior del niño, pero una vez ratificada la CDN -que introdujo al derecho interno chileno, el deber de que todas las medidas concernientes a los niños tuvieran como consideración primordial el interés superior- concluimos que en esta etapa el interés superior del niño, en relación con la institución del cuidado personal, se identificaba con la idea de que era la madre quien debía ejercerlo y que sólo de esta forma se vería satisfecho.

Disponía además el ex artículo 225 inciso 3° del CC, que el cuidado personal del niño que corresponde a la madre, solo podía ser modificado mediante resolución judicial, cuando el interés del hijo lo hiciera

indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada. Asimismo, se estableció que esta regla debía aplicarse según el criterio del ex artículo 226 del CC, que señalaba que el juez podía confiar el cuidado personal de los hijos a otra u otras personas competentes en caso de inhabilidad física o moral de los padres, es decir, que el juez sólo podía atribuir el cuidado personal al padre y no a la madre, cuando ésta se encontrara inhabilitada física o moralmente⁷³.

El catálogo de inhabilidades físicas o morales estaba detallado en el artículo 42 de la Ley de Menores, de acuerdo al cual uno o ambos padres se encuentran en 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 este en el hogar constituyere

⁷³BARCIA LEHMANN, R. 2013. Hacia un sistema de filiación que consagre facultades y derechos específicos para el padre no custodio. Revista de derecho de Valdivia. Volumen 6 (2) pp. 19.

un peligro para su moralidad; y por último 7° Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.

Esta enumeración de las causales reducía las facultades del juez, ya que no sólo no disponía de las facultades para atribuir el cuidado personal al padre -salvo por inhabilidad física o moral de la madre-, sino que también el número de causales era limitado, dejándolo sin más posibilidades de acción.

b) Etapa de atribución materna preferente con incorporación explícita de la noción de interés superior:

Tal y como señala BARCIA LEHMANN, R. la etapa previa es corregida a partir de un fallo de la Corte Suprema en el año 2010⁷⁴, aún antes de la reforma del año 2013. El cambio en el criterio de la Corte Suprema se produce por la entrada en vigencia de otras leyes como la Ley de Matrimonio Civil y la Ley de Tribunales de Familia, las cuales explicitan el principio de interés superior del niño entregando con esto una herramienta a los jueces y ministros para fundamentar un nuevo criterio jurisprudencial.

En efecto, de acuerdo a la Corte Suprema en resolución de fecha 24 de junio de 2010: *“Aun cuando en el caso sub lite no se han establecido*

⁷⁴ Ibid.

inhabilidades por parte de la madre para ejercer el cuidado de su hija, los jueces del fondo debieron considerar el interés superior de la niña y en este aspecto que las circunstancias reseñadas en el motivo anterior, constituyen causa calificada y suficiente a la luz de lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 226 del Código Civil, para determinar que la menor se mantenga bajo el cuidado de su padre, por sobre el derecho que le asiste a su madre en orden a hacerse cargo de su crianza, porque en las particulares condiciones de vida de la niña, la satisfacción plena de sus derechos aparece garantizada de mejor manera al lado y bajo el cuidado de su progenitor.⁷⁵”

Es así como se comienza a incorporar la noción de interés superior del niño de forma explícita en la práctica judicial relativa a la atribución del cuidado personal de un NNA.

No obstante incorporarse el principio de interés superior, en esta etapa es entendido como un principio exclusivamente protector de la infancia, ya que se invoca y relaciona sólo con un cuidado precario de la madre, que pone en peligro la integridad del hijo y que no se identifica con

⁷⁵ Resolución de fecha 24/06/2010 en causa rol n° 608-2010, de la Corte Suprema.

el más adecuado y pleno desarrollo del NNA. Por tanto, esta etapa sólo está marcada por el reconocimiento explícito del principio, lo que genera un cambio sólo en cuanto al razonamiento de los jueces y ministros y la forma en cómo éstos fundamentan lo resuelto; pero en la práctica se sigue exigiendo que la madre “perjudique” al niño para conferir el cuidado personal al padre y se siguen invocando las causales de la Ley de menores.

Por último, antes de la reforma no existía ninguna mención ni posibilidad de optar por un régimen de cuidado personal compartido.

ii. El interés superior del niño y el cuidado personal en Chile a la luz de la Ley 20.680.

A partir de la entrada en vigencia de la ley 20.680, como ya señalamos, se modifica el sistema de cuidado personal en caso de vida separada de los padres.

a) Incorporación del principio de corresponsabilidad parental.

En primer lugar, se consagra el principio de la corresponsabilidad parental, que tal y como se esbozó en el primer capítulo de este trabajo, corresponde al reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres

respecto de sus hijos, tanto en el aspecto personal como en el patrimonial. Así, el artículo 225 del CC -modificado por la ley en comento- dispone en su inciso segundo que en virtud de este principio ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

Este principio se encuentra en la CDN en el artículo 18.1, el cual tal como el citado artículo de nuestro CC, no distingue una relación jurídica familiar -esto es la existencia o no de un vínculo matrimonial o una relación entre ellos- y declara que los Estados parte deben garantizar el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño, siendo su preocupación fundamental el interés superior del niño. Con esta última frase se supera la tradicional justificación del principio de corresponsabilidad parental en la igualdad de los padres y se pone énfasis en el niño y la satisfacción de su interés.

La Corte Suprema ha considerado que este principio *“Postula que ambos padres deben comprometerse y participar en forma activa, equitativa y permanente en dichas actividades aunque no haya vida en común, para procurar su mayor realización espiritual y material posible,*

*por ende, tiene el carácter de principio informador en lo tocante a la crianza de la prole; surgiendo, como contrapartida, el derecho correlativo de los hijos a que sus progenitores velen por ellos*⁷⁶.” Asimismo, se ha considerado que este principio, junto con el de coparentalidad, propenden a una mayor participación e involucramiento del padre en la vida cotidiana, lo que fortalece el lazo afectivo entre padres e hijo, resguardando el derecho de la niña a mantener vínculos permanentes con sus progenitores y a que ambos participen activamente en su crianza y desarrollo⁷⁷.

Entendido el interés superior del niño como la plena satisfacción de sus derechos -cuestión estudiada en el capítulo anterior-, el principio de corresponsabilidad es otra manifestación de éste, ya que le permite al NNA que su derecho a vivir en familia y a que sus padres participen activamente en su crianza y desarrollo, sea reconocido, y con esto, protegido de forma más eficiente.

La incorporación de este principio extendió sustancialmente el contenido de la relación directa y regular, ya que -no obstante sólo

⁷⁶ Resolución de fecha 12/10/2017 en causa rol n° 15.582-2017, de la Corte Suprema.

⁷⁷ Resolución de fecha 19/07/2017 en causa rol n° 4951-2017, de la Corte Suprema.

consagrar la posibilidad de un cuidado personal compartido con acuerdo de los padres- la atribución exclusiva a uno de ellos obliga al juez a establecer un sistema de deberes/facultades para el padre no custodio, lo que se traduce directamente en la relación directa y regular⁷⁸. Así lo dispone expresamente el artículo 225 inciso 6 de nuestro CC: *“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.”*

b) Consagración del cuidado personal compartido de común acuerdo.

Para BARCIA LEHMANN, R. Si bien con la ley 20.680 se consagró un sistema de custodia conjunta a través de la incorporación del principio de corresponsabilidad parental, no se introdujo un sistema de cuidado personal

⁷⁸ BARCIA LEHMANN, R. 2017. Hacia una mirada integral del derecho de la infancia. Revista de derecho privado. (32): pp.230. Siguiendo esta lógica el autor sostiene que “La forma de hacer al padre no custodio participe en la crianza y educación de los hijos, se logra estableciendo deberes y facultades amplios para el padre no custodio, como efectivamente preceptúan los artículo 224 y 229.”

compartido como regla legal y/o judicial, de aplicación general o supletoria en caso de que los padres separados no llegasen a acuerdo⁷⁹.

Con la reforma se posibilita a los padres determinar si el cuidado personal corresponderá al padre, la madre o a ambos en forma compartida fijándose esta norma en el artículo 225 del CC.

En este nuevo panorama, es primera vez en la historia de Chile que se admite la posibilidad de que ambos padres sean titulares del cuidado personal de sus hijos, aun cuando estén separados. Para esto debe necesariamente existir un acuerdo entre ambos, ya que la ley no considera expresamente la posibilidad de que este sea decretado judicialmente. Según TAPIA RODRIGUEZ, M. el tratamiento de la institución del cuidado personal compartido implica que cada padre cuenta con un derecho a veto, para oponerse y hacer inviable un cuidado personal compartido que pueda beneficiar a los hijos⁸⁰.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, el cual rechazó el requerimiento de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

⁷⁹Ibid. pp.229

⁸⁰ TAPIA RODRIGUEZ, M. 2013. Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos (ley n° 20.680) Revista chilena de derecho privado. (21): 481.

del inciso 3° del artículo 225 del CC, el que dispone que “*A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo.*” En el conflicto judicial sometido al conocimiento del TC, se trataba de determinar si es constitucional o no que por aplicación del precepto reprochado, no se admita a tramitación una demanda de cuidado personal compartido, toda vez que se preceptúa que éste solo procede en el caso que los padres lo hayan acordado. A juicio del requirente ello suponía la vulneración de los derechos de la igualdad ante la ley, a la defensa jurídica y al debido proceso y de los derechos consagrados en diversos pactos internacionales.

El TC estima que la institución del cuidado compartido judicial contradice la lógica asociativa que es consustancial a esta modalidad de cuidado personal y confirma que el juez no está facultado para decretar el cuidado personal compartido. Argumenta que de no existir acuerdo, resulta difícil avizorar que no habrá la suficiente coordinación para que el niño no se vea menoscabado por una alternancia no consentida por ambos

progenitores, no pudiendo razonablemente el juez imponer el cuidado compartido contra la voluntad de uno de ellos⁸¹.

El fallo del TC, si bien reflexiona sobre la inexistencia de una norma jurídica que faculte a los padres para solicitar a través de una acción la declaración del cuidado compartido, lo hace invocando exclusivamente derechos de los padres, los adultos y ni en lo planteado por el requirente ni lo resuelto por el TC se hace alusión alguna a derechos del o los niños en cuestión, ni menos al interés superior del niño. A nuestro juicio el sólo hecho de no considerarse este principio como consideración primordial a la hora de resolver, es una vulneración al derecho del niño. Más aun, cuando la Observación General N°14 dispone expresamente que se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era lo suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones.

De haberse planteado una óptica centrada más en los derechos del o los niños involucrados en este caso en particular, que en los derechos “adultos” supuestamente vulnerados, en la argumentación del recurso de

⁸¹Resolución de fecha 17/06/2015 en causa rol n° 2699-2014, del Tribunal Constitucional.

inaplicabilidad por inconstitucional, la lógica del Tribunal debió haber sido distinta. Al menos en eso confiamos.

- c) Consagración del principio de interés superior del niño como único criterio de atribución judicial del cuidado personal.

Debido a que en el panorama post reforma el único criterio válido de atribución judicial del cuidado personal es el interés superior del NNA, con la reforma se incorpora el artículo 225-2 al CC, el cual establece los criterios que debe seguir y ponderar el juez al momento de atribuir el cuidado personal a uno de los padres:

- 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.

De acuerdo entonces a la lógica seguida, siendo el interés superior el único criterio válido de atribución del cuidado personal y habiéndose establecido un listado de conductas no taxativas a considerar por parte de los jueces, debemos entender que para determinar el interés superior del niño para cada caso concreto, los jueces deben considerar todas estas conductas, lo que debiesen desarrollar en las sentencias que resuelvan las disputas por el cuidado personal.

No obstante lo anterior, nuestro legislador identifica, en los casos en los que no hay acuerdo de los padres, el interés superior con la atribución exclusiva del cuidado a uno de los padres, suponiendo entonces que siempre existirá un padre más apto, por lo que es deber de los jueces determinar y fundamentar cuál es, más no pronunciarse sobre la existencia de este.

d) El interés superior del niño a la luz del cuidado personal compartido.

Si bien el interés superior se concreta en el caso particular, a nuestro entender y luego del estudio realizado, la institución que mejor resguarda el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, es la del cuidado personal compartido.

Bajo esta premisa, ¿Es la nueva estructura de la institución de cuidado personal la que mejor cautela el interés superior, o acaso la inexistencia de un sistema de atribución judicial de cuidado compartido vulnera este derecho?

Para responder a esta pregunta debemos en primer lugar identificar en qué derechos se fundamenta, para luego analizar si la regulación es coherente o no con éstos.

a) Fundamento normativo del cuidado personal compartido.

El cuidado compartido se construye a través de la relación de los siguientes artículos de la CDN:

- Artículo 7.1 de la CDN: *El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*
- Artículo 8.1 y 8.2 de la CDN: *Los estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o todos ellos, los estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.*
- Artículo 9.1 y 9.3 de la CDN: *Los estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables que tal separación es necesaria en el*

interés superior del niño, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión del lugar de residencia del niño.

Los estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o 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.

- *Artículo 18.1 de la CDN: Los estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.*

El interés superior del niño, relativo a la relación con su familia, es la concreción y respeto de cada uno de los derechos enumerados, por lo que un sistema coherente con este principio es aquel que garantiza que el niño

podrá gozar de la compañía y la equitativa participación de ambos progenitores en su crianza y desarrollo. Un sistema de cuidado personal compartido debe existir, dado que por sus características permite se concreten de mejor forma cada uno de estos derechos. Y por tanto, deben existir la mayor cantidad posible de mecanismos para poder concretar un sistema de cuidado personal compartido: Convencional, legal y judicial.

- b) La falta de una acción de cuidado personal compartido, como la falta de una garantía fundamental del interés superior del niño.

No obstante los avances en la materia a partir de la reforma del año 2013, la actual legislación carece de un mecanismo de garantía completo y eficiente, cuestión fundamental para la satisfacción del interés superior. Esta falta de garantía es consecuencia de la inexistencia de una acción que le permita a cualquiera de los progenitores solicitar por la vía judicial el cuidado personal compartido cuando no exista acuerdo entre los padres, para que no quede a arbitrio de uno de ellos –generalmente la madre- si es posible concretar o no un sistema compartido de cuidado personal de los hijos.

La situación actual, en la que el establecimiento de este sistema queda sujeto a la voluntad de uno de los progenitores, desde la perspectiva del niño, vulnera su interés superior. En efecto, la regulación actual prioriza el interés del padre que no desea ejercer el cuidado compartido, por sobre el resguardo de los derechos enumerados que configuran su interés superior, lo que implica una directa contravención a lo dispuesto en el artículo 3.1 de la CDN.

Al analizar la institución del cuidado personal desde la perspectiva de los padres y sus derechos, se desvía la atención de lo que debiese ser la consideración primordial por sobre todo en esta materia.

Lo anterior no quiere decir que el único sistema que concrete y permita la mejor realización del interés superior del niño sea el del cuidado personal compartido, ya que como hemos repetido reiteradamente éste debe evaluarse caso a caso, previa ponderación de los distintos elementos, contextos y características de cada caso, pero si consideramos que la falta de una acción tendiente a garantizarlo constituye una vulneración del principio, porque prioriza los intereses y derechos de los padres en vez de contextualizar la situación sobre la base de los derechos de los NNA.

VI. CAPITULO IV: DERECHO COMPARADO

i. España.

La regulación del cuidado personal en España, a partir de la reforma introducida por la Ley 15/2005 relativa a Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre separación y divorcio, reconoce la modalidad de cuidado personal compartido, aun cuando no exista acuerdo entre los padres, pudiendo ésta ser demandada por uno de ellos y decretada judicialmente, siempre y cuando esta pretensión se funde en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

En efecto, el Tribunal Supremo Español ha reconocido reiteradamente en su jurisprudencia de los últimos años al principio de interés superior del menor como un principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores⁸². Este criterio jurisprudencial

⁸² Esta doctrina viene recogida entre otras en sentencia del Tribunal Supremo de julio de 2011, 25 de mayo de 2012, 8 de octubre de 2009, 9 de marzo de 2012, 19, 25 y 29 de noviembre de 2013 y 26 de junio de 2015 entre otras muchas.

se funda en estudios psicológicos que aconsejan que la custodia compartida se considere como el sistema más razonable en interés del menor⁸³.

El Tribunal Supremo ha reconocido que la custodia compartida se constituye como la modalidad de cuidado personal que de mejor forma consagra el interés superior del niño, y encuentra su fundamento jurídico en primer lugar en la Constitución Española, de acuerdo a la cual es obligación de los poderes públicos asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en especial, de los menores de edad, de conformidad con los tratados internacionales que velan por la protección de sus derechos⁸⁴. Entre estos acuerdos e instrumentos internacionales destaca la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y sus Protocolos facultativos.

⁸³Resolución de fecha 25/11/2013 en recurso nº 758/2013 y 469/2014; Resolución de fecha 26/06/2015 en recurso nº 390-2015, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Español.

⁸⁴ Constitución Española de 1978, Artículo 39:

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

El reconocimiento constitucional y de instrumentos internacionales son la base sobre la cual se erige el marco regulador de los derechos de los menores de edad, que se encuentra principalmente en la Ley Orgánica 8/2015 sobre modificación del sistema de protección a la infancia y de la adolescencia. Estas normas pretenden garantizar una protección uniforme a todos los menores de edad dentro del territorio del Estado.

Para esto, la Ley Orgánica 8/2015 consagra el interés superior del menor señalando que éste debe ser valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado, debiendo primar este por sobre cualquier otro interés legítimo que pudiere concurrir⁸⁵. A su vez, esta ley entrega criterios generales para la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, dentro de los cuales señala que debe priorizarse la permanencia del menor en su familia de origen y la preservación del mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y

⁸⁵ Artículo 2 número 1 Ley Orgánica 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

positivo para el menor⁸⁶. De acuerdo a este criterio, las necesidades del menor deben primar por sobre las de la familia, lo que significa un reconocimiento explícito a que las decisiones relativas sobre su guarda y custodia deben realizarse en favor de éstos y con miras a proteger, en primer lugar, sus derechos y no los de sus padres, por lo que la posibilidad de que el juez decida a favor de la custodia compartida con oposición de uno o ambos padres, es concordante con el principio de interés superior consagrado por la CDN y la ley en comento.

Por último, el Código Civil Español (como ya señalábamos reformado por la ley 15/2005 de Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre separación y divorcio) consagra en su artículo 92 N° 5 la guarda y custodia compartida estando los padres de acuerdo; y en su número 8 se refiere a los casos en los cuáles, no habiendo acuerdo entre las partes, una de éstas puede solicitarla al juez, el cual -previo

⁸⁶ Artículo 2 número 2 letra c) Ley Orgánica 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

informe favorable del Ministerio Fiscal- podrá otorgarla, fundando su decisión en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. El tenor literal del artículo 92.8 es el siguiente: *“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”*.

El uso del término “excepcionalmente” que enuncia la norma citada, trajo en su momento problemas de interpretación, lo que se tradujo en sentencias contradictorias de distintas Audiencias Provinciales de todo el territorio. Algunos jueces rechazaban la solicitud de guarda y custodia compartida, atendiendo a que este régimen era de carácter excepcional, criterio que fue superado y que hoy se considera no como una forma excepcional de ejercicio de la guarda y custodia, sino como una medida que puede adoptar el juez si lo considera conveniente, para la debida protección del interés superior del menor⁸⁷. El Tribunal Supremo Español ha señalado

⁸⁷ Resolución de fecha 17/10/2017 en recurso nº 1130-2016, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Español.

además que *“lo que prima cuando se valora el régimen de custodia no es tanto el beneficio que proporciona la medida a los hijos, como el perjuicio que puede ocasionarles de acordarse. El beneficio se supone a partir de una reiterada jurisprudencia de esta sala, que considera que la guarda y la custodia compartida no es una medida excepcional, sino deseable en interés de los menores, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis⁸⁸.”*

El Código Civil de Cataluña es aún más explícito en esta materia, expresando que, con independencia de la situación relacional de los padres, sus responsabilidades como progenitores -dentro de las cuales se incluye la guarda y custodia- no se ven alteradas y, en consecuencia, éstas mantienen el carácter compartido y deben ejercerse, en la medida de lo posible, de forma conjunta. Obliga además a las autoridades judiciales a que al momento de decidir sobre las responsabilidades parentales, atiendan de forma prioritaria al interés del menor, con lo que identifica el ejercicio

⁸⁸Resolución de fecha 25/10/2017 en recurso nº 3305-2016, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Español.

conjunto de éstas con el principio⁸⁹. En este mismo sentido, al referirse al ejercicio de la guarda, faculta al juez para que, a falta de acuerdo entre los padres, determine la forma en la cual debe ejercerse ésta, atendiendo al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, pudiendo disponer el ejercicio individual de la guarda por parte de uno de los progenitores, sólo en los casos en que ésta sea más conveniente para el interés del hijo, consagrando de esta forma la guarda y custodia compartida como la regla general, por ser más coherente con el interés superior del menor⁹⁰.

ii. Argentina.

En Argentina, a partir de la reforma constitucional de 1994, se produce un cambio sustancial a la jerarquía del sistema normativo, al otorgarles a los

⁸⁹Código Civil de Cataluña Artículo 233-8 número 1 y 3: Responsabilidad parental. 1. La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente. 3. La autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de forma prioritaria al interés del menor.

⁹⁰ Artículo 233-10. Ejercicio de la guarda. 1. La guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos. 2. La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo

tratados de derechos humanos rango constitucional. Con esto la Constitución deja de ser el único referente para medir la constitucionalidad de un precepto y su aplicabilidad, y además se amplía el sistema de protección y garantía de los derechos humanos⁹¹.

Por expreso mandato del artículo 75.22⁹² de la Constitución Argentina, la CDN alcanza jerarquía constitucional lo que implica que: a) Tienen igualdad de rango con la Constitución, por lo que tienen supremacía sobre

⁹¹ El impacto de esta reforma se dio especialmente en el contexto de la lucha contra la impunidad en las causas de derechos humanos. Sobre esta materia consultar HARO, R. (2003). Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia argentinos. *Ius et Praxis* Año 9 (1); 63-89; GONGORA MERA, E.M. (2007). El bloque de constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad. Centro de derechos humanos de Nuremberg. pp. 1-37.

⁹² Artículo 75 Constitución Argentina.- Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

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

las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico interno; b) Se interpretan de manera armónica y complementaria con los derechos reconocidos en la Constitución; c) Son de aplicación directa por parte de las autoridades estatales; d) Es inconstitucional toda actuación estatal contraria a los derechos reconocidos en ellas; y e) Sirven a los jueces como regla de interpretación y como instrumento para limitar la validez de las normas subordinadas en casos concretos.

Es así como el principio de interés superior del niño tiene rango constitucional, y cualquier ley interna que no sea coherente con este principio carece de validez y es inaplicable por inconstitucional.

De acuerdo a lo prescrito por el artículo 639 letra e) del Código Civil y Comercial, la responsabilidad parental, que tiene como una de sus manifestaciones el cuidado personal, debe regirse por el principio de interés superior. En relación con ésta, el artículo 641 del Código Civil y Comercial⁹³ regula el ejercicio de la responsabilidad parental, tanto para

⁹³Artículo 641 del Código Civil y Comercial: Ejercicio de la responsabilidad parental. El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde:

a) en caso de convivencia con ambos progenitores, a éstos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en el artículo 645, o que medie expresa oposición;

aquellos casos de convivencia de los padres como para aquellos en que estos tienen vidas separadas, señalando que ésta corresponde a ambos sin importar si estos conviven o no, pudiendo el juez modificar esta atribución sólo invocando el interés del menor.

El país trasandino entiende que la responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo, y formación integral⁹⁴, y ésta corresponde, en principio, a ambos progenitores, sin importar sus circunstancias de vida y esto sólo puede ser modificado por decisión judicial, en consideración al interés superior del niño. Aun así, esta decisión solo puede extenderse por un plazo máximo de dos años. El juez también está facultado para ordenar medidas de intervención

b) en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades;

⁹⁴ Artículo 638 del Código Civil y Comercial. Responsabilidad parental. Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

interdisciplinarias y someter las discrepancias al sistema de resolución colaborativa de la mediación⁹⁵.

La forma en la cual la ley argentina entiende la responsabilidad parental, desde la perspectiva del interés superior del niño, es que ésta siempre debe ejercerse de forma conjunta por ambos progenitores. Por regla general, es en el ejercicio conjunto en donde se concreta este principio y cualquier regla de atribución general a uno solo de los padres, vulnera el interés superior del menor.

El tratamiento del cuidado personal como una manifestación de la responsabilidad parental sigue la misma lógica. Tal y como sucede con ésta, el Código Civil y Comercial se encarga, en primer lugar, de definir la institución, señalando que se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo⁹⁶

⁹⁵ Artículo 642 del Código Civil y Comercial.- Desacuerdo. En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público.

Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de dos años. El juez también puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación.

⁹⁶ Artículo 648 del Código Civil y Comercial.

entendiendo que cuando los padres conviven corresponde a ambos y cuando no, éste puede ser asumido por uno de ellos o por ambos⁹⁷, prefiriéndose siempre el ejercicio compartido de éste, tal y como veremos a continuación.

En efecto, el artículo 651 del Código Civil y Comercial señala como regla general al cuidado personal compartido: *“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”* relegando al cuidado personal unilateral como un supuesto excepcional que el juez puede conferir ponderando: a) La prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener un trato regular con el otro; b) La edad del hijo; c) La opinión del hijo; y d) El mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo⁹⁸.

Esta interpretación de la responsabilidad parental y del cuidado personal desde la perspectiva del interés superior del niño, resulta armónica con la CDN. El tratamiento que se hace del cuidado personal no se centra en regular un régimen de custodia o residencia, sino en que ambos padres,

⁹⁷ Artículo 649 del Código Civil y Comercial. Clases. Cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos.

⁹⁸ Artículo 653 del Código Civil y Comercial.

en beneficio directo del niño, participen de igual forma en la vida de éste. Lo anterior no quiere decir que esta igualdad deba ser exacta, cuantitativamente hablando, sino que está más orientada a una igualdad cualitativa, lo que queda de manifiesto al tratar las modalidades del cuidado personal compartido, en la que se categoriza como cuidado personal conjunto aun cuando el hijo resida de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores y no solamente a aquella modalidad en la que el hijo pasa periodos de tiempo alternados con cada uno de sus padres, ya que el foco está en la toma compartida de decisiones y la distribución equitativa de las labores atinentes a su cuidado⁹⁹.”

El Superior Tribunal Provincial ha señalado que el establecimiento de un régimen de tenencia compartida constituye la mejor manera de resolver el problema del desmembramiento de la guarda, puesto que reconoce y le otorga la relevancia que merece al derecho que tienen los niños a ser

⁹⁹ Artículo 650 del Código Civil y Comercial. Modalidades. 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

educados por ambos padres- mediante un trato fluido y significativo- dentro de un sistema que permite el ejercicio de la coparentalidad. Asimismo, ha señalado que el cuidado personal compartido *“No significa para el menor estar la mitad del tiempo con cada uno de sus padres sino que implica mucho más. Por un lado este régimen aspira a realizar una distribución equitativa de responsabilidades, las que se atribuirán según las distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales de los progenitores; y por el otro, a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al no colocarlos en una situación de permanente tironeos e inestabilidades que por lo general ocasiona la ruptura de la vida familiar¹⁰⁰”*.

VII. CONCLUSIONES

1. El interés superior del niño es el conjunto de todos sus derechos, que cumple una triple función: Como norma de derecho sustantivo, como principio interpretativo y como norma de procedimiento. Desde esta

¹⁰⁰Resolución de fecha 22/10/2015 registro ID SAIJ: FA15010161, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Pergamino, Buenos Aires.

perspectiva, para determinar si las normas relativas a instituciones de la infancia -entendidas como actos de autoridad- entregan o no la debida protección a este interés superior, es imperativo revisar qué derechos -dentro del conjunto de derechos de los que los niños son titulares, en cuanto niños y en cuanto seres humanos- se ven involucrados en el caso concreto. Cualquier decisión que se tome entonces sin hacer este ejercicio previo, es potencialmente vulneradora del interés superior de NNA.

2. A fin de garantizarse aún más la protección del interés superior de NNA, y con esto el respeto al conjunto de sus derechos, es necesario que éste deba probarse. Hoy en día solo se exige la fundamentación de éste en las sentencias, lo que se presta para eventuales arbitrariedades debido a la excesiva vaguedad del contexto donde éste debe evaluarse.
3. Asimismo, la fundamentación del interés superior del niño en las sentencias, debiese incluir el análisis y la consideración de cada uno de los derechos del NNA y como estos se ven afectados con la decisión a tomar en cada caso en concreto. No basta con la sola

enunciación del principio para dar por satisfecha la exigencia de fundamentación.

4. La postura que se tenga frente al significado y alcance del cuidado personal es fundamental, ya que ésta conduce a distintas decisiones y justificaciones judiciales y/o administrativas, en coherencia o en desmedro del interés superior del niño.
5. Nuestro legislador basa la definición de cuidado personal en la residencia alternada, al definirlo 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”*. La legislación española estudiada no se refiere al concepto de cuidado personal ni lo define, sino que habla de “patria potestad” y la entiende como responsabilidad parental, la que incluye -entre otros- el deber de los padres de tener a los hijos en su compañía¹⁰¹. Para el derecho español la responsabilidad parental debe

¹⁰¹ Artículo 154 del Código Civil Español. 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

ejercerse de forma conjunta, salvo casos calificados que dependen directamente del interés superior y considera que la residencia alternada o compartida es la forma que mejor lo protege.

La legislación Argentina, por su parte, identifica el cuidado personal con “los deberes y facultades relativos a la vida cotidiana del hijo”, diferenciándolo de la responsabilidad parental que consiste en “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.”

6. La inclusión del principio de corresponsabilidad parental como un principio rector del ordenamiento jurídico, y que se encuentra consagrado por nuestro ordenamiento desde la reforma del año 2013, es inconsistente con el sistema de asignación judicial de cuidado personal exclusivo a uno de los padres, ya que no permite al juez

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.

otorgarlo, aún cuando la asignación conjunta sea coherente con el interés superior del niño.

De esta forma nuestro sistema identifica el interés superior del niño con una asignación exclusiva, cuando no hay acuerdo de los padres. Esta identificación es errada ya que parte excluyendo a uno de los padres, generando una inconsistencia con lo que entendemos por interés superior del niño.

La asignación exclusiva no debería ser la regla general, sino una de las alternativas a decidir caso a caso, debidamente probada y fundamentada en el interés superior del niño, de acuerdo a lo señalado en el número 3.

7. Lo anterior no quiere decir que el único régimen de cuidado personal coherente con el principio de interés superior del niño sea el de cuidado personal compartido, ya que la modalidad del ejercicio debe determinarse caso a caso, considerando el escenario en particular y los derechos involucrados. Insistimos en que la inconsistencia se genera en el momento en que se excluye la posibilidad de que se

decrete judicialmente el cuidado personal conjunto, aún con oposición de uno de los padres a la solicitud del otro.

8. Si el juez, habiendo hecho el análisis del conjunto de derechos del niño y llegando a la conclusión de que lo más coherente con su interés superior sería atribuir el cuidado personal de forma conjunta a ambos progenitores, no lo sentencia porque la ley no le entrega la herramienta para hacerlo, estaría vulnerando sin duda, el interés superior que está llamado a proteger y a tener en cuenta como el fundamento primordial de cada decisión que involucre a un niño, niña o adolescente.
9. Al poner el énfasis en el interés superior del niño, debidamente probado y fundamentado, es posible superar las aprehensiones respecto de la atribución del cuidado personal conjunto con oposición de uno de los padres.

Si los altos niveles de conflicto entre los padres hacen que este régimen no sea el más adecuado, pues será algo que deba probarse y fundamentarse. Lo mismo sucederá con cualquiera otra consideración

o circunstancia que fundamente que éste no sea el régimen más beneficioso para el menor.

10. Es deber del Estado promocionar y educar a la sociedad en su conjunto y a los operadores del derecho en particular respecto de los principios de corresponsabilidad parental, cuidado personal e interés superior. Una política educacional a este respecto serviría para unificar posiciones y generar entendimientos, lo que beneficiaría a todos los hijos e hijas, presentes y futuros, a fin de que se transformen en promotores de cambios sociales e individuos respetuosos de los derechos humanos.

11. Finalmente, del derecho comparado estudiado concluimos que la experiencia argentina es la más coherente con el principio de interés superior y la CDN.

La interpretación de la responsabilidad parental y del cuidado personal desde la perspectiva del interés superior del niño del legislador trasandino resulta armónica con la CDN. El tratamiento que se hace del cuidado personal no centrado en regular un régimen de custodia o residencia, sino, en que ambos padres, en beneficio

directo del niño, participen de igual forma en la vida de éste es un modelo a seguir.

Valoramos particularmente de la experiencia española la interpretación del Tribunal Supremo el cual ha reconocido reiteradamente en su jurisprudencia de los últimos años al principio de interés superior del menor como un principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores y que por supuesto, admite prueba en contrario.

Ambos países permiten la atribución conjunta del cuidado personal con oposición de uno de los padres motivados en el interés superior.

VIII. BIBLIOGRAFIA

- ACUÑA SAN MARTIN, M. 2011. Efectos jurídicos del divorcio. Santiago de Chile .Editorial Abeledo Perrot Thomson Reuters. 474p.

- ACUÑA SAN MARTIN, M. 2013. El principio de corresponsabilidad parental. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Año 20 (2): 21-59.
- ACUÑA SAN MARTIN, M. 2015. Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto. Revista de Derecho Valdivia. Volumen 28 (1): 55-77.
- AGUILAR C., G. 2008. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios Constitucionales. Año 6 (1): 223-247.
- ALVAREZ PERTIZ, A. 2011. Constitucionalización del derecho de familia. Revistas jurídicas CUC. (7). pp. 27-51.
- ATIENZA, M. 2007. Argumentación y Constitución. En: Aguiló, J. y Ruiz, J. Fragmentos para una teoría de la Constitución. Madrid, España. Iustel. pp. 113-143.
- BARCIA LEHMANN, R. 2013. Hacia un sistema de filiación que consagre facultades y derechos específicos para el padre no custodio. Revista de derecho de Valdivia. Volumen 6 (2): 9-37.
- BARCIA LEHMANN, R. 2017. Hacia una mirada integral del derecho de la infancia. Revista de derecho privado. (32): pp.219-254.

- BAVESTRELLO B., I., 2003. Derecho de menores. 2° Edición. Santiago de Chile. Editorial Lexis Nexis. 329p.
- CEA EGAÑA, J.L. 2004. Sobre el estado constitucional de derecho como paradigma jurídico. Revista de derecho 16: 299-310.
- CILLERO B., M. 1999. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En: UNICEF. Justicia y Derechos del Niño. Santiago de Chile. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, pp. 46- 78.
- FAVOREAU, J.L. 2001. La constitucionalización del derecho. Revista de Derecho 12 (1): 31-43.

- GOMEZ DE LA TORRE V., M. 2007. El Sistema Filiativo Chileno. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 379p.
- GOMEZ DE LA TORRE, M. 2017. Comentario a una sentencia sobre el cuidado personal compartido. Boletín actualidad familiar N° 3. <http://www.uchile.cl/publicaciones/131126/boletin-actualidad-familiar-n3>

- GONGORA MERA, E.M. (2007). El bloque de constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad. Centro de derechos humanos de Nuremberg. pp. 1-37.
- HARO, R. (2003). Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia argentinos. *Ius et Praxis* Año 9 (1); 63-89.
- HERNANDEZ PAULSEN, G. 2008. Derecho de Familia y Derechos Humanos. En: POZO SILVA, N. y BENITEZ GONZALEZ, JORGE (Eds.). Los otros derechos: derechos humanos del bicentenario. Chile. Editorial Arcis. pp.17-52.
- LARUMBE CANALEJO, S. 2002. Educación en y para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en riesgo. *Revista IIDH* (36) p. 249-282.
- LATRHOP, F. 2008. Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos. *Revista chilena de Derecho Privado*. (10): 9-37.
- LATRHOP, F. 2010. (In)Constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil Chileno. *Revista Ius et Praxis*. Año 16 (2): 147-184.

- LATHROP, F. 2013. Cuidado personal y relación directa y regular. Estudio exploratorio en los Tribunales de Familia de la Región Metropolitana. Santiago de Chile .Legalpublishing. 182 pp.
- LATRHOP, F. 2017. Constitucionalización y jurisprudencia constitucional en el derecho de familia chileno. Estudios Constitucionales. Año 15(1): 329-372.
- LEPIN MOLINA, C. (2013). Reformas a las relaciones paterno filiales. Análisis de la ley n°20.680. Revista de derecho escuela de posgrado. (3): 285-308.
- LEPIN MOLINA, C. (2014). Los nuevos principios del derecho de familia. Revista chilena de derecho privado. (23): 9-55.
- ORREGO, J. A. 2011. “Consideraciones en torno al cuidado personal de los menores y su relación con la patria potestad”. En: Zúñiga, A. (coord.). Estudios de Derecho Privado. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. pp. 145-194.
- QUINTANA V., M.S. 2009. Legislación y jurisprudencia sobre el cuidado personal del niño y la relación directa y regular con él. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. (33): 149-172

- QUINTANA V., M.S. 2014. La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. (43): 241-258.
- RAVETLLAT B., I. y PINOCHET O., R. 2015. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno. Revista chilena de derecho. Volumen 42(3): 903-934.
- RODRIGUEZ P., M.S. 2009. El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho de familia. Revista chilena de derecho. Volumen 36 (3): 545-586.
- RODRIGUEZ, M. S. 2010. Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos. Revista Ius et Praxis. Año 16 (1): 55-84.
- ROMERO NAVARRO, F.2009. Coparentalidad y género. Revista de intervención psicosocioeducativa en la desadaptación social. Volumen 2: pp. 11-28.

- SCHMIDT HOTT, C. 2005. La constitucionalización del Derecho de Familia. En: MARTINIC GALEVOTIC, M.D.; RIOS LABBE, S. y TAPIA RODRIGUEZ, M. Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación. Santiago de Chile. Editorial Lexisnexis. pp. 1235-1244.
- SOTO KLOSS, E. 1994. La familia en la Constitución Política. Revista chilena de derecho 2(21): 217-229.
- TAPIA RODRIGUEZ, M. 2013. Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos (ley n° 20.680) Revista chilena de derecho privado. (21): 477-491.
- TAPIA RODRIGUEZ, M. 2014. Comentarios críticos a la reforma de cuidado personal de los hijos. Revista de Derecho de Familia. Volumen I (1): 13-21.
- TURNER SAELZER, S. (2004). Comentario de sentencia sobre determinación de la titularidad del cuidado personal de los hijos menores. Revista de derecho Valdivia. Volumen 17: 273-278
- TOBÓN B., L.E. 2015. Interpretación crítica de las instituciones de regulación de las relaciones filio parentales: Patria potestad y

autoridad parental. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas –UPB. Volumen 45 (122): 153-173.

- ZANNONI, E.A. 1998. Derecho de Familia. 6° Edición. Buenos Aires. Editorial Astrea. Tomo II.
- ZERMATTEN, J. 2003. El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico [en línea] <
http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf> [consulta 29 octubre 2017].

Jurisprudencia

- Resolución de fecha 16/06/2015 en causa rol n° 2699-2014, del Tribunal Constitucional.
- Resolución de fecha 15/07/2008 en causa rol n° 3202-2008, de la Corte Suprema.
- Resolución de fecha 24/06/2010 en causa rol n° 608-2010, de la Corte Suprema.
- Resolución de fecha 11/10/2011 en causa rol n° 4460-2011, de la Corte Suprema.
- Resolución de fecha 1/06/2015 en causa rol n° 3438-2015, de la Corte Suprema.

- Resolución de fecha 24/02/2012, Caso AtalaRiffo y niñas vs. Chile. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Resolución de fecha 25/08/2014 en causa rol n° 275-2014, de la Corte de Apelaciones de San Miguel.
- Resolución de fecha 17/06/2015 en causa rol n° 2699-2014, del Tribunal Constitucional.
- Resolución de fecha 19/07/2017 en causa rol n° 4951-2017, de la Corte Suprema.
- Resolución de fecha 12/10/2017 en causa rol n° 15.582-2017, de la Corte Suprema.
- Resolución de fecha 17/10/2017 en recurso n° 1130-2016, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Español.
- Resolución de fecha 25/10/2017 en recurso n° 3305-2016, del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Español.
- Resolución de fecha 22/10/2015 registroID SAIJ: FA15010161, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Pergamino, Buenos Aires.

- Resolución de fecha 29/03/2016 registroID SAIJ: FA16010108, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Pergamino, Buenos Aires.

Normativa

- ARGENTINA, Constitución de la nación argentina
- ARGENTINA, Código Civil y Comercial de la nación
- CHILE, Constitución política de Chile
- CHILE, Código Civil Chileno
- CHILE, Ministerio de Justicia. 1967. Ley 16.618: ley de menores.
- CHILE. Ministerio de Justicia. 1998. Ley 19.585: modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de Filiación, octubre de 1998.
- CHILE. Ministerio de Justicia. 1999. Ley 19.620: dicta normas sobre adopción de menores, agosto de 1999.
- CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Ley 19.947: nueva Ley de Matrimonio Civil, mayo de 2004
- CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Ley 19.968: crea los tribunales de familia, agosto 2004.

- CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Ley 20.084: responsabilidad penal juvenil, agosto 2011.
- CHILE. Ministerio de Justicia. 2013. Ley n° 20.680: Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales con el objeto de proteger al menor, en caso que sus padres vivan separados, junio de 2013.
- ECUADOR, Código Civil de Ecuador
- ECUADOR, Código de la niñez y adolescencia de Ecuador
- ESPAÑA, Constitución Española
- ESPAÑA, Código Civil Español
- ESPAÑA, Código Civil de Cataluña
- ESPAÑA, Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
- ESPAÑA, Ley 15/2005 de Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre separación y divorcio
- ESPAÑA, Ley Orgánica 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

- NACIONES UNIDAS, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño
- NACIONES UNIDAS, Observación general número 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial del Comité de los Derechos del niño.
- PARAGUAY, Código de la niñez y la adolescencia y leyes complementarias de Paraguay
- PERÚ, Código Civil del Perú
- URUGUAY, Código Civil de Uruguay
- VENEZUELA, Código Civil de Venezuela