



**“Programa de Magíster en Derecho de Familia(s) y Derecho de la Infancia  
y de la Adolescencia”**

**ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS:  
PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE CUIDADO PERSONAL  
DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL DERECHO CHILENO**

**Autor:**

Jorge Sepúlveda Varela

**Profesora guía:**

Dra. Fabiola Lathrop Gómez

SANTIAGO, 26 DE OCTUBRE DE 2018

## **INDICE**

INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO I: EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CUIDADO PERSONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y SUS MECANISMOS DE ATRIBUCIÓN EN EL DERECHO CHILENO.....	9
1) Concepto de cuidado personal.....	9
2) Regulación del cuidado personal.....	11
3) Fuentes de atribución del cuidado personal.....	12
3.1) Cuidado personal convencional.....	12
3.2) Cuidado personal judicial.....	13
3.3) Cuidado personal legal.....	15
4) Contenido del cuidado personal.....	19
4.1) Relaciones entre adultos responsables y.....	23
4.1.a) Los niños, niñas o adolescentes bajo su cuidado.....	23
4.1.b) Otros adultos y el Estado.....	25
4.2) Relaciones entre los niños, niñas o adolescentes y.....	26
4.2.a) Los adultos responsables.....	26
4.2.b) El Estado.....	27
CAPÍTULO II: PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE CUIDADO PERSONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRAN EL DERECHO DE FAMILIA Y DE LA INFANCIA CHILENO.....	30
1) Igualdad en las relaciones familiares y el cuidado personal legal.....	32
2) Principio de intervención mínima del Estado y autonomía de la voluntad en las relaciones familiares.....	35
3) El interés superior del niño y la acción declarativa del cuidado personal... 38	
3.1) El interés superior del niño y la judicialización de los asuntos familiares.....	39
3.2) El interés superior del niño como “consideración primordial”.....	40
3.3) El interés superior del niño y la necesidad de establecer certeza jurídica sobre la situación de cuidado.....	41
3.4) La integración ante ausencia de ley por medio del principio del interés superior del niño.....	45

CAPÍTULO III: ASPECTOS PROCESALES SOBRE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE CUIDADO PERSONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y CRITERIO JURISPRUDENCIAL .....	47
1) Aspectos procesales sobre la acción declarativa o de mera certeza de cuidado personal .....	47
1.1) Definición y elementos del derecho de acción.....	47
1.1.a) En cuanto a la causa de pedir .....	48
1.1.b) En cuanto a la legitimación.....	48
1.1.c) En cuanto a la posibilidad de otorgar lo pedido .....	50
1.2) Acciones declarativas o de mera certeza, definición y requisitos para su procedencia .....	51
1.3) Acción declarativa de cuidado personal en la doctrina .....	54
1.3.a) Recepción en la doctrina de la acción declarativa de cuidado personal con anterioridad a la ley 20.680.....	55
1.3.b) Recepción en la doctrina de la acción declarativa de cuidado personal con posterioridad a la ley 20.680.....	57
2) Criterio jurisprudencial sobre la acción declarativa de cuidado personal..	60
2.1) En cuanto a la procedencia de la acción declarativa de cuidado personal .....	60
2.2) En cuanto al procedimiento aplicable y el legítimo contradictor .....	61
CONCLUSIONES. ....	70
BIBLIOGRAFÍA. ....	75

## **INTRODUCCIÓN.**

El concepto de familia ha cambiado. En la actualidad, es posible afirmar que existen múltiples formas de familia, las cuales se alejan sustancialmente del modelo tradicional padre/madre/hijos, unidos por el matrimonio y que comparten un mismo hogar.

En ese sentido, uno de los modelos de familia que más ha crecido en el último tiempo es la familia monoparental; así lo reflejan los resultados de la encuesta CASEN 2017, de acuerdo con los cuales, en la actualidad existen en Chile un 27.9% de hogares monoparentales<sup>1</sup>, en contraste con lo que ocurría en el año 1990 en que de acuerdo con la misma medición, este tipo de hogares llegaba solo a un 22%<sup>2</sup>.

Un dato que preocupa, es que de acuerdo con la encuesta antes citada, la incidencia de la pobreza en este tipo de hogares es mayor, llegando a un 11,8% de estas familias, de las cuales a su vez, un 84% corresponde a hogares monoparentales de jefatura femenina. Ambas constituyen diferencias que, de acuerdo a lo concluido por la encuesta CASEN son significativas<sup>3</sup>, respondiendo, entre otras cosas, a la brecha existente entre hombres y mujeres en cuanto al

---

<sup>1</sup> Encuesta CASEN 2017, del Ministerio de Desarrollo Social. Disponible en: [http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/casen\\_2017.php](http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/casen_2017.php).

<sup>2</sup> En el año 2009, la cantidad de hogares monoparentales llegaba a un 27%, de acuerdo con lo señalado por el Ministro de MIDEPLAN de la época: <http://diario.latercera.com/edicionimpresa/encuesta-casen-revela-aumento-de-familias-con-un-solo-padre-o-madre/>.

<sup>3</sup> Cabe señalar que en el caso de los hogares de estructura biparental, la incidencia de la pobreza es de un 8,4%, Encuesta CASEN 2017.

acceso al mercado laboral, y en cuanto a los ingresos obtenidos, que en el caso de las mujeres en muchos casos es menor, aun cuando desarrollen una misma labor.

Afortunadamente, el Derecho chileno ha ido haciendo eco de esta realidad, por medio del reconocimiento y regulación de distintos modelos familiares, haciéndose cargo, además, de los posibles conflictos que puedan ocurrir entre sus miembros, de manera de prevenirlos y resolverlos de forma pacífica, con pleno respeto a la intimidad y autonomía del grupo familiar. Un claro ejemplo de este proceso dentro de la última década, consiste en la introducción del Acuerdo de Unión Civil, el cual supone un avance en el reconocimiento y protección de estas nuevas configuraciones familiares, las cuales, no obstante, no son tan nuevas para la sociedad.

Por otro lado, los roles asignados a los distintos miembros de la familia también han ido cambiando: la perspectiva de género, en el marco del enfoque de Derechos Humanos ha ido de a poco encontrando su lugar en el desarrollo de las políticas públicas y de la legislación, lo cual ha permitido que en la actualidad se establezcan desde la legislación relaciones más igualitarias entre hombres y mujeres, y también entre los progenitores respecto de sus hijos; un claro ejemplo de este proceso ocurre en el año 2013, con la dictación de la ley 20.680, la cual, entre otras cosas, establece el principio de la corresponsabilidad parental y amplía la regla de atribución legal del cuidado personal al padre, haciéndose cargo de una situación cada vez más común, cual es que el padre y la madre

viven separados y que los hijos viven bajo el cuidado personal de solo uno de estos.

Lamentablemente, la decisión de los progenitores de vivir de forma separada no siempre va de la mano con buenas relaciones entre estos, puesto que en muchos casos ni siquiera existe una intención de vivir juntos o de establecer una relación afectiva. Ante esta realidad, la legislación no puede dar por supuesto que la separación 'sobreviene' a un estado de unión previo de los progenitores, sino que debe propender al establecimiento de normas que incluyan a los distintos tipos de familia existentes, otorgando claridad sobre aspectos tan relevantes como la titularidad del cuidado personal en la mayor cantidad de situaciones posibles, teniendo en cuenta además que estas normas van en directo beneficio del niño, niña o adolescente.

Así las cosas, por medio de la ley 20.680, el legislador previene aquellos casos en que los progenitores viven separados, otorgando de manera supletoria y ante la falta de acuerdo formal entre los adultos, el cuidado personal a aquel padre o madre con quien convive el niño, niña o adolescente.

Hasta este punto, todo pacífico; sin embargo, si se tiene en cuenta la gran cantidad de familias monoparentales existentes, sumado al cúmulo de derechos, deberes y responsabilidades que supone para el actual cuidador ejercer el cuidado personal de sus hijos, la falta de acuerdos formales entre los progenitores y el legítimo interés del propio niño, niña o adolescente de saber quién es la persona a la cual corresponde actualmente su cuidado personal, se

hace patente la necesidad de certeza jurídica respecto de la situación de cuidado. Para cumplir con lo anterior, la legislación vincula la atribución legal del cuidado personal a una situación fáctica como es la convivencia, la cual, como se ahondará en este trabajo, constituye un concepto impreciso, que puede dar lugar a dificultades en su aplicación práctica, sobre todo en materia probatoria, frente a terceros, como también ante el sistema judicial.

Es por todo lo anterior que lo que se pretende en este trabajo, es determinar si frente a la ambigüedad del concepto establecido en el artículo 225 inciso tercero del Código Civil<sup>4</sup>, puede el actual cuidador ejercer una acción declarativa de cuidado personal que otorgue certeza jurídica respecto de esta situación.

Desde ya se puede adelantar que frente a este tema existen principalmente dos posiciones: por un lado, se encuentran una serie de autores, apoyado por un conjunto de fallos y por la *praxis* jurídica, que comúnmente admite los juicios de tuición declarativa, quienes se muestran favorables a su concurrencia.

Frente a esta postura, existe otra parte de la doctrina que considera que en la actualidad no es posible plantear una acción de cuidado personal declarativo ni menos por medio de un procedimiento no contencioso; esta postura se encuentra apoyada por jurisprudencia reciente que establece que estos juicios deben ser planteados por la vía ordinaria y contenciosa, lo cual además tendría sustento en la Historia de la Ley, de acuerdo con la cual, esta norma de atribución

---

<sup>4</sup> En adelante CC.

legal constituye una regla de aplicación supletoria en aquellas situaciones en que ocurra la separación de los padres, con miras precaver la situación del niño o niña que convive con este adulto y de evitar un juicio posterior, frente a la inminente posibilidad que alguno de los padres en cuanto lo estime pertinente, puedan instar al otro padre a regular el cuidado personal, ya sea por medio de un acuerdo o derechamente a través de un juicio ordinario.

Para cumplir con este objetivo se revisará, en primer lugar, el régimen jurídico del cuidado personal en nuestro país, posteriormente se analizarán las distintas formas de cuidado personal que establece la legislación de acuerdo con su fuente de atribución, y de manera específica los elementos que configuran el cuidado personal legal, además de los derechos que se otorgan al actual cuidador del niño, niña o adolescente frente al sistema judicial. Luego, se analizará esta figura a la luz de los principios que inspiran el Derecho de Familia y de Infancia chileno, de manera de constatar la armonía que existe entre este procedimiento y dichos principios.

Finalmente se expondrán los aspectos procesales de la acción declarativa de cuidado personal, haciendo mención a las opiniones doctrinarias y los pronunciamientos de la jurisprudencia sobre la materia, todo lo anterior con la finalidad de determinar la procedencia de la acción declarativa de cuidado personal de niños, niñas y adolescentes en el Derecho chileno.

**CAPÍTULO I: EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CUIDADO PERSONAL DE NIÑOS,  
NIÑAS Y ADOLESCENTES Y SUS MECANISMOS DE ATRIBUCIÓN EN EL  
DERECHO CHILENO.**

**1) Concepto de cuidado personal.**

El cuidado personal es tratado comúnmente por los autores dentro de los efectos de la filiación, siendo una de sus principales consecuencias, por cuanto implica una serie de derechos, deberes y responsabilidades para los progenitores. En términos generales se puede definir el cuidado personal como: “el derecho-deber referido a los cuidados y atenciones diarios y habituales del hijo, que supone la convivencia con éste y habilita al que lo ejerce para tomar las decisiones corrientes y cotidianas que se refieran a aquél, al tiempo que le impone una serie de deberes o cargas”<sup>5</sup>. La anterior aparece como una definición bastante precisa, por cuanto resume de forma simple los elementos principales del cuidado personal y que sirven de base para un posterior análisis.

Más allá de la crítica que ha realizado la doctrina especializada en cuanto a la falta de una regulación conjunta y sistémica de los derechos y deberes personales y patrimoniales entre progenitores e hijos<sup>6</sup>, lo cierto es que al comparar el concepto de autoridad parental<sup>7</sup> con el de cuidado personal, sobre

---

<sup>5</sup> ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2018), *El cuidado personal de los hijos*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, pp. 60-61.

<sup>6</sup> Ver TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2014), “Comentarios críticos a la reforma de cuidado personal de los hijos (Ley N°20.680)”, *Revista de Derecho de Familia*, N°1-2014, p.13.

<sup>7</sup> La autoridad parental es conceptualizada por TAPIA RODRÍGUEZ como “...un conjunto de derechos y deberes personales y patrimoniales entre padres e hijos”; el autor agrega que con esta definición se hace referencia por un lado a un poder-función que se emplea en beneficio de

todo a partir de las últimas modificaciones introducidas por la ley 20.680, se puede deducir que en nuestro país el concepto de cuidado personal ha quedado reducido principalmente al aspecto residencial y a las consecuencias más inmediatas derivadas de este.

La conclusión anterior proviene de una interpretación lógica de la legislación relativa al cuidado personal: si se estableciera que todos los aspectos distintos de la patria potestad quedan incluidos dentro del concepto de cuidado personal, el principio de corresponsabilidad introducido por el artículo 224 del CC - especialmente en aquellas situaciones en que los progenitores vivan separados- quedaría vacío de contenido. Lo anterior se explica porque frente a la separación de los progenitores, es la misma ley la que atribuye el cuidado personal al progenitor con quien el niño, niña o adolescente convive. De este modo, si el cuidado personal incluyese todos los aspectos extrapatrimoniales, el padre o madre que no detenta el cuidado personal quedaría sin la posibilidad de participar en materias tan relevantes como la crianza, la elección del sistema educativo y de salud, la práctica de una religión, las decisiones en el ámbito médico, entre otros aspectos, en igualdad de condiciones con el otro progenitor.

En consecuencia, el cuidado personal está principalmente referido a los aspectos derivados de la convivencia y el cuidado diario, tales como: el derecho a residir con el niño, niña o adolescente, la decisión sobre visitar o residir durante

---

los hijos y no de su titular y, por otro lado, se utiliza la expresión 'parental', como una noción que incluye de manera igualitaria a ambos padres; TAPIA RODRÍGUEZ (2014), ob. cit., pp. 14-15.

corto tiempo con otros adultos, determinar las personas con las que los hijos se relacionan diariamente; situaciones tan cotidianas y humanas como son la higiene, el vestuario, la alimentación, actividades deportivas, recreación, amistades, rutinas, horarios y otros aspectos propios del diario vivir, además un conjunto de derechos, deberes y responsabilidades frente al otro progenitor, frente a terceros y al Estado, todos los cuales serán analizados posteriormente.

## **2) Regulación del cuidado personal.**

El cuidado personal se encuentra regulado en el título IX del libro primero del CC, en los artículos 224 y siguientes, además de los artículos 42 a 57 de la ley 16.618<sup>8</sup>, en el artículo 8 n°1 – referido a las causas sobre cuidado personal- y el artículo 71, letras a) y b) de la ley 19.968<sup>9</sup>– en lo relativo a la aplicación una medida cautelar de cuidado personal provisorio–.

Se hace mención al cuidado personal además en la ley 19.947<sup>10</sup>, en materia de separación y divorcio, y en general, en una serie de normas dispersas por nuestra legislación. Adicionalmente, en la Convención sobre los Derechos del Niño –en adelante CDN- también se hace alusión al cuidado personal, principalmente en los artículos 5° y 18 de dicho texto<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> En adelante LM – Ley de Menores-.

<sup>9</sup> En adelante LTF.

<sup>10</sup> En adelante LMC.

<sup>11</sup> El artículo 5° de la CDN señala: *“Artículo 5°. 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”*. Por su parte, el artículo 18 del mismo texto señala: *“Artículo 18. 1.*

### 3) Fuentes de atribución del cuidado personal.

El cuidado personal otorga siempre los mismos derechos, deberes y responsabilidades a quienes lo detentan, con independencia de la fuente desde la cual se origina. En nuestra legislación es posible distinguir el cuidado personal que nace desde una fuente de atribución convencional, judicial o legal.

**3.1) Cuidado personal convencional:** El cuidado personal es convencional cuando se establece por el mutuo acuerdo de los progenitores. El artículo 225 inciso primero del CC, permite que este acuerdo pueda hacerse en cualquier momento, por medio de escritura pública o acta extendida ante oficial de Registro Civil. Además, en el marco de un procedimiento de separación o divorcio, si los solicitantes tienen hijos, en el acuerdo completo y suficiente que acompañen deben regular entre otras materias el cuidado personal. Sin perjuicio de lo anterior, es una práctica bastante común que los progenitores consientan en que el cuidado personal de los hijos quede radicado en uno o en ambos, sin dejar constancia de esto mediante ningún instrumento, sino que meramente 'de

---

*Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.”* CDN, vigente en Chile desde el 12 de Septiembre de 1990, Decreto N°830 del Ministerio de RREE, publicada en el Diario Oficial el 27 de Septiembre de 1990; disponible en: [www.unicef.cl/web/informes/derechos\\_nino/convencion.pdf](http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/convencion.pdf).

palabra'. Consecuencia de aquello, es que frente a terceros no se logra el mismo nivel de certeza jurídica. Lo anterior constituye una de las principales fuentes de conflicto futuro entre los progenitores, y puede obedecer a dificultades en el acceso a servicios públicos por tiempo o distancia, carencia de recursos económicos o simplemente falta de interés o desconocimiento sobre el tema.

Más allá de los problemas que este tipo de arreglos produce, los acuerdos entre los progenitores se enmarcan en el ámbito de la autonomía de la voluntad, principio que ha cobrado cada vez mayor relevancia en el Derecho de Familia y de la Infancia, y que además resulta coherente con el principio de mínima intervención del Estado y el respeto a la vida privada familiar. Ahora bien, esta abstención del Estado podría significar que en algunos casos se esté descuidando el interés superior del niño o que dicho interés se encuentre invisibilizado frente los conflictos de los progenitores, sobre todo en el contexto de una separación. Se volverá en el Capítulo II sobre los distintos principios que informan el Derecho de Familia e Infancia, con la finalidad de constatar la procedencia de la acción de cuidado personal declarativo a la luz de estos principios.

**3.2) Cuidado personal judicial:** En este caso, el cuidado personal es establecido por el Tribunal, sea por falta de acuerdo entre los progenitores, o bien por la solicitud de cualquiera de ellos, para que por medio de un procedimiento contencioso se radique el cuidado personal en el solicitante, en aquellos casos

que “...las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente...”<sup>12</sup>.

En el marco de este tipo de cuidado personal, se puede producir una situación especial: en virtud de la potestad cautelar del juez -artículos 22 y 70 de la LTF-, se puede decretar el denominado ‘cuidado personal provisorio’ -en contraposición al cuidado personal definitivo-. Este cuidado personal es esencialmente temporal, y puede ser decretado bien como una medida cautelar mientras se ventila un procedimiento de cuidado personal, o bien en el contexto de un procedimiento de aplicación de medida de protección por vulneración de derechos, e inclusive como una medida de protección propiamente tal, supeditando su existencia al cumplimiento de una condición, tal como la adherencia a alguna intervención terapéutica, o bien a un plazo que fije el Tribunal.

En este punto, se puede señalar que una vez terminado el plazo o cumplida la condición, el niño, niña o adolescente debiese retornar al cuidado de la persona que anteriormente lo tenía; no obstante lo anterior, en la práctica esto no siempre ocurre, lo cual genera una serie de interrogantes, sobre todo cuando el cuidador ‘provisional’ es el otro progenitor: transcurrido el plazo fijado para el cuidado personal provisorio, si los hijos no retornan con su antiguo cuidador ¿Se consolida el derecho del progenitor que lo tiene provisoriamente a mantenerlo

---

<sup>12</sup> Artículo 225, inciso cuarto del CC.

bajo su cuidado de manera permanente?; ¿Se puede considerar como una convivencia para efectos del artículo 225 inciso tercero del CC?; ¿Cuenta el antiguo cuidador con una acción de entrega inmediata?; en los procedimientos de aplicación de medida de protección: ¿será obligatorio citar a una audiencia de revisión de medida<sup>13</sup>? Finalmente, la pregunta principal de este trabajo: ¿podrá el actual cuidador solicitar la declaración del cuidado personal al Tribunal de Familia, habiéndolo obtenido en principio de manera provisoria?

**3.3) Cuidado personal legal:** Como ya se ha adelantado, el artículo 225 inciso tercero del CC, se encarga de establecer una norma de atribución legal supletoria frente a la falta de acuerdo de los progenitores, por medio la cual se le atribuye el cuidado personal a aquel padre o madre con quien los hijos conviven<sup>14</sup>. Se trata de una de las principales modificaciones introducidas por la ley 20.680, que viene a cambiar la regla de atribución legal supletoria establecida en favor de la madre, poniendo en un plano de igualdad a ambos progenitores en este aspecto. A continuación, se hará una breve referencia a la Historia de la Ley, por tratarse de uno de los puntos más importantes de este trabajo.

En la Moción Parlamentaria con que se presenta el proyecto, no se incluía una norma de atribución supletoria, siendo resorte del Tribunal determinar a cuál de

---

<sup>13</sup> Al efecto, en el artículo 80 de la LTF se establece la posibilidad de que el tribunal cite a una audiencia de suspensión, modificación o cesación de medidas, ya sea de oficio o a solicitud de parte.

<sup>14</sup> El artículo 225 inciso tercero del CC señala: *“A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo”*.

los progenitores correspondía el cuidado personal<sup>15</sup>. Es por lo anterior, que durante el Primer Trámite Constitucional, en el Primer Informe de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, se planteó la necesidad de mantener la norma de atribución legal supletoria a favor de la madre, con la finalidad de evitar entre otras cosas la excesiva judicialización de las causas, y promover los acuerdos de los progenitores, lo cual finalmente prosperó.<sup>16</sup>

Durante el Segundo Trámite Constitucional, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, algunos Senadores cuestionaron la decisión de mantener la norma de atribución legal supletoria a favor de la madre sin más, argumentando que aquello era contrario al espíritu del proyecto de ley, que justamente lo que buscaba era igualar los derechos del padre con los de la madre. Frente a lo anterior, se planteó que en los casos de separación de los progenitores lo más adecuado era otorgar estabilidad a los hijos manteniendo el *statu quo*, inclusive si se encontraba bajo el cuidado de un tercero<sup>17</sup>. Al acuerdo al que se arriba finalmente, en la discusión 'en sala' del proyecto, es el de mantener el cuidado personal, pero solo de manera provisoria, otorgando al

---

<sup>15</sup> Cfr. Historia de la ley 20.680, Primer Trámite Constitucional: Moción Parlamentaria y Moción Parlamentaria refundida pp. 3-11 disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file\\_ley/4280/HLD\\_4280\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/4280/HLD_4280_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf).

<sup>16</sup> Dentro de las discusiones parlamentarias se dieron además algunos argumentos basados en estereotipos de género y cuestiones de 'orden natural y de hecho', de acuerdo con las cuales la mujer está mejor preparada y es más idónea para criar a los hijos, todo lo anterior supuestamente avalado por la práctica. Cfr. Historia de la ley 20.680, Primer Trámite Constitucional: Primer informe Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, pp.15-63.

<sup>17</sup> Cfr. Historia de la ley 20.680, Segundo Trámite Constitucional: Segundo informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, pp.275-349.

Tribunal de Familia un plazo de 60 días para resolver sobre éste, de forma definitiva<sup>18</sup>.

En el Tercer Trámite Constitucional, a raíz de las observaciones realizadas tanto por la Corte Suprema como por el SERNAM, en relación con la forma de solucionar la controversia antes planteada, los parlamentarios deciden conformar una Comisión Mixta, en la cual, mediante la asesoría de expertos en la materia, logran dar forma definitiva a la actual redacción del inciso tercero del artículo 225 del CC, por medio de una norma que pusiera a ambos progenitores en un plano de igualdad cuando estos viven separados, eliminando la referencia al plazo de 60 días, con lo cual, entre otras cosas, la norma de atribución legal supletoria ya no es considerada como una regla de carácter provisoria<sup>1920</sup>.

En cuanto a los motivos para establecer una norma de aplicación supletoria, en la Historia de la Ley se deja constancia que es con la finalidad de propender los acuerdos entre los progenitores, permitir la estabilidad de los hijos en caso de que sobrevenga una separación entre aquellos, evitar la sobre judicialización de

---

<sup>18</sup> Cfr. Historia de la ley 20.680, Segundo Trámite Constitucional: discusión en sala, pp.350-383.

<sup>19</sup> Cfr. Historia de la ley 20.680, Trámite Comisión Mixta: Senado Cámara de Diputados, pp. 423-473.

<sup>20</sup> Como destaca LEPÍN MOLINA, puede existir una interpretación errónea de acuerdo con la cual la norma de atribución legal supletoria puede ser considerada como una regla transitoria o provisoria, cuando en realidad solo varía la fuente de atribución, buscando por medio de ella precaver la estabilidad del niño, niña o adolescente en caso de falta de acuerdo de los progenitores cuando estos viven separados, siendo distinta a la situación del cuidado personal provisorio que puede ser decretado por medio de una cautelar innovativa. Ver: LEPÍN MOLINA, Cristian (2014), "Modificación a los efectos de la filiación. Una cuestión de principios", *Revista de Derecho de Familia*, N°1-2014, pp.146-147.

los conflictos familiares y la excesiva intervención de la justicia en estos temas, entre otras circunstancias<sup>21</sup>.

Un último aspecto de la Historia de la Ley que me parece relevante destacar, dice relación con la expresión 'conviviendo', usada en el artículo 225, inciso tercero del CC. En la Comisión Mixta, cuando se discutió la importancia de establecer una norma que reconociera aquellas situaciones en las que el niño, niña o adolescente se encontraba viviendo con el padre o con un tercero, se planteó en un principio utilizar la voz 'residiendo', -u otra forma verbal derivada de la expresión 'residencia'- sin embargo, se manifestaron reparos por cuanto podría prestarse para dispares interpretaciones, proponiéndose entonces utilizar el concepto de domicilio, en el mismo sentido que establece el artículo 59 del CC<sup>22</sup>. Finalmente, se opta por la palabra 'conviviendo', debido a que esta expresión caracteriza de mejor forma una situación fáctica o 'de hecho', utilizando como modelo el artículo 156 del CC español -relativo a la patria potestad-, el cual utiliza una expresión similar<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. Historia de la ley 20.680, Trámite Comisión Mixta: Senado Cámara de Diputados, pp. 423-473.

<sup>22</sup> Cfr. Historia de la ley 20.680, Trámite Comisión Mixta: Senado Cámara de Diputados, p. 429.

<sup>23</sup> Ídem, pp. 432; 436. Cabe señalar que en España el concepto de patria potestad es más amplio que el establecido por nuestro legislador en el artículo 250 del CC, siendo en el caso español utilizado como sinónimo del concepto de responsabilidad parental, comprendiendo entre sus deberes y facultades, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 254 del mismo "1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes". Así también lo muestra RODRIGUEZ PINTO, María Sara (2010), *El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo derecho de familia*, Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago, Chile, p.10-12.

No obstante lo anterior, lo cierto es que con la palabra ‘conviviendo’ subsisten algunos problemas de interpretación, puesto que en materia de violencia intrafamiliar se utiliza la misma expresión para configurar un tipo de relación afectiva-sexual entre dos personas que habitan el mismo hogar. A primera vista, es evidente que no quieren decir lo mismo, sin embargo, bien podrían plantearse otras dudas, tales como: ¿La convivencia exige algún tiempo para considerarse como tal? Si no hay régimen de visitas, y el niño, niña o adolescente se va de vacaciones con aquel progenitor que no tiene el cuidado personal: ¿se configura una situación de convivencia entre ambos?; ¿Podría el actual cuidador oponerse a la entrega o bien solicitar al tribunal la declaración del cuidado personal? Ante el silencio de la ley, la solución tendrá que darla la práctica judicial<sup>24</sup>.

#### **4) Contenido del cuidado personal.**

Para finalizar este capítulo, se hará una breve referencia al contenido del cuidado personal y las implicancias que tiene para el actual cuidador, donde se

---

<sup>24</sup> A modo de ejemplo, una sentencia dictada por la Corte Suprema, rechaza el Recurso de Casación en el Fondo interpuesto por el padre, contra una sentencia que rechaza la demanda de entrega inmediata de su hija interpuesta por este, sentencia confirmada a su vez por la Corte de Apelaciones de La Serena; cabe señalar que la niña se encontraba bajo el cuidado de la madre, por acuerdo de palabra entre los padres; dentro de los fundamentos que utiliza la Corte Suprema, hace mención la necesidad de brindar estabilidad, manteniendo el *statu quo* (considerando QUINTO), por otro lado, señala en su considerando SEPTIMO: “...que a la fecha de la presentación del libelo pretensor, la niña llevaba alrededor de tres meses viviendo bajo el cuidado de la madre, no aparece que se la haya separado contra su voluntad de los progenitores, desde que se encuentra con uno de ellos, y con la anuencia del padre...”. Sentencia de la Corte Suprema, bajo el rol N°55143-2016, pronunciada con fecha 11 de octubre del año 2016.

hará mención, entre otras cosas, a la acción para obtener la declaración del cuidado personal.

Como se ha señalado al inicio de este trabajo, la doctrina mayoritaria suele agrupar las relaciones parento-filiales dentro del concepto de autoridad parental<sup>25</sup>, distinguiendo claramente entre el deber genérico de cuidado por una parte, y el cuidado personal, por otra<sup>2627</sup>. Este último, se encuentra incluido dentro de los deberes relacionados con la persona de los hijos, que se diferencian a su vez de los relativos a sus bienes<sup>28</sup>.

De esta manera, integran la autoridad parental aspectos como: la crianza, la educación, el establecimiento, el deber de corrección y la autorización para

---

<sup>25</sup> V. gr. TAPIA RODRÍGUEZ (2014), ob. cit., p.14; BARCÍA LEHMANN, Rodrigo (2013), "Facultades y derechos compartidos respecto de los hijos: una mirada desde el derecho comparado", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Sección: Estudios, Año 20-Nº 1, p. 28, entre otros.

<sup>26</sup> A saber: SCHMIDT HOTT, Claudia (2001), "Relaciones filiales personales y patrimoniales", en: *La Filiación en el nuevo derecho de familia*, Claudia Schmidt Hott y Paulina Veloso Valenzuela. Editorial Cono Sur, Santiago, Chile; BAVESTRELLO BONTÁ, Irma (2003), *Derecho de menores*, Lexis Nexis, segunda edición actualizada, Santiago, Chile; LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2005), *Cuidado personal de los hijos. Análisis de Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia*, Editorial Punto Lex, Santiago, Chile, entre otros.

<sup>27</sup> Desde el ámbito de la sociología, el cuidado es entendido como "las relaciones y actividades involucradas en el mantenimiento de las personas en su vida diaria e intergeneracionalmente" e incluye principalmente tres tipos de actividades, a saber: a. El cuidado directo dirigido a las personas, que incluye el cuidado físico, cuidado emocional y servicios para ayudar a cubrir las necesidades físicas y emocionales; b. El mantenimiento físico de los alrededores en los cuales la gente vive, y c. El trabajo de fomentar relaciones y conexiones sociales entre las personas, llamado también 'trabajo de parentesco'. Cfr. NAKANO GLENN (2010), citada en: GONZÁLVEZ TORRALBO, Herminia (2015), "Los estudios de familia en Chile. Características y desafíos para el futuro", en *Diversidades familiares, cuidados y migración. Nuevos enfoques y viejos dilemas*. Herminia González Torralbo (Editora). Ediciones Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile, pp. 28-29.

<sup>28</sup> Más específicamente el cuidado personal sería parte integrante del deber de crianza, en ese sentido RODRIGUEZ PINTO (2010), ob. cit., p.13.

salir del país, además del goce y administración de los bienes y la representación legal del niño, niña o adolescente<sup>29</sup>.

Frente a esta posición, existe un grupo de autores que, basados principalmente en la CDN y en la legislación anglosajona, prefieren utilizar la noción de 'responsabilidad parental'<sup>30</sup>, para conceptualizar: "...aquellos derechos, deberes, poderes, responsabilidades y autoridades que, por ley, tiene un padre o una madre de un niño, en relación al niño y sus bienes"<sup>31</sup>.

En el contexto latinoamericano, tal como destaca la profesora LATHROP GÓMEZ, esta institución va en creciente consolidación<sup>32</sup>; sin embargo, en el caso chileno, la palabra 'responsabilidad' tiene una connotación distinta, faltando además una visión de conjunto de los derechos y deberes de los progenitores o una referencia menos ambigua a esta noción, para poder considerarla como un concepto enteramente aplicable a nuestra legislación<sup>33</sup>.

A favor del concepto de responsabilidad parental, se puede señalar el artículo 224 del CC, en donde se alude a éste al tratar el principio de corresponsabilidad,

---

<sup>29</sup> BAVESTRELLO BONTA (2003), ob. cit., pp. 62-64.

<sup>30</sup> En la doctrina nacional, ya en el año 2005, la profesora LATHROP GÓMEZ utiliza este concepto para referirse a las relaciones parento-filiales en el contexto del cuidado personal, agrupando tanto los aspectos personales como patrimoniales que emanan de este. En ese sentido: LATHROP GÓMEZ (2005).

<sup>31</sup> ESPEJO YAKSIC, Nicolás (2017), "El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental", *Responsabilidad Parental*, Nicolás Espejo y Fabiola Lathrop (Coordinadores), Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, p. 33. El autor a su vez toma esta definición de la *Children Act* anglosajona de 1989.

<sup>32</sup> Una profundización del tema en: LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2017), "Responsabilidad parental en casos de separación. Una mirada a las legislaciones latinoamericanas", *Responsabilidad Parental*, Nicolás Espejo y Fabiola Lathrop (Coordinadores), Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, pp. 147-198.

<sup>33</sup> En ese sentido: TAPIA RODRÍGUEZ (2014), ob. cit., p. 17.

norma que se encuentra en plena armonía con lo señalado en la CDN, en que se habla de: "...las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres" y "...la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño"<sup>34</sup>.

Un argumento de texto, se encuentra en el artículo 36 de la ley 19.947, en que se habla específicamente de responsabilidad al regular los efectos de la separación judicial; esta norma señala textualmente que no se alterarán: *"...los deberes y responsabilidades de los padres separados en relación con sus hijos"*<sup>3536</sup>.

Siguiendo al profesor ESPEJO YAKSIC, se puede señalar que integran la responsabilidad parental los siguientes aspectos: a) cuidado, protección y educación, b) mantenimiento de relaciones personales, c) determinación de la residencia, d) administración de la propiedad, e) representación legal<sup>37</sup>.

Por otro lado, y siguiendo al mismo autor, la responsabilidad parental puede ser comprendida como una serie de relaciones entre progenitores e hijos, las cuales, para su adecuado análisis, serán clasificadas de la siguiente forma: 4.1) Relaciones entre adultos responsables y: a) Los niños, niñas o adolescentes bajo

---

<sup>34</sup> Artículos 5° y 18 de la CDN, respectivamente.

<sup>35</sup> Art. 36 de la ley 19.947.

<sup>36</sup> De acuerdo con la profesora LATHROP GÓMEZ, esta norma expresa uno de los principios fundamentales que gobiernan el ejercicio de la responsabilidad parental, a saber, que ésta no se extingue con la separación judicial o divorcio de los progenitores Cfr. LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2005), ob. cit., p.31.

<sup>37</sup> Cfr. ESPEJO YAKSIC, Nicolás (2017), ob. cit., p.33.

su cuidado, b) Otros adultos y el Estado; 4.2) Relaciones entre los niños, niñas o adolescentes y: a) Los adultos responsables, b) El Estado<sup>38</sup>.

Rescato el concepto de responsabilidad parental y de manera específica esta clasificación, puesto que me permite delimitar de mejor manera las consecuencias jurídicas que conlleva detentar el cuidado personal y también determinar el lugar en que se encuentra la posible acción que es objeto de este trabajo.

#### **4.1) Relaciones entre adultos responsables y:**

**4.1.a) Los niños, niñas o adolescentes bajo su cuidado:** En un sentido estricto, de acuerdo con lo señalado al inicio de este trabajo, el cuidado personal está principalmente referido a los aspectos derivados de la convivencia y el cuidado diario. De esta forma, los deberes de crianza y de educación, además del deber de corregir a los hijos, corresponde a ambos progenitores, lo cual dice perfecta relación con el principio de corresponsabilidad que guía y orienta las relaciones parento-filiales. A pesar de lo anterior, nuestra legislación no establece en la actualidad mecanismos para compeler al otro progenitor a que permita, y no impida, la participación equitativa del progenitor que no tiene el cuidado, como sí ocurre, por ejemplo, con la no entrega del niño, niña o adolescente habiendo sido condenado a aquello, o con la retención de especies, casos en los cuales el artículo 227 del CC permite la aplicación de apremios, mientras que el artículo 66

---

<sup>38</sup> Cfr. Ídem, p.42.

inciso segundo de la LM hace lo propio respecto del derecho-deber de relación directa y regular , norma que se complementa con lo prescrito por el artículo 48 de la misma ley, el cual establece una sanción especial consistente en la “recuperación del tiempo no utilizado” al progenitor que impide su adecuado ejercicio .

Una de las posibles consecuencias que establece la legislación para aquellos casos en que no se cumpla de manera adecuada con los deberes de corrección, crianza y educación, se encuentra en los artículos 2319 y siguientes del CC, normas que establecen distintos supuestos de responsabilidad civil. En términos generales, se puede señalar que en las hipótesis planteadas en los artículos 2319 y 2320 del CC, cuando los progenitores vivan separados, será responsable quien ejerce el cuidado personal, mientras que en el caso del artículo 2321 del CC, pueden ser responsables ambos progenitores, aun cuando vivan separados<sup>39</sup>.

Finalmente, el deber de corrección se encuentra enmarcado en el ámbito del interés superior del niño, excluyéndose toda forma de maltrato o abuso que amenace o afecte gravemente su salud o su desarrollo personal, esto en concordancia con lo establecido en la CDN, y específicamente en los artículos

---

<sup>39</sup> En este sentido: PIZARRO WILSON, Carlos (2017), “La responsabilidad civil de los padres por los daños ocasionados por sus hijos menores”, en *Responsabilidad Parental*, Nicolás Espejo y Fabiola Lathrop (Coordinadores), Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, pp.226-232. De acuerdo con este autor, se hace necesario una adecuación del artículo 2319 del CC, que hace responsable en primer lugar al padre, y luego a la madre, con la finalidad de seguir avanzando en lograr poner en un plano de igualdad a ambos progenitores.

234 del CC y 67 y siguientes de la LTF que establecen el procedimiento de aplicación de medidas de protección por vulneración de derechos.

En conjunto con los deberes ya señalados, corresponde al actual cuidador el ejercicio de la patria potestad, en virtud del artículo 245 del CC, calidad que le otorga, entre otras cosas, el derecho legal de goce sobre los bienes de los hijos y el deber de administración, además de los deberes de representación legal, judicial y extrajudicial de éstos.

En cuanto al progenitor que no tiene el cuidado personal, como ya se ha adelantado en los párrafos anteriores, es igualmente responsable en ciertos aspectos en relación con sus hijos, en ese sentido, además de los reseñados anteriormente, tiene, entre otros, el deber de colaborar en su sostenimiento material, y el derecho-deber de mantener una relación directa y regular con los hijos, además del derecho a autorizar la salida del país de sus hijos, en las hipótesis establecidas en la LM.

**4.1.b) Otros adultos y el Estado:** Dentro de los derechos que tendría el actual cuidador frente a terceros, se encuentra el derecho preferente -entendido como 'privilegio' de acuerdo con esta concepción<sup>40</sup>- a cohabitar con el niño, niña o adolescente y a determinar su residencia. Por lo anterior, en caso de ser privado del cuidado personal, debiese contar con una acción para exigir la entrega inmediata de éste -acción que como se ha señalado no se encuentra consagrada

---

<sup>40</sup> ESPEJO YAKSIC, Nicolás. (2017), ob. cit., pp.42-43

expresamente, pero que la práctica judicial ha hecho parte del catálogo de procedimientos que se pueden ventilar en Tribunales de Familia-. respecto de quien lo tenga bajo su cuidado injustamente, como una prerrogativa que emana precisamente de ese derecho<sup>41</sup>.

Adicionalmente, al tener la representación legal de este niño, niña o adolescente, tal como se ha señalado en el acápite anterior, le permite solicitar autorización al tribunal para salir del país<sup>42</sup>, solicitar alimentos respecto de las personas señaladas en el artículo 321 del CC, además de una serie de facultades en lo relativo a las acciones vinculadas al ámbito de salud<sup>43</sup>.

Finalmente, es en este punto en que el actual cuidador del niño, niña o adolescente se encontraría legitimado activamente para solicitar ante un Tribunal de Familia la declaración del cuidado personal.

#### **4.2) Relaciones entre los niños, niñas o adolescentes y:**

**4.2.a) Los adultos responsables:** En el plano de las relaciones parentofiliales, se puede señalar en términos generales, que aquellos aspectos que constituyen 'deberes' para los adultos responsables son, desde el punto de vista

---

<sup>41</sup> V. gr. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, rol N°86-2010 (Familia), pronunciada con fecha 23 de Julio de 2010.

<sup>42</sup> Artículos 49 y 49bis de la LM.

<sup>43</sup> Ley 20.584, conocida comúnmente como 'Ley de derechos de los pacientes'; a este respecto la profesora SCHMIDT HOTT, señala que resulta paradójal que estando el derecho a la salud y su protección integral incluido dentro del deber de crianza, la ley antes citada haga referencia en una serie de disposiciones al '*representante legal*', lo cual corresponde más bien, a quien ejerce la patria potestad; Cfr. SCHMIDT HOTT, Claudia (2014), "Algunas reflexiones acerca de la ley 20.680 sobre relación parental, con especial referencia a la corresponsabilidad patrimonial: ¡Lo pendiente!", *Revista de Derecho de Familia*, N°1-2014, pp.33-34.

del niño, niña o adolescente 'derechos', por lo cual, al menos en este aspecto, me remito a lo señalado en los epígrafes anteriores.

En conjunto con lo anterior, el artículo 222 del CC establece que “Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres”, deberes que al carecer de acción para exigir su cumplimiento, no pueden ser considerados más que como obligaciones de tipo moral y que quedan enmarcados en el contexto de la crianza, educación y corrección que corresponde a los progenitores<sup>44</sup>.

**4.2.b) El Estado:** Si bien en nuestro país se ha avanzado poco en una regulación sistémica sobre este tema, existen algunas normas dispersas en la legislación que establecen prerrogativas de los niños, niñas y adolescentes frente al Estado, basadas principalmente en su carácter de sujeto de derechos, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las normas que establece la CDN.

En términos generales, se puede señalar que niños, niñas y adolescentes cuentan con los mismos derechos que todas las personas, en razón de su dignidad humana, los cuales son ejercidos por medio de la guía, orientación y representación que ejercen sus adultos responsables, “en consonancia con la evolución de sus facultades”<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Cfr. ESPEJO YAKSIC (2017), ob. cit. p.44.

<sup>45</sup> En los términos del artículo 5° de la CDN.

Existen además ciertas garantías de tipo procesal, establecidas de forma específica para la niñez, reconocidas principalmente en la CDN y en la LTF<sup>46</sup>.

Dentro de estas garantías, se encuentra el derecho a que el interés superior del niño y el derecho a ser oído, tengan una consideración primordial al momento que el tribunal resuelva sobre un asunto sometido a su conocimiento y que afecte sus derechos<sup>47</sup>. Existe también el derecho a ser debidamente representados en dichos procedimientos, que su opinión sea tenida en cuenta y a ser informados en un lenguaje que les resulte comprensible<sup>48</sup>. Por otro lado, en el artículo 74 de la LTF se establece el derecho a que el niño, niña o adolescente no sea separado de sus progenitores, salvo que no exista una medida más adecuada para resguardar sus derechos. Finalmente se establece como una garantía específica para la niñez, el derecho a audiencia con el juez en el marco del procedimiento de aplicación de medidas de protección<sup>49</sup>.

En virtud de lo anterior, podría plantearse que todo niño, niña o adolescente tiene derecho a solicitar al tribunal – encontrándose debidamente representado- que su situación de cuidado se encuentre plenamente establecida; en otras palabras, que exista certeza jurídica respecto de a quién - o a quiénes-, le -o les-

---

<sup>46</sup> El Código Procesal Penal y la ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente, también establecen ciertas garantías de índole procesal, sin embargo por el objetivo de este trabajo, solo haré mención a las que establece la LTF.

<sup>47</sup> Artículos 16 y 69 de la LTF.

<sup>48</sup> Artículos 19 y 72 de la LTF.

<sup>49</sup> Artículo 79 de la LTF.

corresponde ejercer su cuidado, siendo esta una prerrogativa más de los hijos que de sus progenitores. Se volverá sobre este aspecto en el siguiente capítulo.

**CAPÍTULO II: PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE CUIDADO  
PERSONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, A LA LUZ DE LOS  
PRINCIPIOS QUE INSPIRAN EL DERECHO DE FAMILIA Y DE LA INFANCIA  
CHILENO.**

Las profundas transformaciones en el Derecho de Familia y de la Infancia, han significado entre otras cosas, como señala LEPÍN MOLINA<sup>50</sup>, que este pueda ser considerado en la actualidad como un Derecho compuesto más de principios que de reglas<sup>51</sup>, en el cual la protección del cónyuge más débil en materia matrimonial, la igualdad entre los hijos en materia de filiación, el interés superior del niño, el respeto y protección a la vida privada familiar y la mínima intervención del Estado, entre otros, constituyen principios que pueden ser directamente aplicadas por los jueces, que obligan al legislador y cuyo cumplimiento es una exigencia de justicia.<sup>52</sup> BARCÍA LEHMANN señala de forma categórica, refiriéndose al Derecho de la Infancia, que éste exige a los jueces que apliquen

---

<sup>50</sup> Cfr. LEPÍN MOLINA (2017), ob. cit., p.49.

<sup>51</sup> La profesora GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, refiriéndose a la ley 19.585, señala que ésta se trata de una verdadera revolución en el derecho familiar, en cuanto el sistema filiativo actual se basa en una nueva filosofía jurídica, informada por principios, que tiene como su fundamento la Constitución Política y que se encuentra inspirada a su vez en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile. Cfr. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, (2007), *El sistema filiativo chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, p. 35.

<sup>52</sup> En ese sentido, CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999), "El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño", *Justicia y derechos del niño*, N°1, UNICEF, Santiago, Chile, pp.53-54. Así aparece, por ejemplo, en el artículo 3° de la ley 19.947 - se subraya la parte relevante-, el cual señala que: "Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil".

las normas “...sólo en la medida que ellas sean fieles a los principios en que se sustenta el ordenamiento jurídico”<sup>53</sup>.

Por otra parte, la ratificación de distintos tratados internacionales sobre Derechos Humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la CDN, la CADH<sup>54</sup>, la CEDAW<sup>55</sup>, entre otros, ha significado una serie de compromisos por parte del Estado que implican, entre otras cosas, importantes cambios en la legislación interna. En cuanto al Derecho de Familia y de la Infancia, la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido determinante en el desarrollo de nuevos principios, mucho más respetuosos con la dignidad humana, la libertad y la igualdad, que son atributos que corresponden a todas las personas por el solo hecho de ser tales<sup>56</sup>.

Es por lo anterior, que me parece importante que al plantear la posibilidad de una acción declarativa de cuidado personal, se constate su procedencia a la luz de los principios que informan el Derecho de Familia y de la Infancia, y específicamente respecto de aquellos que inspiran la actual regulación del cuidado personal en nuestro país.

---

<sup>53</sup> Agrega este autor, que los principios del Derecho de Infancia determinan de esta manera el ámbito de aplicación de las normas. Cfr. BARCÍA LEHMANN, Rodrigo (2011), *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*, Editorial Thompson Reuters- Punto LEX, Santiago, Chile, p. 370.

<sup>54</sup> Convención Americana Sobre Derechos Humanos, conocida también como “Pacto de San José de Costa Rica”, adoptada en noviembre del año 1969.

<sup>55</sup> Sigla en inglés de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocida también como “Convención de Belém do Pará”, adoptada en 1979.

<sup>56</sup> En ese sentido, DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen (2005), “Los principios que informan el derecho de familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna”, *Revista Chilena de Derecho - Pontificia Universidad Católica de Chile*, vol. 32, núm. 2, mayo-agosto, pp. 211.

## **1) Igualdad en las relaciones familiares y el cuidado personal legal.**

El principio de igualdad en las relaciones familiares busca poner en un plano de igualdad material a los distintos miembros del grupo familiar, en las relaciones que estos guardan entre sí, en sus relaciones frente a terceros y frente al Estado, eliminando todo tipo de trato discriminatorio y que además perjudique el ejercicio de sus derechos<sup>57</sup>. Este principio se expresa de diferentes formas: En primer lugar en la igualdad y no discriminación entre los hijos, siendo principalmente la ley 19.585, la que vino a eliminar toda forma de discriminación en el tratamiento legislativo que se les daba hasta ese momento, en aspectos tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, a los hijos biológicos y adoptivos, nacidos dentro o fuera del matrimonio.

En segundo término, se encuentra el principio de igualdad entre los cónyuges, que tuvo un sustancial avance con las modificaciones introducidas por medio de la ley 18.802, tales como la eliminación de la incapacidad relativa de la mujer casada, y la eliminación de autorizaciones que requería la mujer de parte de su marido para actuar válidamente en materia patrimonial. Esta igualdad entre los cónyuges se expresa en principios como el de protección al cónyuge más débil,

---

<sup>57</sup> Hablo de trato discriminatorio y que además perjudique el ejercicio de sus derechos, puesto que la legislación si admite, en aras de una igualdad material, ciertas discriminaciones calificadas como 'positivas', por cuanto buscan beneficiar a grupos que han sido históricamente postergados, en el reconocimiento y ejercicio de sus derechos y que por tanto, requieren de garantías especiales, para poder ejercerlos en igualdad de condiciones, a saber, niños, niñas y adolescentes, mujeres, migrantes, etc. Este sería el caso, por ejemplo, del principio del interés superior del niño, el principio de protección al cónyuge más débil de la relación matrimonial, el derecho a compensación económica, entre otros.

establecido por la ley 19.947, teniendo en todo caso importante desafíos, como la modificación del régimen de sociedad conyugal, en el cual subsiste la discriminación hacia la mujer, por cuanto se posiciona al marido como jefe y administrador ordinario de dicho régimen.

Finalmente se encuentra la igualdad entre los progenitores, que constituye uno de los principios fundamentales de la ley 20.680, materializado en el principio de la corresponsabilidad, y que se expresa entre otras normas en el artículo 225 inciso tercero del CC, que como ya se ha señalado en varias ocasiones, modifica la regla de atribución legal supletoria, poniendo en un plano de igualdad de condiciones al padre y a la madre frente a los casos de separación y supeditando el cuidado provisorio de los hijos a una circunstancia fáctica como es la convivencia<sup>58</sup>.

En este punto, se puede señalar que de aceptarse la concurrencia de la acción declarativa de cuidado personal no existirían objeciones desde el punto de vista del principio de igualdad; por el contrario, con la ley 20.680, se supera una situación de discriminación existente hasta antes del año 2013 en ese ámbito.

---

<sup>58</sup> Me atrevo a agregar una nueva manifestación del principio de igualdad en las relaciones familiares, a saber, la igualdad en la protección y reconocimiento de las distintas tipologías familiares. Este principio ha sido fundamental en la dictación de la ley 20.830, que introdujo en nuestra legislación el Acuerdo de Unión Civil y que reconoce como familia a parejas constituidas por personas de un mismo o de distinto sexo en situación de convivencia. Falta, no obstante, para la consolidación de este principio, que nuestra legislación permita el acceso a la paternidad o maternidad, ya sea biológica o adoptiva, de forma conjunta para parejas del mismo sexo, y que no es otra cosa que una exigencia del principio de igualdad ante la ley que corresponde todas las personas, con independencia de su orientación sexual.

Lo anterior se explica de la siguiente manera: si hipotéticamente se aceptara que la legislación siempre ha permitido el ejercicio de la acción en estudio por parte del progenitor que detenta el cuidado personal legal, se puede afirmar que antes de la ley 20.680 el padre se encontraba en una situación de desigualdad en relación con la madre, puesto que solo ella era titular de esta acción, al ser la persona a quien la legislación entregaba el cuidado personal en caso de separación de los padres, de manera supletoria.

En consecuencia, si antes de la ley 20.680 el padre se encontraba de hecho cuidando a sus hijos, necesariamente tenía que recurrir a un juicio ordinario y de naturaleza contenciosa, debiendo además probar en este juicio, que “el interés del hijo hacía indispensable”<sup>59</sup> la intervención judicial para atribuir el cuidado personal en su favor, todo lo anterior corriendo el riesgo de que el Tribunal denegara la demanda y, en consecuencia, ordenase devolver el cuidado personal a la progenitora<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Utilizando los términos de la antigua redacción del artículo 225 del CC.

<sup>60</sup> Ahora bien, como muestra LATHROP GÓMEZ, durante largos años la jurisprudencia estimó que en este tipo de juicios era necesario probar la inhabilidad de la madre, tal como se muestra en un estudio exploratorio realizado en Tribunales de Familia de la Región Metropolitana. Con posterioridad al año 2004, con la dictación de la LTF, este proceso fue cambiando gradualmente, siendo la ley 19.968 un paso fundamental para el cambio de mirada hacia la niñez, al consagrar de manera expresa el interés superior del niño, niña o adolescente como uno de sus principios rectores. En tal sentido, tanto la doctrina como algunas sentencias de la Corte Suprema, muestran como la norma de atribución supletoria sufrió una suerte de ‘reconfiguración’, en el sentido que su mantención tenía que ver más con la necesidad de estabilidad en la situación de cuidado personal del niño, niña o adolescente, que con una preferencia legal hacia la madre, lo cual permitió, en muchos casos, que más que probar la inhabilidad materna, se empezara a utilizar el interés superior del niño, niña o adolescente, como norma sustantiva, para fundamentar un cambio de cuidado personal. Un dato que parece interesante mencionar, es que de la totalidad de casos analizados en el estudio llevado a cabo por la profesora antes nombrada, en un 81% de ellos, el tribunal optó por mantener el cuidado personal a favor del solicitante, Cfr. LATHROP

De esta forma, en la actualidad tanto el padre como la madre serían titulares de la acción declarativa de cuidado personal, y el Tribunal, en consecuencia, debiese admitir a tramitación ambas pretensiones jurídicas de la misma manera, procurando tener un trato igualitario al momento de resolver, puesto que además, hipotéticamente, éste solo tendría que constatar la separación física entre los progenitores y la existencia de una situación de convivencia entre quien solicita dicha declaración y sus hijos, sin hacer distinciones relativas al sexo del solicitante.

## **2) Principio de intervención mínima del Estado y autonomía de la voluntad en las relaciones familiares.**

El principio de intervención mínima del Estado es considerado en nuestro país como uno de los nuevos principios que informan el Derecho de Familia y de la Infancia<sup>61</sup>. Este consiste en que el Estado no puede intervenir a través de sus órganos en este grupo humano, en contra la voluntad de la propia unidad familiar, salvo en casos graves y extremos, quedando en consecuencia reducido el ámbito de su competencia a aquellos casos en que las partes no logran resolver sus conflictos de manera pacífica, cuando existe alguna situación de amenaza o

---

GÓMEZ, Fabiola (2013), Cuidado personal y relación directa y regular: estudio exploratorio en los tribunales de familia de la Región Metropolitana, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, pp. 98ss.

<sup>61</sup> En tal sentido: BARCÍA LEHMANN (2011); PINOCHET OLAVE, Ruperto y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2015), "El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIV (Valparaíso, Chile, 1° semestre de 2015), LEPIN MOLINA, Cristian (2014), entre otros.

grave daño a los derechos de uno de sus integrantes<sup>62</sup>, o bien cuando deciden de mutuo acuerdo someter algún asunto familiar a la decisión de un tribunal<sup>63</sup>. En materia de niñez, la CDN da cuenta de este principio, al señalar, entre otras cosas, que: “Los Estados *respetarán* las responsabilidades, los derechos y los deberes de sus padres...”<sup>64</sup>.

Este principio se expresa también en nuestra legislación interna, en normas tales como el artículo 19 n°1 y 19 n°4 de la Constitución, en la garantía de respeto y protección a la vida privada de la familia, que impone, entre otras cosas, un deber de ‘abstención’ por parte del Estado; además se encuentra el artículo 19 n°10 del mismo texto, que consagra el derecho preferente de los padres para educar a sus hijos. Por otra parte, el artículo 74 de la LTF establece la medida de separación del niño o niña de sus padres como norma de *ultima ratio*<sup>65</sup>.

Estrechamente ligado con este principio, se encuentra el principio de la autonomía de la voluntad, que ha ido tomando cada vez más terreno dentro de

---

<sup>62</sup> Ya sea por violencia intrafamiliar o bien por situaciones de vulneración de derechos en el caso de niños, niñas y adolescentes, en ese sentido PINOCHET OLAVE, Ruperto y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2015), ob. cit., pp. 71-72.

<sup>63</sup> Ídem, p.70ss.

<sup>64</sup> Artículo 5° de la CDN, la cursiva es propia.

<sup>65</sup> En tal sentido, los profesores PINOCHET Y RAVETLLAT señalan que existiría una especie de coexistencia entre dos ordenamientos antagónicos en cuanto a la intervención del Estado en las relaciones familiares; a saber, por un lado el deber de abstención del Estado en cuanto a una esfera mínima de privacidad constituida por su libertad e intimidad familiar y personal de sus miembros, y, por otro lado, un rol activo del Estado para garantizar los derechos fundamentales de la persona y su familia, colaborando para la consecución de su bienestar, como también para intervenir en casos excepcionales, resolviendo conflictos de relevancia jurídica entre sus miembros. De esta forma concluyen que: “En definitiva, en el actual sistema, la separación entre lo público y lo privado se difumina y las responsabilidades se comparten, cada vez en mayor medida, entre la familia y los poderes públicos”. Cfr. PINOCHET OLAVE, Ruperto y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2015), ob. cit., pp.74-76.

la legislación familiar en la medida que las sucesivas reformas en esta rama del Derecho han otorgado un mayor ámbito de decisión a los progenitores, que cuentan con variadas herramientas de autocomposición para determinar el contenido de sus relaciones familiares, tales como el acuerdo completo y suficiente en materia de divorcio y separación, la mediación obligatoria, la posibilidad de conciliación y transacción, además la posibilidad de arribar a acuerdos en materia de cuidado personal<sup>66</sup>. Este ha sido además el espíritu de la ley 20.830, por cuanto esta normativa propende a que los progenitores puedan lograr acuerdos, de manera de precaver juicios, evitando las consecuencias negativas que conllevan los procesos judiciales, en medio de una ruptura familiar.

En cuanto a este punto creo que tampoco habría inconvenientes en plantear una acción declarativa de cuidado personal por cuanto es el propio padre o madre quien activa la función jurisdiccional, buscando la declaración de un derecho, no siendo contraria tampoco al espíritu de la ley 20.680, la cual si bien busca evitar la judicialización de estos temas, lo hace principalmente con la finalidad de brindar estabilidad emocional a los hijos, y protegerles de las consecuencias negativas que acarrea la intervención judicial, situaciones que con la acción en estudio no ocurrirían.

Por el contrario, se puede sostener que la intervención del tribunal en estos casos se reduce a brindar claridad respecto de la situación de cuidado, ante la

---

<sup>66</sup> En ese sentido: BARCÍA LEHMANN, Rodrigo (2011), ob. cit., pp. 26-27.

ambigüedad de la norma de atribución supletoria de cuidado personal, que al basarse en una situación fáctica como es la 'convivencia', sin entregar parámetros que permitan delimitar de mejor forma esta noción, ocasiona inestabilidad e incerteza para el niño, niña o adolescente, teniendo en cuenta las importantes consecuencias, tanto para ellos como para los progenitores, que acarrea detentar el cuidado personal, y el conjunto de derechos, deberes y responsabilidades que conlleva, tal como se ha expresado latamente en el capítulo anterior.

### **3) El interés superior del niño y la acción declarativa del cuidado personal.**

El interés superior del niño se ha definido por la doctrina como la plena satisfacción de sus derechos<sup>67</sup> y tiene como objetivo: "...garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño"<sup>68</sup>. De acuerdo con lo señalado por el Comité de Derechos del niño, este concepto presenta una triple dimensión que puede resumirse, en su carácter de: I) Derecho sustantivo de consideración primordial, por sobre otros intereses y que recibe una aplicación directa por los Estados, pudiendo ser invocado, entre otros, ante un Tribunal; II) Principio jurídico interpretativo fundamental: *"Si una disposición jurídica admite más de una*

---

<sup>67</sup> Cfr. CILLERO BRUÑOL (1999), ob. cit., p. 54.

<sup>68</sup> Observación General número 14 (2013), Comité de derechos del niño, p.3. disponible en: [http://www.unicef.cl/web/informes/derechos\\_nino/14.pdf](http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf).

*interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño*<sup>69</sup>; III) Norma de procedimiento: *"Siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados"*<sup>70</sup>.

Partiendo desde esta base, y teniendo en cuenta que el interés superior del niño varía caso a caso y que debe ser siempre ser apreciado en concreto<sup>71</sup>, se pueden plantear distintos puntos de contacto entre este principio y el objeto de estudio.

**3.1) El interés superior del niño y la judicialización de los asuntos familiares:** En primer lugar, frente a la separación de los padres, tanto la estabilidad habitacional y afectiva del niño, niña o adolescente como su integridad emocional, se consideran como argumentos a favor de evitar la judicialización de los casos, además de la gran cantidad de causas que se ventilan anualmente en Tribunales de Familia y la existencia cada vez más abundante de familias monoparentales, en que solo uno de los progenitores ejerce el cuidado personal de sus hijos. De todo esto da cuenta la Historia de la Ley 20.680, tal como se ha

---

<sup>69</sup> Observación General número 14 (2013), p.4.

<sup>70</sup> Ídem.

<sup>71</sup> Ídem, p.5.

indicado en el capítulo anterior<sup>72 73</sup>. No obstante, como también ya se ha adelantado en el epígrafe anterior, la intervención del tribunal en estos casos se reduce a brindar mera certeza respecto de la situación de cuidado, ante la ambigüedad de la norma de atribución supletoria de cuidado personal.

En definitiva, es la legislación la encargada de establecer parámetros más claros y proveer herramientas más adecuadas para evitar recurrir a Tribunales por medio de acciones meramente declarativas; mientras aquello no ocurra es un derecho de los progenitores, y sobre todo del niño, niña o adolescente, tener claridad sobre su situación de cuidado y, en consecuencia, solicitar la intervención de Tribunales.

**3.2) El interés superior del niño como “consideración primordial”:** Un segundo momento en el cual el principio del interés superior del niño se puede encontrar en contacto con la acción en comento, ocurre cuando se ejerce la acción declarativa de cuidado personal, y esta es acogida a tramitación por el Tribunal: ¿Puede la autoridad judicial fijar puntos de prueba o decretar medios probatorios teniendo a acreditar como se satisface en el caso concreto el interés

---

<sup>72</sup> Párrafo 3.3) del presente trabajo.

<sup>73</sup> En ese sentido, se da como ejemplo por RODRIGUEZ PINTO, un estudio realizado en Estados Unidos, en donde se concluye que se deben evitar los juicios contenciosos de los padres, por todos los medios posibles, debido a que en muchos casos, criterios de tipo económico permiten a uno de los progenitores dilatar excesivamente los juicios, en serio perjuicio de los niños, teniendo en cuenta además que quien ejerce el cuidado personal en la actualidad, tiene una ventaja comparativa para el tribunal, por la tendencia existente a mantener el *statu quo* de la situación de cuidado personal de los hijos. Cfr. RODRIGUEZ PINTO, María Sara (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 chileno de familia”, *Revista Chilena de Derecho* [online], v. 36 N°3 pp. 559-560.

superior del niño, yendo más allá de lo solicitado por el peticionario, que es la mera declaración de un derecho?; ¿puede el Tribunal, decretar diligencias como una audiencia reservada o una evaluación pericial con la finalidad de constatar la conveniencia -o no- de que el niño, niña o adolescente se mantenga bajo el cuidado del solicitante, o para conocer la opinión de estos?; ¿De qué forma el tribunal se hará cargo del principio del interés superior del niño, respetando su carácter de 'consideración primordial' al momento de resolver?

En el siguiente capítulo, se analizarán las acciones de mera certeza y se determinará el ámbito de competencia que corresponde al Tribunal de Familia al momento de conocer de este tipo de acciones; no obstante, puedo adelantar que a mi parecer, la función jurisdiccional se activa solo para resolver sobre la pretensión jurídica sometida al conocimiento del Tribunal, por lo cual el procedimiento no podría extenderse a puntos de prueba distintos a los solicitados por el actual cuidador, pero tampoco el Tribunal podría excusarse de resolver el asunto sometido a su conocimiento.

**3.3) El interés superior del niño y la necesidad de establecer certeza jurídica sobre la situación de cuidado:** Más allá de lo anteriormente señalado, en cuanto a la función que cumple el Tribunal en este tipo de acciones, me parece importante insistir en la necesidad de establecer certeza jurídica sobre el cuidado personal para el propio niño, niña o adolescente en su calidad de sujeto de derechos, puesto que en muchos casos los hijos serán objeto de constantes cambios de cuidado por parte de los progenitores, sin regulación alguna, lo cual

los deja en una evidente situación de desprotección frente a terceros y al Estado<sup>74</sup>.

En ese sentido, creo que más que un derecho de los progenitores a que el Tribunal declare quién es la persona que detenta actualmente el cuidado personal, es un derecho de los hijos que se establezca certeza respecto de quién es el adulto al cual corresponde ejercer el cuidado personal, sobre todo si se sigue la opinión del profesor ESPEJO YAKSIC, para quién el cuidado personal es un privilegio para el cuidador a la vez que un derecho para el niño, niña o adolescente.<sup>75</sup>

A mayor abundamiento, planteo las siguientes interrogantes: En las actas de la Historia de la Ley 20.680 se deja constancia que en algún momento se intentó extender el ámbito de aplicación de la regla supletoria de cuidado personal a terceros que en la práctica se encontraban cuidando al niño, niña o adolescente, sin embargo dicha indicación fue desechada; en ese sentido: ¿Pueden los hijos que se encuentren al cuidado de un tercero, solicitar al Tribunal que declare cuál es la persona a quien le corresponde actualmente ejercer su cuidado personal?; o bien, en dicha situación: ¿Pueden estos recurrir al Tribunal para que sea la

---

<sup>74</sup> Inclusive hay autores como la investigadora LAURA PAUTASSI, que consideran el cuidado como un derecho humano, el cual corresponde, en consecuencia, a todas las personas, siendo especialmente relevante en la primera infancia; de ahí que la determinación del actual cuidador sea relevante para su adecuado desarrollo. Ver: PAUTASSI, Laura (2015), "Una cuestión de derechos: el cuidado en la agenda pública en América Latina", *Diversidades familiares, cuidados y migración. Nuevos enfoques y viejos dilemas*. Herminia González Torralbo (Editora). Ediciones Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile.

<sup>75</sup> ESPEJO YAKSIC, Nicolás (2017), ob. cit., p. 21.

instancia jurisdiccional la que determine la persona más idónea para que ejerza su cuidado?, y si el niño, niña o adolescente no está conviviendo ni con el padre ni con la madre, ¿quién tiene entonces su representación legal?, ¿Debe nombrarse un curador *ad-litem* para tal caso?

Lo anterior constituye claramente un vacío en la legislación actual, el cual habiendo sido previsto por los parlamentarios no fue finalmente regulado, desperdiciando una oportunidad inmejorable de establecer parámetros claros que permitieran ir en beneficio de miles de niños, niñas y adolescentes que se encuentran al cuidado de su familia extensa, o incluso de terceros con quienes no comparten lazos sanguíneos, y que requieren que su situación de cuidado quede clara y plenamente establecida.

En consecuencia, me parece mucho más armónico desde un enfoque de derechos, señalar que el derecho a que se establezca claridad sobre el cuidado personal debiese ser entendido como una pretensión jurídica del niño, niña o adolescente dirigida frente al Tribunal, ante la cual su actual cuidador cumple una función de representación legal -con el indudable contenido afectivo que encierran las relaciones parento-filiales, pero que no se puede dar por supuesto<sup>76</sup>-. Lo anterior, aun cuando en la mayoría de los casos, el actual

---

<sup>76</sup> En ese sentido ESPEJO YAKSIC reafirma el hecho de que lo que los progenitores tienen en relación a sus hijos es un deber, en términos tales que la génesis moral o ética de dicha noción se encontraría para el autor, en la satisfacción de las expectativas de amor y cuidado, que se encuentran a la base de las relaciones parento filiales. Cfr. ESPEJO YAKSIC, Nicolás (2017), ob. cit., p. 43.

cuidador tiene interés en que se determine por la autoridad judicial la persona a quién corresponde en definitiva el cuidado personal y sobre todo tiene el derecho subjetivo a ejercer el cuidado personal, en base a la norma de atribución supletoria establecida en el CC.

Lamentablemente, en nuestro país la representación legal sigue cumpliendo una función principalmente tutelar y no una responsabilidad derivada del deber de guía y orientación que corresponde por ley a los progenitores, lo cual queda claro al analizar, por ejemplo, las incapacidades absolutas y relativas establecidas en los artículos 1447 y siguientes del CC, entre otras normas. A mayor abundamiento, en legislaciones como la argentina, la representación legal va de la mano de la autonomía progresiva que caracteriza a niños, niñas y adolescentes<sup>77</sup>, que a medida que avanzan en su ciclo vital van desarrollando madurez, comprensión de sus actos y mayor capacidad de toma de decisiones. Lo anterior se condice de mucha mejor manera con una legislación moderna, que propende a la libertad de los sujetos y al ejercicio de sus derechos por sí mismos<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> En ese sentido, en el actual 'Código Civil y Comercial de la Nación' argentino, recientemente reformado en el año 2014, se establece una norma de capacidad de ejercicio que recoge en su artículo 26, el principio de la autonomía progresiva, al señalar que: "*La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada*". CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (2014) Consultado en: [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo\\_Civil\\_y\\_Comercial\\_de\\_la\\_Nacion.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf).

<sup>78</sup> En ese sentido, BARCÍA LEHMANN, Rodrigo (2011), ob. cit., pp. 374-375.

**3.4) La integración ante ausencia de ley, por medio del principio del interés superior del Niño:** Una última relación entre el principio del interés superior del niño y la acción en comento, surge desde el carácter integrativo que cumplen los principios en la legislación. En ese sentido, se habla de integración cuando los jueces: "...teniendo que conocer y resolver un determinado asunto, se encuentran con que el derecho ha callado acerca de él, y, por tanto, no provee solución jurídica alguna para el mismo"<sup>79</sup>.

En tal caso, plantea el profesor SQUELLA NARDUCCI, se hace obligatorio para la autoridad judicial que conoce del asunto 'llenar' dicha laguna y fallar el caso de que se trate, siendo los principios generales una fuente del Derecho a la cual se puede recurrir para esta labor, puesto que una laguna legislativa, no implica un vacío en la totalidad del ordenamiento jurídico<sup>80</sup>. Este deber proviene del principio de inexcusabilidad, el cual, como es sabido, tiene consagración constitucional y legal en nuestro país<sup>81</sup>.

Por su parte, CILLERO BRUÑOL es claro en señalar que el principio del interés superior del Niño, rector y guía en el Derecho de Familia y de la Infancia implica para el juez que este no 'constituye' soluciones jurídicas desde la nada, sino que con estricta sujeción a los Derechos de la Infancia, cuya plena

---

<sup>79</sup> SQUELLA NARDUCCI, Agustín (2012), *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, p. 664.

<sup>80</sup> Ídem, pp. 664- 665.

<sup>81</sup> Artículo 73 de la Constitución Política de la República y artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales.

satisfacción se identifica con el interés superior.<sup>82</sup> Este principio cumple para el autor principalmente una función hermenéutica y de resolución de conflictos.

Por su parte, GOMEZ DE LA TORRE VARGAS<sup>83</sup> hace también mención al carácter integrativo del principio del interés superior, al igual que LEPÍN MOLINA<sup>84</sup>, entre otros.

Es por tal motivo entonces que, ante la falta de mención expresa y en razón de la competencia que entrega la LTF a los Tribunales de Familia para conocer los asuntos relativos al cuidado personal de niños, niñas y adolescentes, el principio de inexcusabilidad del Tribunal obliga a la autoridad judicial resolver y, por otra parte, el principio del interés superior del niño sirve como una orientación para esta decisión, ante la falta de una regulación legal.

Todo lo anterior implica entonces que el interés superior del niño constituye una respuesta ante la falta de mención expresa de la ley sobre la acción en comento, que pueda llevar a una adecuada resolución por parte del tribunal, en este caso, otorgando certeza jurídica sobre la situación de cuidado personal del niño, niña o adolescente.

---

<sup>82</sup> CILLERO BRUÑOL (1999), ob. cit., pp. 56-57.

<sup>83</sup> GOMEZ DE LA TORRE VARGAS (2007), ob. cit., pp.149ss

<sup>84</sup> LEPÍN MOLINA (2014), ob. cit., p.147.

**CAPÍTULO III: ASPECTOS PROCESALES SOBRE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE CUIDADO PERSONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y CRITERIO JURISPRUDENCIAL.**

**1) Aspectos procesales sobre la acción declarativa o de mera certeza de cuidado personal.**

En este último capítulo corresponde analizar los distintos aspectos procesales de la acción declarativa de cuidado personal. Para tal efecto se examinarán de manera general los elementos constitutivos de la acción y la titularidad del actual cuidador para solicitar al Tribunal la declaración del cuidado personal, analizando de forma específica la acción declarativa, sus características, requisitos y la forma en que ésta ha sido tratada por la doctrina. Finalmente, se darán algunas luces sobre el tratamiento de la jurisprudencia sobre la acción en comento.

**1.1) Definición y elementos del derecho de acción:** Se ha definido el derecho de acción, siguiendo al profesor ROMERO SEGUER, como: "...Un derecho subjetivo público, dirigido al órgano jurisdiccional para obtener la protección de los derechos e intereses legítimos"<sup>85</sup>. Entender la acción como parte de una relación de Derecho Público, de acuerdo con el autor antes citado, implica para el Estado la obligación de conceder amparo judicial al actor, de

---

<sup>85</sup> ROMERO SEGUER, Alejandro (2014) *Curso de Derecho Procesal Civil. La Acción y la protección de los derechos*. Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, p.8.

manera autónoma al derecho material, en donde lo que existe por parte del solicitante es una pretensión de tutela jurídica, un 'derecho al proceso'<sup>86</sup>.

En cuanto a los elementos constitutivos de la acción, ROMERO SEGUEL establece tres: "1°Que exista una causa de pedir, 2°Que concorra la legitimación 3°Que exista la posibilidad de otorgar el *petitum* de la acción deducida"<sup>87</sup>. A continuación se analizan estos tres aspectos.

**1.1.a) En cuanto a la causa de pedir:** En cuanto a la causa de pedir, esta corresponde al fundamento de la acción, el título justificador del derecho<sup>88</sup>. El artículo 177 del CPC lo define como: "el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio". En el caso de la acción en estudio, la causa de pedir está constituida por la convivencia del actor con el niño, niña o adolescente, requisito exigido por la legislación para configurar, a su vez, el cuidado personal de fuente de atribución legal.

**1.1.b) En cuanto a la legitimación:** En este punto se busca dilucidar quién es justa parte en el proceso, es decir, quien tiene la calidad de legítimo contradictor para discutir sobre el asunto sometido a la decisión del tribunal<sup>89</sup>. Quien ejerce la acción será el legitimado activo, y aquel contra quien se ejerce,

---

<sup>86</sup> ROMERO SEGUEL (2014), ob. cit., pp.12ss. El autor cita un fallo pronunciado por la Corte Suprema, con fecha 26 de abril de 2006, que justamente avala esta posición.

<sup>87</sup> Ídem, p.21.

<sup>88</sup> Ídem, p.22.

<sup>89</sup> Ídem, p.32.

el legitimado pasivo. El profesor ROMERO SEGUEL señala como situaciones legitimantes el *status*, el derecho subjetivo, el interés legítimo, entre otras<sup>90</sup>.

En este punto, retomo la discusión planteada en el capítulo anterior<sup>91</sup>, en cuanto a que el niño, niña o adolescente es el principal interesado en que se establezca certeza jurídica sobre su situación de cuidado, por todas las consecuencias que involucra, interés que es compartido en la mayoría de los casos por el actual cuidador, quien, en la práctica, será el legitimado activo para ejercer la acción en estudio.

En otras palabras, progenitores e hijos comparten el 'interés' de que se establezca certeza jurídica sobre la situación de cuidado: por un lado, el niño, niña o adolescente tiene 'interés legítimo' en que su situación de cuidado quede plenamente establecida – dentro del derecho que asiste a todo niño, niña o adolescente a 'ser cuidado'-, mientras que el actual cuidador tiene el 'derecho subjetivo' a ejercer el cuidado personal -por atribución legal- de forma exclusiva, en circunstancias tales que será este último el legitimado activo para ejercer la acción declarativa de cuidado personal.

Donde se puede apreciar más claramente esta distinción es en aquellos casos en que el cuidado personal del niño, niña o adolescente está siendo ejercido en la práctica por un tercero, sin regulación legal -situación que no ha sido tratada por el legislador-: en este caso el niño, niña o adolescente tendría la

---

<sup>90</sup> ROMERO SEGUEL (2014), ob. cit., pp.93ss.

<sup>91</sup> Párrafo 1.3.c) del Capítulo II de este trabajo.

calidad de legitimado activo, puesto que detenta un 'interés legítimo' a que se establezca certeza jurídica sobre su cuidado personal, lo cual, a mi parecer, lo legitima para actuar frente al sistema judicial, encontrándose debidamente representado.

En cuanto al legitimado pasivo de la acción, se pueden plantear al menos dos posibilidades: Si se considera que la declaración del cuidado personal se hará por medio de un procedimiento voluntario, solo será parte del procedimiento el peticionario; por el contrario, si se estima que el procedimiento en el cual se obtiene la declaración del cuidado personal es un procedimiento contencioso, el legitimado pasivo será aquel progenitor que no se encuentra ejerciendo actualmente el cuidado.

**1.1.c) En cuanto a la posibilidad de otorgar lo pedido:** El último elemento del derecho de acción está constituido por la 'accionabilidad', la cual dice relación con la posibilidad que tienen los tribunales de otorgar lo pedido, concediendo la protección jurídica que se solicita, cuando el conflicto promovido pueda ser objeto de dicha protección por medio de una sentencia<sup>92</sup>. En ese sentido, se puede distinguir fundamentalmente entre sentencias constitutivas, declarativas y de condena. Este tercer elemento será analizado en el siguiente párrafo, al analizar las acciones declarativas o de mera certeza.

---

<sup>92</sup> ROMERO SEGUER (2014), ob. cit., p.33.

**1.2) Acciones declarativas o de mera certeza, definición y requisitos para su procedencia:** Se entiende por acciones declarativas, de acuerdo con CHIOVENDRA, aquellas en que el actor: "... no tiende a la realización de su derecho, sino que se limita a pedir que sea declarada la existencia del derecho propio o la inexistencia del derecho ajeno"<sup>93</sup>. Las sentencias que acogen este tipo de acciones son llamadas por el mismo autor 'sentencias de declaración de certeza', o 'de mera certeza'. En ellas el demandante solo quiere saber que su derecho existe y pide en el proceso "certeza jurídica y no otra cosa"<sup>94</sup>, puesto que la certeza jurídica es uno de los principios fundamentales de un Estado de Derecho<sup>95</sup>.

El desarrollo de las sentencias declarativas en nuestra legislación, ha sido principalmente fruto de la jurisprudencia, la cual, a su vez, ha recogido las opiniones de autores clásicos del Derecho Procesal, tales como el propio Chiovendra, Goldschmidt y Carnelutti. La doctrina chilena, por su parte, ha escrito escasamente sobre el tema, existiendo algunos autores que han analizado el asunto, principalmente en materias de Derecho Administrativo y Tributario<sup>96</sup>. En

---

<sup>93</sup> CHIOVENDRA, Giuseppe (1932), "Acciones y sentencias de declaración de mera certeza", en: *Fundamentos del derecho procesal moderno*, Vallefín, Alsina; Vallefín, Carlos A y Alsina, Hugo, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2016, p.2.

<sup>94</sup> Ídem.

<sup>95</sup> UGARTE SOTO, Alfredo y ALONSO DUCCI, Julio (2011), "Las acciones declarativas o de mera certeza ante los tribunales tributarios y aduaneros", en: *Estudios de derecho privado*, Universidad Andrés Bello, Alex Zúñiga Tejos (coord.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, p. 337.

<sup>96</sup> A saber: SOTO KLOSS, Eduardo (2012), *Derecho administrativo: Temas fundamentales*, Editorial AbeledoPerrot - Legal Publishing - Thomson Reuters, Santiago, Chile.

materia de Derecho Privado, han escrito sobre el tema, entre otros, el profesor PEÑAILILLO ARÉVALO y la profesora LATHROP GÓMEZ<sup>97</sup>.

Siguiendo al profesor ROMERO SEGUEL, se puede señalar que las características de la acción declarativa o de mera certeza son las siguientes: a) Por medio de esta acción se busca la constatación de la existencia o inexistencia de una determinada relación jurídica; b) La sentencia debe recaer sobre un 'conflicto jurídico' o 'controversia jurídica actual', o ante una 'posibilidad real de conflicto'<sup>98</sup>; c) Debe acreditarse un interés material, patrimonial o moral en términos tales que justifique la intervención jurisdiccional, en otras palabras debe existir un 'interés jurídico' en la declaración; d) Por medio de esta acción la protección jurídica que se busca, quedará amparada por el efecto de cosa

---

<sup>97</sup> En materia de derecho privado, PEÑAILILLO ARÉVALO ha analizado la acción innominada de dominio, que se encuentra estrechamente relacionada con la acción declarativa. Los argumentos que utiliza para sustentar su concurrencia son el carácter permisivo de las normas de derecho privado, donde rige la autonomía de la voluntad -pudiendo hacerse todo lo que no se encuentre prohibido por ley -; el principio de inexcusabilidad, contenido en el artículo 73 de la Constitución, y algunas normas del Código Orgánico de Tribunales; el autor, agrega que el ordenamiento jurídico no exige que toda pretensión se base en una acción expresamente regulada, bastando que exista un derecho que merezca ser tutelado, en base a lo señalado en el artículo 19 n°24 de la Constitución, y los artículos 915 y 582 del CC. Por su parte LATHROP GÓMEZ, señala que esta acción busca disipar toda duda y eliminar la situación de incertidumbre, debiendo dirigirse contra quien discute tener un derecho sobre la cosa, de menor entidad, o bien para evitar un perjuicio futuro, como sería que un promitente comprador, que finalmente no ha comprado, pretenda poseer la cosa, con miras a ser dueño por prescripción. Ver: LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2011), "Procedencia de la acción meramente declarativa del dominio en el derecho chileno", *Revista Ius et Praxis*, Año 17, N.º 2, pp. 3-24.

<sup>98</sup> En tal sentido, ROMERO SEGUEL cita una sentencia en materia de derecho administrativo, en la cual se señala dentro de sus considerandos: "*Que debe estimarse que dentro de nuestro sistema jurídico es procedente también deducir una acción de mera certeza (...), requiriéndose solamente que existe una posibilidad real de conflicto, como ocurre cuando se manifiesta una opinión que se presente como perjudicial frente a la situación jurídica dentro de la cual se encuentra una persona*" Sentencia de primera instancia, de fecha 27 de Julio de 1995, confirmada por fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 21 de Septiembre de 1998, en ROMERO SEGUEL (2014), ob. cit., p.54.

juzgada; e) Se estima mayoritariamente que este tipo de procedimientos no requiere de una etapa de ejecución.

UGARTE SOTO Y ALONSO DUCCI agregan, dentro de las características de la acción declarativa, que es de aplicación subsidiaria o residual, que requiere que no exista otro remedio legal para inhabilitar, invalidar o discutir en forma directa tal incertidumbre, siendo además, esencialmente preventivo<sup>99</sup>.

No comparto este último planteamiento, puesto que al menos en lo respecta al cuidado personal, la determinación de este implica un juicio ordinario y contencioso, en el cual ambas partes buscar acreditar que se encuentran en mejores condiciones para ejercer el cuidado de acuerdo a los parámetros establecidos en la legislación, principalmente el artículo 225-2 del CC, lo cual implica para ambos progenitores un desgaste emocional, además de tiempo y de recursos, que es justamente lo que busca evitar el legislador por medio de la atribución legal del cuidado personal.

Es por lo anterior que será más acorde al interés superior del niño, niña o adolescente, que el tribunal se remita a declarar el cuidado personal a través de esta acción, sin hacer una evaluación de las condiciones en que se encuentran ambos progenitores; en consecuencia, esta acción no puede ser considerada como subsidiaria o residual de otra acción principal.

---

<sup>99</sup> UGARTE SOTO y ALONSO DUCCI (2012), ob. cit., p. 340.

Siguiendo los criterios establecidos por el autor, en el caso de la acción en estudio, el objeto de la declaración será una relación jurídica presente, que busca resguardar al actor ante una situación futura<sup>100</sup>, la cual, además, tiene un contenido extrapatrimonial, tal como es, el derecho a ejercer el cuidado personal de manera exclusiva, amparándolo, por ejemplo, frente a una eventual privación ilegítima de su derecho. En ese sentido, a falta de una declaración judicial, si el actual cuidador no tiene como acreditar que convive con sus hijos: ¿Cómo podría entonces exigir que le sean devueltos, en caso de ser privado del cuidado personal de estos?

En cuanto al efecto de cosa juzgada que se obtendrá por medio de la sentencia que declare el cuidado personal legal, será el de cosa juzgada formal, por cuanto la propia ley permite que ante un cambio de circunstancias -por ejemplo cambios en cuanto a la situación de convivencia del niño, niña o adolescente con el otro progenitor, muerte del actual cuidador, entre otros- y cuando el interés superior del niño lo haga aconsejable, se pueda solicitar en cualquier tiempo la modificación del cuidado personal, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 225 y siguientes del CC, y las reglas generales de la LTF<sup>101</sup>.

**1.3) Acción declarativa de cuidado personal en la doctrina:** La acción declarativa de cuidado personal es mencionada en gran cantidad de manuales

---

<sup>100</sup> El autor distingue entre aquellas sentencias declarativas que tienen por objeto una relación jurídica, un derecho de obligación, o un derecho potestativo; además, en cuanto la temporalidad, distingue entre una relación pasada, presente, o futura. *Ídem*, p. 9.

<sup>101</sup> En ese sentido también: LEPÍN MOLINA (2014), ob. cit., p.148.

de Derecho de Familia e Infancia, no obstante, con escaso desarrollo y profundización. En cuanto a su recepción por parte de la doctrina, distinguiré para su análisis en dos etapas: una etapa anterior a la ley 20.680 y otra posterior a dicha ley.

**1.3.a) Recepción en la doctrina de la acción declarativa de cuidado personal con anterioridad a la ley 20.680:** En una primera etapa, al tratar este tipo de acción, la doctrina suele hablar de tuición declarativa<sup>102</sup>, describiendo aquella acción que busca una mera declaración del Tribunal sobre el cuidado personal. Algunos autores que la mencionan son BAVESTRELLO BONTÁ, LÓPEZ DÍAZ, GOMEZ DE LA TORRE VARGAS y ORREGO ACUÑA, entre otros, quienes en general se mostraban a favor de su procedencia.

En cuanto a la forma de tramitación de la acción en estudio, de forma previa al año 2004, BAVESTRELLO BONTÁ entendía que esta se llevaba a cabo en la forma señalada por el artículo 34 de la LM, la cual establecía un procedimiento para aquellos asuntos “en que no hay contienda entre partes”<sup>103</sup>. Esta norma fue derogada por la LTF, la cual no estableció ningún procedimiento similar, haciendo aplicables expresamente las normas establecidas por el Libro IV del Código de

---

<sup>102</sup> El antiguo artículo 26 de la LM, regulaba las materias sometidas al conocimiento de los antiguos Juzgados de Letras de Menores, en el numeral 1) utilizaba la expresión ‘tuición’, para referirse a los juicios sobre cuidado personal, lo cual constituye un resabio del paradigma predominante en materia de infancia, del ‘menor en situación irregular’. En tal sentido LATHROP GÓMEZ.

<sup>103</sup> En ese sentido, el artículo 34 de la ley 16618, establecía que: “*En los asuntos de competencia de los Juzgados de letras de menores en que no hay contiendas entre partes, el procedimiento será verbal y sin forma de juicio, pero el juez dictará sus resoluciones con conocimiento de causa*”.

Procedimiento Civil, correspondientes a los actos judiciales no contenciosos<sup>104105</sup>. Dentro de los tipos de asuntos en que no hay contienda entre partes, la autora menciona también la acción de entrega inmediata del niño, niña o adolescente, la cual, como se ha indicado, tampoco se encuentra regulada expresamente por la legislación, pero reviste una gran utilidad práctica. Para la autora antes citada, los medios de prueba a presentar ante el Tribunal eran principalmente un informe de asistente social y un certificado de nacimiento. Agrega, finalmente, que para que la resolución surta efectos, debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento<sup>106</sup>.

Ya con posterioridad a la promulgación de la ley 19.968, LÓPEZ DÍAZ apuesta también por un procedimiento no contencioso<sup>107</sup>.

En el caso de GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, plantea que si bien la tuición declarativa es una figura no regulada por ley, no se encuentra prohibida, y viene en solucionar un vacío legal; de esta forma, se permite que la madre realice una serie de trámites, frente a los cuales puede tener dificultades, al no contar con medios adecuados para acreditar que a ella compete el cuidado personal<sup>108</sup>.

---

<sup>104</sup> De acuerdo con el artículo 102 de la LTF.

<sup>105</sup> Ver BAVESTRELLO BONTA (2003), ob. cit., pp.122-124.

<sup>106</sup> *Ídem*.

<sup>107</sup> LOPEZ DÍAZ, Carlos (2005), *Manual de derecho de familia, tomo II*, Editorial Librotecna, Santiago, Chile, pp. 155-156.

<sup>108</sup> GOMEZ DE LA TORRE VARGAS (2007), ob. cit., pp. 149ss.

ORREGO ACUÑA, por su parte, pone énfasis en la falta de certeza jurídica que entraña para terceros el cuidado personal de atribución supletoria y principalmente la persona a quien corresponde la representación legal; en ese sentido, el autor señala: “Con el actual tenor del aludido precepto, en algunas ocasiones dichos terceros no se encuentran debidamente protegidos, pues el ordenamiento jurídico no les confiere la necesaria certeza jurídica, en orden a si efectivamente es la madre quien detenta la representación legal del menor”<sup>109</sup>.

El autor antes citado distingue, por un lado, entre el cuidado personal convencional y el judicial, y por el otro, el cuidado personal legal, puesto que en el caso de los dos primeros, existen documentos que permiten acreditar frente a terceros la representación legal que manifiesta la madre. Para solucionar el problema, recurre a la existencia de documentos que acrediten la separación de los padres, lo cual, no obstante, no resuelve el tema de fondo, por lo cual ORREGO ACUÑA, propone que se recurra a Tribunales de Familia ejerciendo una ‘acción de tuición declaratoria’<sup>110</sup>.

**1.3.b) Recepción en la doctrina de la acción declarativa de cuidado personal con posterioridad a la ley 20.680:** Con posterioridad a la ley 20.680, GARRIDO CHACANA, LEPÍN MOLINA y más recientemente ILLANES VALDÉS y ACUÑA SAN MARTÍN, se han mostrado a favor de la pertinencia de este tipo

---

<sup>109</sup> ORREGO ACUÑA (2011), “Consideraciones en torno al cuidado personal de los menores y su relación con la patria potestad”, *Estudios de derecho privado, Universidad Andrés Bello*, Alex Zúñiga Tejos (coord.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, p.146.

<sup>110</sup> *Ídem*, p. 153.

de acción, haciendo énfasis en distintos aspectos, pero sin profundizar mayormente en cuanto a su procedencia, salvo la última autora citada.

GARRIDO CHACANA, en primer lugar, insiste en términos similares a LÓPEZ DÍAZ, en la necesidad que esta acción sea ejercida por medio de un procedimiento de tipo no contencioso<sup>111</sup>.

LEPÍN MOLINA, por su parte, hace énfasis en forma similar a la profesora GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, en el carácter integrativo del principio del interés superior del niño, mencionando además el principio de inexcusabilidad, al indicar que si bien el procedimiento de tuición declarativa, así como el de entrega inmediata, no se encuentran expresamente señalados por el legislador, el juez no debiese excusarse de conocer de estos asuntos, puesto que lo que se hace por medio de este procedimiento es “hacer cumplir un mandato legal”<sup>112</sup>.

ILLANES VALDÉS pone énfasis en cuanto a la importancia de acreditar la titularidad del cuidado personal en favor del propio niño, niña o adolescente, considerando principalmente las consecuencias jurídicas que acarrea, y destacando el carácter autónomo de la regla del artículo 225 inciso tercero el CC<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> GARRIDO CHACANA, Carlos (2014) *Cuidado Personal; Relación Directa y Regular, Patria Potestad; y salida del país*, Editorial Metropolitana, Santiago, Chile, p.70.

<sup>112</sup> Así, LEPÍN MOLINA (2014), ob. cit., p.147.

<sup>113</sup> ILLANES VALDÉS (2018), “La autonomía de la regla legal supletoria de cuidado personal establecida en la ley 20.680”, *Estudios de derecho de familia III, Terceras Jornadas Nacionales, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, pp. 293-305.

En tal sentido, ILLANES VALDÉS, señala que previamente a la ley 20.680, la dificultad probatoria era salvada por medio de un certificado de nacimiento, unido a una declaración jurada de la madre, documentos a través de los cuales demostraba estar separada; no obstante, en la actualidad, este medio probatorio no será suficiente. Por otro lado, y recalcando la importancia de esta acción, la autora hace presente que desde el punto de vista estadístico, entre las fuentes de atribución del cuidado personal, será la atribución legal supletoria la regla general, y el acuerdo entre los progenitores o la sentencia, la excepción, de modo que se hace aún más patente la necesidad de contar con medios que puedan dar fe de esta circunstancia<sup>114</sup>.

Finalmente, ACUÑA SAN MARTÍN se hace cargo de la mayoría de los problemas que se han planteado en este trabajo. Primero, en cuanto a la falta de una regla en el caso de terceros distintos de los progenitores, lo que pone al niño, niña o adolescente en una situación de desprotección; por otro lado, la inexistencia de un medio probatorio indubitable de la 'situación de convivencia', además de la carencia de una acepción precisa o única para dicha expresión, entre otras dificultades, todo lo cual muestra la necesidad que exista una acción declarativa que permita solucionar estos problemas; la autora opta por el procedimiento voluntario, haciendo mención, en todo caso, a la oposición de

---

<sup>114</sup> Ídem, pp. 294-298.

cierta parte de la doctrina y de la jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema en este punto<sup>115</sup>.

## **2) Criterio jurisprudencial sobre la acción declarativa de cuidado personal.**

Si bien existe un escaso desarrollo jurisprudencial sobre este tema, la Corte Suprema, a través de distintas resoluciones, ha abordado algunos de los aspectos fundamentales sobre la procedencia de la acción en estudio, los cuales se presentan a continuación de manera separada, para un adecuado análisis.

**2.1) En cuanto a la procedencia de la acción declarativa de cuidado personal:** En la causa rol n°7538-2011, la Corte Suprema falla de manera favorable a la acción en estudio, anulando de oficio una sentencia que no había dado lugar a la acción de cuidado personal declarativo por estimarla 'improcedente'. En ese sentido, la Excelentísima Corte señala en el considerando quinto: *“Que, en el caso sub lite se ha desconocido el derecho a accionar en una materia de estricta competencia de los Tribunales de Familia, la que no se ve alterada por la naturaleza declarativa de la misma, determinada por la circunstancia que invoca la actora en cuanto a que ella detenta el cuidado de la hija, pues ésta requiere demostrar este hecho y los demás presupuestos de su pretensión, independientemente de cuál sea la decisión que, en definitiva, recaiga sobre ésta, afectándose el curso del proceso, al haberse verificado un*

---

<sup>115</sup> ACUÑA SAN MARTÍN (2018), ob. cit., pp. 60-61.

*atentado de la garantía constitucional referida. De otro lado, la determinación del tribunal implica también una violación al principio de inexcusabilidad consagrado en la Carta Fundamental, en su artículo 76 y en el Código Orgánico de Tribunales, artículo 10, pues, en definitiva, él mismo rechaza la intervención reclamada, para la resolución de un asunto entregado por la ley naturalmente a su conocimiento y resolución*<sup>116</sup>.

De la sentencia antes citada, se puede extraer que la Corte Suprema ratifica la procedencia de la acción en estudio, por considerarla dentro de la competencia de los Tribunales de Familia, en concordancia con el artículo 8 N°1 de la LTF, y en base a principios constitucionales como el de inexcusabilidad y la garantía constitucional del debido proceso. Por otro lado, la Corte es enfática en señalar que el Tribunal es competente para conocer este tipo de acciones, aun cuando se trate de una pretensión meramente declarativa.

**2.2) En cuanto al procedimiento aplicable y el legítimo contradictor:** En cuanto al procedimiento aplicable a esta acción, ILLANES VALDÉS hace referencia a dos sentencias de la Corte Suprema que durante el año 2016 rechazaron la procedencia de la acción declarativa de cuidado personal, dando por establecido, de acuerdo con la autora, que la ‘vía no contenciosa’ no es apta para obtener una sentencia declarativa, siendo necesario ejercer la acción bajo

---

<sup>116</sup> Sentencia de la Corte Suprema, pronunciada con fecha 30 de diciembre de 2011, en causa rol n°7538-2011, considerando quinto, la parte subrayada es propia.

el procedimiento correspondiente, a saber, el procedimiento contencioso, debiendo cumplir además con el requisito de mediación previa<sup>117</sup>.

En la primera de las sentencias, la Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en el fondo, confirma lo dispuesto en segunda instancia por la Corte de Apelaciones de Santiago, poniendo énfasis en que, aun reconociendo la existencia de la acción declarativa en materia de cuidado personal, el tipo de procedimiento aplicable a esta acción es el procedimiento contencioso<sup>118</sup>. Así, en el considerando octavo, señala a modo de conclusión que: “...*para obtener el fin perseguido, basta que el demandante deduzca la acción ajustándose al procedimiento ordinario que corresponda...*”<sup>119</sup>.

Por otro lado, y en cuanto al legítimo contradictor en este tipo de procedimientos, correspondería al otro progenitor -en este caso a la madre-. En tal sentido, la Corte Suprema señala: “*El sujeto tiene un interés legítimo en que se esclarezca la cuestión, ya que, eventualmente, sin la declaración judicial, se podría producir algún perjuicio; en este contexto siempre debe haber un sujeto pasivo, que será quien haya desconocido o cuestionado la situación preexistente...*”. A continuación, la Corte indica: “...*debe tenerse a esta última -*

---

<sup>117</sup> ILLANES VALDES (2018), ob. cit., pp. 298 y ss.

<sup>118</sup> En tal sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago ya había señalado en segunda instancia que: “*Tratándose de un asunto contencioso, no obstante haberse deducido como una acción declarativa, se confirma la resolución apelada...*”. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, pronunciada con fecha 11 de noviembre de 2015; citada por: ILLANES VALDES (2018), ob. cit., pp. 299-300.

<sup>119</sup> Sentencia de la Corte Suprema, rol n°37486-2015, pronunciada con fecha 10 de mayo de 2016, considerando octavo; citada por: Ídem, p. 301.

la madre- como legitimada pasiva, desde que debe entenderse que es ella quien ha puesto en duda o ha negado extraprocesalmente dichas circunstancias... ”<sup>120</sup>.

En cuanto a lo señalado por la Corte Suprema, me permito hacer dos comentarios: En primer lugar creo que la sentencia antes citada es relevante, puesto que confirma la procedencia de la acción declarativa de cuidado personal; sin embargo, discrepo en que el procedimiento aplicable para esta acción sea el ordinario, puesto que la propia LTF establece en su artículo 102, un procedimiento específico para el conocimiento de actos judiciales no contenciosos<sup>121</sup>.

En segundo término, la Corte es clara al establecer que existe un interés legítimo en el solicitante, puesto que sin la declaración podría eventualmente producirse un perjuicio al existir otra persona que pueda ‘desconocer’ o ‘cuestionar extraprocesalmente’ la situación de cuidado personal legal; sin embargo, creo que ésta se equivoca al señalar que quien pueda cuestionar esta circunstancia necesariamente sea el otro progenitor, puesto que, extraprocesalmente, cualquier tercero que quiera contratar con el actual cuidador, respecto de los bienes del niño, niña o adolescente podría eventualmente desconocer esta circunstancia. En otras palabras, en casos de

---

<sup>120</sup> Ídem.

<sup>121</sup> En tal sentido, el artículo 102 de la LTF, señala: “El procedimiento aplicable. Los actos judiciales no contenciosos cuyo conocimiento corresponda a los jueces de familia se regirán por las normas de la presente ley y, en lo no previsto en ellas, por el Libro IV del Código de Procedimiento Civil, a menos que resulten incompatibles con la naturaleza de los procedimientos que esta ley establece, particularmente en lo relativo a la exigencia de oralidad”.

separación, el cuidado personal se ejerce de forma exclusiva respecto del otro progenitor –más que ‘contra el otro progenitor’- pero también respecto de toda la sociedad.

La segunda de las sentencias comentadas por la autora es la causa rol n°31170-2016, pronunciada por la Corte Suprema en el año 2016, en la que además de insistir en el carácter contencioso de la acción, se establece que este procedimiento requiere de mediación previa, así, la Corte señala: *“Que los sentenciadores efectuaron una correcta aplicación de la normativa atingente al caso que se trata, sin que exista infracción de las disposiciones mencionadas por la recurrente, atendida la naturaleza contenciosa de la acción deducida, lo que se ratifica por la decisión del legislador de someterla al proceso de mediación previa, de conformidad con el artículo 106 de la Ley 19.968, por lo que no cabe sino concluir que el recurso de casación en el fondo adolece de manifiesta falta de fundamento, motivo por el que no debe prosperar”*<sup>122</sup>.

ILLANES VALDÉS, comentando esta sentencia, concluye que por tratarse de un procedimiento de naturaleza contenciosa, esta pretensión debe ser sometida a mediación previa y el juez no puede admitir la acción declarativa a tramitación sin acompañar un certificado de mediación frustrada<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> Considerando quinto, sentencia de la Corte Suprema, pronunciada con fecha 6 de Julio del 2016, citada en: ILLANES VALDES (2018), ob. cit., pp. 302.

<sup>123</sup> Ídem, p.305.

Tampoco concuerdo con esta postura, puesto que el procedimiento de mediación, como señala el artículo 103 de la LTF, constituye un sistema de 'resolución de conflictos', de modo que no se ajusta en cuanto a su naturaleza a una acción declarativa o de mera certeza; por otro lado, el artículo 106 de la misma ley habla de "interposición de la demanda", concepto que si es tomado en sentido estricto no está referido a los procedimientos no contenciosos, en los cuales la propia ley habla de 'acto judicial' y de 'petición', no de demanda<sup>124</sup>. Por lo anterior, a mi parecer, no se justifica recurrir a una instancia de mediación previa, menos cuando lo que se busca es certeza jurídica respecto de una situación que en la práctica ya existe y en la que no hay conflicto 'actual' que resolver entre los progenitores, sino 'eventual'.

Relacionado con este punto, en un recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en el año 2007, se declara como un 'acto ilegal' no citar al otro progenitor a una audiencia de declaración de tuición y patria potestad, y a la vez se considera como una 'omisión ilegal' que el tribunal no se pronuncie de oficio acerca de la relación directa y regular respecto del progenitor que no tiene el cuidado personal, lo anterior fundándose en el artículo 48 de la LM- Que en la actualidad tiene similar redacción que el artículo 225, inciso sexto del CC<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> Así aparece en los artículos 817 y 826 del Código de Procedimiento Civil, y en el propio artículo 102 de la LTF, antes mencionado.

<sup>125</sup> Considerando sexto, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en Recurso de Protección rol n°67-2007, pronunciada con fecha 3 de mayo de 2007.

Los hechos que motivaron el recurso fueron los siguientes: El demandante se encontraba casado con la demandada -la madre, de nacionalidad alemana-, y tenían dos hijos en común, los cuales estaban bajo el cuidado personal de esta última -cabe señalar que en la fecha del recurso aún estaba vigente la regla de atribución legal materna-. En el mes de diciembre de 2006, la madre obtiene la declaración de cuidado personal de sus dos hijos bajo un procedimiento voluntario, sin que de dicho procedimiento se notifique al padre, quien se encontraba viviendo en Estados Unidos desde octubre de dicho año; como hecho de la causa, se debe consignar, además, que previo al viaje ambos cónyuges se encontraban separados de hecho por violencia intrafamiliar de parte del padre de los niños hacia la madre.

La razón por la cual el padre recurre, es porque en dicho procedimiento no fue emplazado ni notificado legalmente, lo cual trajo como consecuencia que no se fijó un régimen de relación directa y regular, incumpléndose lo ordenado por el artículo 48 de la LM, que obliga al Tribunal a pronunciarse en ese sentido, de oficio o a petición de parte<sup>126</sup>.

Se agrega a lo anterior que la madre de los niños le informa al padre sobre la inminente salida del país en compañía de estos, para radicarse en Alemania,

---

<sup>126</sup> A saber, el artículo 48 inciso segundo de la LM, establece que: “*Si se sometiere a decisión judicial la determinación de la persona a quien corresponderá ejercer el cuidado personal del menor, y no se debatiere la forma en la que éste se relacionará con el padre o madre que quede privado de su cuidado personal, la resolución se pronunciará de oficio sobre este punto, con el mérito de los antecedentes que consten en el proceso*”.

dentro de los próximos días, en circunstancias que, si existiese relación directa y regular, dicha salida requeriría que el padre prestase su consentimiento, de acuerdo con lo señalado en el artículo 49 de la LM.

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt resuelve acogiendo el recurso; en el considerando TERCERO señala: *“Que cabe tener presente al respecto que cuando los padres viven separados -cuyo es el caso- toca a la madre el cuidado personal de los hijos y en ese caso también corresponde que la patria potestad sea ejercida por ella. Sin embargo, cuando se somete a la decisión judicial la determinación de la persona a quien corresponderá ejercer el cuidado personal de un menor y no se debatiere la forma en la que éste se relacionará con el padre o madre que quede privado de su cuidado personal, la resolución se pronunciará de oficio sobre este punto, situación que no ocurrió en la especie, según se constata de la sentencia de 4 de diciembre de 2006, dictada en la causa Rit V-66-2006 traída a la vista.”* En el considerando SEXTO, por su parte, indica: *“Que lo anterior constituye un acto ilegal que afecta la garantía constitucional de la igualdad ante la ley al no citar el tribunal al recurrente para la audiencia de declaración de tuición y patria potestad y al mismo tiempo representa una omisión ilegal al no pronunciarse de oficio respecto de la forma en que se efectuaría la relación directa y regular entre el recurrente y sus hijos, motivo por el cual el presente recurso será acogido”<sup>127</sup>.*

---

<sup>127</sup> Considerandos tercero y sexto, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

En esas circunstancias, la Corte de Apelaciones prescribe que los niños de autos: “...no podrán salir del país mientras no se encuentre fijada la forma en que se efectuará la relación directa y regular con el recurrente, y éste último preste la autorización correspondiente”<sup>128</sup>.

Me permito un par de comentarios: El artículo 48 de la LM, en su inciso segundo, comienza con la frase: “Si se sometiere a decisión judicial la determinación de la persona...”; por su parte el artículo 225 del CC, en su inciso sexto, señala: “Siempre que el juez atribuya...”. ‘Determinar’ y ‘atribuir’ no es lo mismo que ‘declarar’: las dos primeras formas verbales están referidas, a mi entender, a un juicio de naturaleza contenciosa, mientras que la expresión ‘declarar’ está referida a una acción del juez que entrega certeza sobre una situación preexistente, en consecuencia, en un juicio declarativo no debiese regir la norma que obliga al juez a pronunciarse sobre la relación directa y regular, puesto que lo que se somete a fallo del tribunal es la mera declaración de certeza.

La conclusión anterior me parece más lógica, puesto que frente a la separación de los progenitores, como la que se produjo en este caso, es el otro progenitor el interesado en solicitar que se regulara el régimen de relación directa y regular con sus hijos, y no tanto así el actual cuidador; en consecuencia, si el padre no tuvo iniciativa en solicitar dicha regulación, no puede después

---

<sup>128</sup> Ídem.

aprovecharse de que la madre recurrió al tribunal a solicitar una mera declaración de su derecho.

En consecuencia, me parece que la forma en que resuelve la Corte de Apelaciones por medio de una resolución bastante parecida a una medida cautelar innovativa, contiene un elemento de justicia material que subyace a la resolución adoptada, puesto que al encontrarse el padre en Estados Unidos, habría tenido muchísimas dificultades para obtener una regulación para ver a sus hijos si estos se lograban a radicar junto a la madre en Alemania, teniendo en cuenta además el interés superior de estos.

Prueba de lo anterior es que en el considerando primero de la sentencia, se deja constancia que la relatora informa de manera desfavorable el recurso de protección, señalando que en algún momento existió relación directa y regular, pero que esta fue suspendida por la violencia intrafamiliar cometida por el padre en contra de la madre, por lo que aquello que el padre afirmaba no tenía mayor fundamento; no obstante lo anterior, la Corte finalmente concede el recurso, en la forma antes descrita, lo cual muestra la intención de no dejar al padre en la indefensión, ante la dificultad de poder ver a sus hijos, por sobre una estricta aplicación de la ley.

## **CONCLUSIONES.**

1- A partir de lo analizado en las páginas anteriores es posible concluir que en el Derecho chileno la acción declarativa de cuidado personal es plenamente procedente, lo cual se encuentra respaldado tanto por la doctrina mayoritaria, los principios que informan el Derecho de Familia e Infancia, como también por la jurisprudencia; existiendo, no obstante, discrepancias en cuanto al procedimiento a utilizar para obtener dicha declaración.

2- Se ha utilizado en el presente trabajo un concepto restringido de cuidado personal, el cual se ha ido consolidando principalmente con posterioridad a la ley 20.680, la cual al regular el principio de corresponsabilidad parental, propende a una mayor participación por parte del progenitor que no tiene el cuidado personal respecto de los hijos en común, limitando, en consecuencia, los deberes, derechos y responsabilidades que corresponden a quien ejerce el cuidado personal.

3- Se ha hecho mención a la responsabilidad parental como una configuración más moderna y adecuada para entender las diversas relaciones existentes entre progenitores e hijos y también respecto de otros adultos y el Estado.

4- En cuanto a la acción declarativa de cuidado personal, ha sido ubicada en este trabajo dentro de las atribuciones que tiene el actual cuidador frente al Estado y que se ejerce en relación con el otro progenitor, pero que también surte

efecto respecto de terceros que quieran contratar respecto de los bienes del niño, niña o adolescente.

5- En relación con el punto anterior, se ha debatido sobre la persona a quien interesa obtener claridad respecto de la situación de cuidado personal, siendo este tesista de la postura que si bien el progenitor que se encuentra actualmente ejerciendo el cuidado personal, tiene un derecho subjetivo en cuanto al ejercicio del cuidado personal, no es menos cierto que a quien incumbe principalmente y que por tanto cuenta con un 'interés legítimo' en la determinación del cuidado personal es el propio niño, niña o adolescente, lo cual puede ser relevante para considerarlo como legitimado activo para ejercer una acción de cuidado personal cuando se encuentra al cuidado de un tercero. No obstante lo anterior, al contar con un 'derecho subjetivo' a ejercer el cuidado personal, será el progenitor que ejerce el cuidado personal el legitimado activo para accionar.

6- Se han analizado algunos de los principios que informan el Derecho de Familia e Infancia, tales como el principio de mínima intervención del Estado, el principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares, la igualdad entre los progenitores y el del principio del interés superior del niño en sus distintas dimensiones, mostrando cómo todos estos se relacionan con la acción en estudio. De los principios antes citados se puede llegar a la conclusión de que no existe ninguna objeción en cuanto a la procedencia de la acción declarativa, siendo todos ellos favorables a que se establezca certeza respecto de la situación de cuidado, considerando el cúmulo de derechos, deberes y responsabilidades

que involucra el cuidado personal, pero sobre todo con la finalidad de brindar estabilidad habitacional y emocional al niño, niña o adolescente, y certeza frente a terceros, siendo el principio del interés superior del niño, especialmente relevante, en su carácter integrativo e interpretativo, y como norma decisoria en la resolución de conflictos.

7- Respecto de los aspectos procesales de la acción declarativa de cuidado personal, la doctrina es clara en señalar que por medio de esta acción lo que se busca es certeza jurídica y no otra cosa; en consecuencia, en el procedimiento en el que se ejerza esta acción, el Tribunal debe remitirse a establecer la concurrencia de los distintos elementos que configuran la regla supletoria de cuidado personal, sin poder extenderse a otros puntos, como en los procedimientos en que existe contienda entre partes, debiendo entonces probar la convivencia, y la separación corporal de los progenitores, además del vínculo filiativo que es la base del ejercicio de la acción. De esta manera, la acción declarativa de cuidado personal aparece como una acción autónoma, con una fisionomía particular, y que debe ser recibida a tramitación por el Tribunal de Familia, no pudiendo este excusarse de ejercer su autoridad.

8- Finalmente, en lo que dice relación con el procedimiento aplicable, se trata de uno de los puntos más controvertidos de este trabajo, puesto que si bien la doctrina mayoritaria está conteste en que al no existir contienda entre partes, corresponde aplicar el procedimiento no contencioso, recogido expresamente en los artículos 102 y siguientes de la LTF, la jurisprudencia no ha hecho eco de lo

anterior, llegando a exigir incluso que estos asuntos sean llevados a mediación previa, en circunstancias que, como se ha mostrado en páginas anteriores, el requisito de mediación no se condice con la naturaleza de esta acción que lo que busca es meramente establecer certeza respecto de una situación que ya está sucediendo en la práctica, y que además, en la mayoría de los casos, cuenta con la voluntad expresa o tácita del otro progenitor quién se ha mantenido en una total inactividad.

9- En cuanto a lo anterior, creo que existen aspectos de justicia material que apoyan la postura de que este tipo de acción sea tramitada en un procedimiento voluntario y breve, sin necesidad de convertir una mera pretensión de certeza en un juicio contencioso, con todo el desgaste que implica para ambos progenitores, como también para los niños, niñas y adolescentes, insistiendo en que es la legislación la encargada de establecer parámetros más concretos, como también formas más simples de poder acreditar la situación de convivencia frente a terceros.

10- En ese sentido, me atrevo a señalar que si bien la regla de aplicación supletoria constituye un importante avance para nuestra legislación, sería mucho más adecuado que el legislador reconociera expresamente la acción declarativa de cuidado personal o, en su defecto, que estableciera un procedimiento administrativo, el cual exija la sola concurrencia del actual cuidador, para dar por acreditada la 'situación de convivencia', que constituye justamente el supuesto fáctico del cuidado personal legal.

11- Un último desafío legislativo consiste en establecer normas específicas que contemplen la situación de aquellos niños, niñas o adolescentes que en la práctica se encuentran al cuidado de la familia extensa o bien de terceros distintos de la familia, lo cual, como se señaló en este trabajo, fue debatido por los legisladores, pero finalmente no fue considerado en el proyecto aprobado, dejando sin regulación esta situación que afecta a una gran cantidad de niños, niñas y adolescentes que no se encuentran al cuidado de sus progenitores, pero que tampoco cuentan con certeza jurídica respecto de su actual cuidador.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2018), *El cuidado personal de los hijos*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile.

BARCÍA LEHMANN, Rodrigo (2011), *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*, Editorial Thompson Reuters - Punto LEX, Santiago, Chile.

BARCÍA LEHMANN, Rodrigo (2013), “Facultades y derechos compartidos respecto de los hijos: una mirada desde el derecho comparado”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Sección: Estudios, Año 20-Nº 1, pp.21-60.

BAVESTRELLO BONTÁ, Irma (2003), *Derecho de menores*, Lexis Nexis, segunda edición actualizada, Santiago, Chile.

CHIOVENDRA, Giuseppe (1932) “Acciones y sentencias de declaración de mera certeza”, *Fundamentos del derecho procesal moderno*, Vallefín, Alsina; Vallefín, Carlos A y Alsina, Hugo, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2016, pp. 1-40.

CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999), “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño”, *Justicia y derechos del niño*, Nº1, UNICEF Santiago, Chile, pp. 45-62.

DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen (2005), “Los principios que informan el derecho de familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna”, *Revista Chilena de Derecho - Pontificia Universidad Católica de Chile*, vol. 32, núm. 2, mayo-agosto, pp. 205-218.

ESPEJO YAKSIC, Nicolás (2017), “El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental”, *Responsabilidad Parental*, Nicolás Espejo y Fabiola Lathrop (Coordinadores), Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, pp.33-52.

GARRIDO CHACANA, Carlos (2014), *Cuidado Personal; Relación Directa y Regular, Patria Potestad; y salida del país*, Editorial Metropolitana, Santiago, Chile

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2007), *El sistema filiativo chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.

GONZÁLVEZ TORRALBO, Herminia (2015), “Los estudios de familia en Chile. Características y desafíos para el futuro”, *Diversidades familiares, cuidados y migración. Nuevos enfoques y viejos dilemas*. Herminia González Torralbo (Editora). Ediciones Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile, pp. 17-38.

ILLANES VALDÉS, Alejandra (2018), “La autonomía de la regla legal supletoria de cuidado personal establecida en la ley 20.680”, *Estudios de derecho de familia III, Terceras Jornadas Nacionales, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, pp.293-305.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2005), *Cuidado personal de los hijos. Análisis de Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia*, Editorial Punto Lex, Santiago, Chile.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2011), "Procedencia de la acción meramente declarativa del dominio en el derecho chileno", *Revista Ius et Praxis*, Año 17, N.º 2, pp. 3-24.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2013), *Cuidado personal y relación directa y regular: estudio exploratorio en los tribunales de familia de la Región Metropolitana*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2017) "Responsabilidad parental en casos de separación. Una mirada a las legislaciones latinoamericanas", *Responsabilidad Parental*, Nicolás Espejo y Fabiola Lathrop (Coordinadores), Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, pp. 147-161.

LEPÍN MOLINA, Cristian (2014), "Modificación a los efectos de la filiación. Una cuestión de principios", *Revista de Derecho de Familia*, N°1-2014, pp. 139-169.

LOPEZ DÍAZ, Carlos (2005), *Manual de derecho de familia, tomo II*, Editorial Librotecnia, Santiago, Chile.

ORREGO ACUÑA (2011), "Consideraciones en torno al cuidado personal de los menores y su relación con la patria potestad", *Estudios de derecho privado, Universidad Andrés Bello*, Alex Zúñiga Tejos (coord.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, pp. 145-194.

PAUTASSI, Laura (2015). "Una cuestión de derechos: el cuidado en la agenda pública en América Latina", *Diversidades familiares, cuidados y migración. Nuevos enfoques y viejos dilemas*. Herminia González Torralbo (Editora). Ediciones Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile, pp. 91-118.

PINOCHET OLAVE, Ruperto y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2015), “El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIV (Valparaíso, Chile, 1° semestre de 2015), pp. 69-96.

PIZARRO WILSON, Carlos (2017), “La responsabilidad civil de los padres por los daños ocasionados por sus hijos menores”, en *Responsabilidad Parental*, Nicolás Espejo y Fabiola Lathrop (Coordinadores), Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, pp. 223-233.

RODRIGUEZ PINTO, María Sara (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 chileno de familia”, *Revista Chilena de Derecho* [online], v. 36 N°3, pp.545-586.

RODRIGUEZ PINTO, María Sara (2010), *El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo derecho de familia*, Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago, Chile.

ROMERO SEGUEL, Alejandro (2014) *Curso de Derecho Procesal Civil. La Acción y la protección de los derechos*. Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile.

SCHMIDT HOTT, Claudia (2001), “Relaciones filiales personales y patrimoniales”, en: *La Filiación en el nuevo derecho de familia*, Claudia Schmidt Hott y Paulina Veloso Valenzuela. Editorial Cono Sur, Santiago, Chile.

SCHMIDT HOTT, Claudia (2014), “Algunas reflexiones acerca de la ley 20.680 sobre relación parental, con especial referencia a la corresponsabilidad patrimonial: ¡Lo pendiente!”, *Revista de Derecho de Familia*, N°1-2014, pp.29-38.

SOTO KLOSS, Eduardo (2012), *Derecho administrativo: Temas fundamentales*, Editorial Abeledo Perrot - Legal Publishing - Thomson Reuters, Santiago, Chile.

SQUELLA NARDUCCI, Agustín (2012), *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2014), “Comentarios críticos a la reforma de cuidado personal de los hijos (Ley N°20.680)”, *Revista de Derecho de Familia*, N°1-2014, pp. 13-27.

UGARTE SOTO, Alfredo y ALONSO DUCCHI, Julio (2014), “Las acciones declarativas o de mera certeza ante los tribunales tributarios y aduaneros”, *Estudios de derecho privado, Universidad Andrés Bello*, Alex Zúñiga Tejos (coord.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, pp. 337-350.