



FACULTAD DE  
**DERECHO**  
UNIVERSIDAD DE CHILE

**ESCUELA DE POSGRADO**

**PROGRAMA DE MAGISTER EN DERECHO CON Y SIN MENCIÓN**

**INTERPRETACIÓN, ALCANCE Y EFICACIA DE LAS MODIFICACIONES  
INTRODUCIDAS AL CODIGO CIVIL Y OTROS CUERPOS LEGALES POR LA  
LEY N°20.680. HACIA UN CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO EN SEDE  
JUDICIAL**

**Tesis para optar al grado de Magister en Derecho con mención en derecho  
privado**

**NATALIA FRANCISCA SIERRALTA UVA**

**PROFESOR GUÍA:**

**MAURICIO TAPIA RODRIGUEZ**

**SANTIAGO DE CHILE**

**OCTUBRE DE 2019**

## TABLA DE CONTENIDO

<b>RESUMEN</b> .....	7
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	9
<b><u>PRIMERA PARTE REGULACIÓN NORMATIVA DEL CUIDADO PERSONAL</u></b> <b>ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N°20.680</b> .....	14
<b>CAPÍTULO 1 EL CUIDADO PERSONAL</b> .....	14
1.1. Introducción y definición.....	14
1.2. Presupuestos normativos del cuidado personal.....	17
1.2.1. Código Civil.....	17
1.2.2. Tratados Internacionales sobre derechos humanos.....	27
1.3. Alcance de los presupuestos relativos a maltrato, descuido u otra causa calificada, en virtud de lo cual el juez podría entregar el cuidado personal al otro de los padres.....	32
1.4. Atribución legal preferente del cuidado personal a la madre, en estado de separación.....	40
1.4.1. Constitucionalidad de la norma.....	40
1.4.2. Doctrina y jurisprudencia.....	46
<b><u>SEGUNDA PARTE</u>    <b>MODIFICACIONES INTRODUCIDAS A NUESTRO</b></b> <b>CÓDIGO CIVIL Y A OTRAS NORMAS LEGALES MEDIANTE LA</b> <b>PROMULGACIÓN DE LA LEY N°20.680</b> .....	65

**CAPÍTULO 1 ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LAS MODIFICACIONES  
INTRODUCIDAS A NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO POR LA LEY**

20.680.....	65
1.1. Introducción.....	65
1.2. Historia de la ley.....	73
1.2.1. Mociones Parlamentarias.....	73.
1.2.2. Indicaciones Ejecutivo.....	77
1.2.3. Primer Informe Comisión de Familia y discusión en sala.....	78
1.2.4. Segundo Informe de Comisión de Familia.....	85
1.2.5. Senado. Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Discusión en sala.....	89
1.2.6. Segundo Informe Comisión de Constitución del Senado .....	.94
1.2.7. Discusión en sala.....	104
1.2.8. Oficio de Cámara Revisora a Excelentísima Corte Suprema solicitando opinión por establecer un plazo en cuanto al pronunciamiento del cuidado personal por parte del Juez de Familia. ....	111
1.2.9. Discusión en Sala Cámara de Diputados.....	112
1.2.9.1. Comisión Mixta.....	113
1.2.9.2. Discusión en Sala Cámara de Origen.....	122
1.2.9.3. Discusión en Sala Cámara Revisora.....	122

1.2.9.4. Oficio Cámara de Origen al Ejecutivo.....	122
1.3. Objetivos y presupuestos de la Reforma.....	123
1.4. Modificaciones efectuadas al régimen jurídico de cuidado personal.....	124
1.4.1. Regímenes de cuidado personal.....	124
1.4.2. Atribución legal del cuidado personal.....	129
1.4.3. Cuidado personal compartido.....	131
1.5. Del principio de corresponsabilidad parental.....	132
<b><u>TERCERA PARTE</u> ALCANCE, INTERPRETACIÓN Y EFICACIA DE LA LEY N° 20.680, EN CUANTO AL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL, LA ATRIBUCIÓN LEGAL DEL CUIDADO PERSONAL, Y EL REGIMEN JURIDICO DEL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO.....</b>	<b>134</b>
<b>CAPÍTULO 1 PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL....</b>	<b>134</b>
1.1. Introducción.....	134
1.2. Doctrina y jurisprudencia en cuanto al sentido, alcance y aplicación del principio de corresponsabilidad parental. Determinación de problemas interpretativos, de aplicación y de alcance.....	137
<b>CAPITULO 2 ATRIBUCIÓN LEGAL DEL CUIDADO PERSONAL A FALTA DE ACUERDO DE AMBOS PADRES.....</b>	<b>152</b>
2.1. Introducción.....	152
2.2. Atribución legal del Cuidado Personal.....	154
2.2.1.¿Opera de pleno derecho, al verificarse las circunstancias que	

exige la ley al caso concreto?.....	154
2.2.2. ¿Arroja problemas de constitucionalidad?.....	154
2.3. Doctrina y jurisprudencia en cuanto al sentido, alcance y aplicación de la atribución legal del cuidado personal.....	159
<b>CAPITULO 3 CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO.....</b>	<b>168</b>
3.1. Introducción.....	168
3.2. Doctrina y jurisprudencia en cuanto al sentido, alcance y aplicación del cuidado personal compartido.....	169
<b><u>CUARTA PARTE</u> REGULACIÓN JURIDICA DEL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO EN EL DERECHO COMPARADO.....</b>	<b>177</b>
<b>CAPÍTULO 1 UNA MIRADA INTERNACIONAL DEL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO.....</b>	<b>177</b>
1.1. Una mirada internacional .....	177
1.2. Regulación del régimen jurídico del cuidado personal en España.....	178
1.3. Regulación del régimen jurídico del cuidado personal en Argentina.....	181
1.4. Regulación del régimen jurídico del cuidado personal en Francia.....	185
<b><u>QUINTA PARTE</u> PROPUESTAS A EFECTOS DE INTRODUCIR MEJORAS AL ESTATUTO ACTUAL DEL CUIDADO PERSONAL.....</b>	<b>192</b>
<b>CAPÍTULO 1 CONCLUSIONES ANÁLISIS CRITICO.....</b>	<b>192</b>
1.1. Análisis crítico de las modificaciones actuales del Código Civil y	

otros cuerpos legales, a raíz de la entrada en vigencia de la ley N° 20.680.....	192
1.1.1. Principio de corresponsabilidad parental.....	192
1.1.2. Atribución legal del cuidado personal.....	193
1.1.3. Cuidado personal compartido.....	195
<b>CAPÍTULO 2 PROPUESTAS.....</b>	<b>197</b>
2.1. Hacia un cuidado personal compartido, regulado en sede judicial.....	197
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>202</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>204</b>

## RESUMEN

El objetivo general de la presente investigación es el análisis desde un punto de vista normativo, desde la historia de la ley, doctrinario y jurisprudencial, del alcance, interpretación y eficacia, de las reformas introducidas en nuestra legislación, por la entrada en vigencia de la ley 20.680. Se investigará asimismo la evolución de dichas materias en el derecho comparado atinente, a efectos de realizar un estudio crítico del cuerpo legal objeto de esta tesis de postgrado, concluyendo con la propuesta de lineamientos y sugerencias, en cuanto a posibles mejoras, especialmente en lo referente al cuidado personal de los hijos.

La metodología empleada para el desarrollo de esta tesis, será teórica-dogmática. La técnica de investigación será la documental bibliográfica (fichaje).

Primeramente se efectuará un estudio de los elementos y contenido del cuidado personal, pre reforma, tanto en su aspecto doctrinario como jurisprudencial, debatiendo también respecto de temáticas constitucionales, y de principios fundamentales consignados en tratados internacionales sobre derechos humanos.

Posteriormente se analizarán las modificaciones introducidas a nuestro ordenamiento jurídico por la ley N° 20.680, especialmente en lo relativo al cuidado personal y principio de corresponsabilidad parental, tomando en especial consideración los objetivos plasmados en la reforma, de acuerdo a la historia de la ley, y las discusiones parlamentarias.

Una vez realizado lo precedente, la presente investigación se enfocará en los tres puntos de estudio que son: el principio de corresponsabilidad parental, la atribución legal supletoria del cuidado personal, y el cuidado personal compartido, en cuanto a su alcance, interpretación y eficacia, a nivel

doctrinario y jurisprudencial, verificando también su tratamiento en el derecho comparado atingente.

Se concluye así con un estudio crítico de los distintos tópicos abordados, proponiendo lineamientos para garantizar y dotar de eficacia a las normas contenidas en la ley N° 20.680.



## INTRODUCCIÓN

El derecho de familia, en constante evolución, conforme avanzan las sociedades, viene a regular y a normar las relaciones familiares, y a garantizar la debida protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, sujetos que requieren de una especial atención, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en base a su interés superior.

En esta evolución constante, y dentro del marco de los principios de igualdad de los padres, en cuanto al ejercicio de la parentalidad, en pos del interés superior de niños, niñas y adolescentes, se efectúan importantes modificaciones al Código Civil Chileno y a otras normas legales, mediante la promulgación de la ley 20.680, que se publicó en el Diario Oficial con fecha 21 de junio del año 2013. Dichas modificaciones dicen relación con el cuidado personal, el régimen de relación directa y regular y la patria potestad de los padres en relación con sus hijos.

No es de extrañarse, que en la actualidad, los roles de ambos progenitores, han tendido a homologarse, existiendo una nueva generación de padres, que busca tener un rol activo y equitativo, en la crianza de sus hijos, dejándose atrás, en gran medida, las ideas de antaño, referentes a la diferenciación de roles en cuanto al género, surgiendo así la necesidad de regular normativamente, la nueva realidad social.

En este contexto, se promulga la ley 20.680, objeto de estudio de esta tesis de postgrado, surgiendo así, la normativización y consagración, de distintos principios e importantes modificaciones. Se regula normativamente el principio de corresponsabilidad parental, la figura del cuidado personal compartido, el establecimiento de diversos criterios señalados en el artículo 225 número 2 del Código Civil, a efectos de asignar a uno u otro padre, el ejercicio del cuidado personal, la atribución legal del cuidado personal al padre que convive con los hijos en común, el establecimiento de distintos factores a

considerar, para efectos de regular un régimen comunicacional, y la patria potestad a ejercerse por los progenitores.

En este punto, es relevante destacar que diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile, sobre derechos humanos, como la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, y la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ya venían regulando estas materias. Se establece como deber para los estados partes de dichas convenciones, adoptar todas las medidas tendientes a asegurar en condiciones de igualdad, los mismos derechos y deberes como progenitores a hombres y mujeres, considerando en forma primordial el interés superior de los hijos, y asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los niños, siendo su interés superior la consideración primordial.

Ahora bien, desde la promulgación de la ley 20.680 hasta la fecha, la aplicación práctica de las normas contenidas en ella, no ha estado exenta de una serie de problemas interpretativos, que dificultan la comprensión de nuestros Tribunales de Justicia, en cuanto al real alcance de los principios contenidos en ella. Que aquello nos hace cuestionar su eficacia, pues no contempla mecanismos tendientes a garantizar su aplicación, o a exigir su cumplimiento, más aun considerando la complejidad de los temas familiares, el alto nivel de conflicto, presente en las materias debatidas en tribunales de familia, y la baja predisposición de los padres a llegar acuerdos, sin mediar una judicatura que intervenga, al menos en los primeros años pos separación.

Ejemplo de la falta de mecanismos de eficacia, resulta ser la consagración del principio de corresponsabilidad parental, como premisa básica, sin dotarlo de un contenido jurídicamente comprobable, ni de instancias para exigir su cumplimiento. Tal es así que siguen estableciéndose regímenes

comunicacionales, limitados únicamente a un tiempo restringido de visitas, sin injerencia en decisiones relativas a la crianza de los hijos en común. Por otro lado, el cambio de residencia del padre, que detenta el cuidado personal, también resulta ser un obstáculo en el ejercicio de la corresponsabilidad parental, pues aquel de los padres que solo ejerce un régimen comunicacional carente de contenido, en cuanto a la participación activa en la crianza y educación de los hijos en común, ve aún más mermada la posibilidad de vincularse efectivamente con su hijo, pues su tiempo de vinculación solo se restringe a periodos estivales, incentivando con esto, la disputa de los hijos, en largos juicios altamente contenciosos, en que se discute un cuidado personal exclusivo.

Asimismo el establecimiento de la figura del cuidado personal compartido, solo en base al acuerdo de los padres, sin permitir el pronunciamiento de un tribunal al respecto, restringe notoriamente las posibilidades de arribar a un régimen de esta naturaleza. Lo anterior en atención al alto nivel de conflicto pos separación, que podría verse apaciguado mediante la intervención de un tercero imparcial, en este caso, un tribunal, que en base a los antecedentes allegados al proceso, inste a los padres, a llegar a acuerdos, sobre la premisa de un ejercicio efectivo del principio de corresponsabilidad, lo que desincentivaría asimismo la disputa judicial de los hijos, en juicios en los que se discute un cuidado personal exclusivo, única alternativa que existe hoy en día, de no mediar acuerdo.

Finalmente, resulta ser altamente cuestionable, la atribución legal supletoria del cuidado personal, a aquel de los padres que convive con los hijos en común, que operaría a falta de acuerdo, contemplada en el inciso tercero del artículo 225 de nuestro Código Civil, toda vez que su aplicación tampoco ha estado exenta de una serie de inconvenientes, y además, según se explicará, podría ser objetable desde un punto de vista constitucional. Nuestros tribunales

de Justicia, han denegado en varios casos, como se expondrá latamente en esta tesis de postgrado, la declaración judicial de la atribución legal del cuidado personal, entendiendo que no obstante, radicar el legislador de manera provisoria, el cuidado personal, en aquel de los padres que convive con los hijos, de pleno derecho, no es procedente que un tribunal lo declare, toda vez que dicho asunto debe someterse a la tramitación de un procedimiento contencioso. Conviene, en este punto preguntarse, cual es el sentido jurídico de asignar de pleno derecho el cuidado personal, a falta de acuerdo, a aquel de los padres que convive con sus hijos, si es que cuando se solicita que un tribunal lo declare en atención a la norma, dicha judicatura estima que debe discutirse en sede judicial un derecho preexistente, instando al conflicto de los padres.

Volvemos entonces a cuestionarnos, en qué medida la ley 20.680 desincentiva realmente la excesiva judicialización en los asuntos planteados, en razón de que la interpretación de varios de nuestros Tribunales tiende a la prosecución de un proceso altamente contencioso. Además, de qué manera aplica nuestra judicatura los principios declarados y consagrados en dicho cuerpo normativo, a falta de mecanismos de cumplimiento, y la dotación de contenidos jurídicamente comprobables, y finalmente la conveniencia o no, de proponer una instancia judicial para revisar un cuidado personal compartido.

Como señalábamos en la parte introductoria del presente trabajo, al exponer el problema que convoca la realización de esta tesis de postgrado, el derecho de familia, en constante evolución conforme avanzan las sociedades, no puede mantenerse ajeno a la realidad social.

Así, el presente estudio pretende efectuar un análisis desde un punto de vista normativo, desde la historia de la ley, doctrinario y jurisprudencial de la ley 20.680, a efectos de investigar latamente, como nuestra doctrina, y jurisprudencia, han aplicado los nuevos principios y regímenes jurídicos establecidos en el cuerpo legal en comento. A partir de la investigación antes

descrita, el objeto inédito de este trabajo consiste por una parte en efectuar un análisis crítico de la ley 20.680, en cuanto a su interpretación, alcance y eficacia, y al mismo tiempo, como consecuencia de las conclusiones arribadas mediante la investigación realizada, se pretende sugerir ciertos lineamientos de acción, a efectos de aportar positivamente, ideológicamente al menos, a las distintas materias investigadas, tan presentes en las familias al día de hoy.

La justificación del presente trabajo investigativo, para la autora, encuentra su origen, en la práctica especializada como abogado litigante en juicios sobre derecho de familia. La idea de una legislación que avance en pos del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, resulta de suma relevancia, para todas las familias y el país, que guste o no, deben someterse a la decisión de un tribunal, en caso de no mediar mayores acuerdos. Judicatura especializada, que idealmente debiera conocer de un asunto, garantizando la aplicación efectiva de los principios recogidos y consagrados en nuestra legislación. De allí, justamente proviene la importancia de legislar, a través de cuerpos normativos eficaces, que en atención a las garantías tuteladas, y especialmente, a la presencia de menores de edad, permita atender las necesidades de los niños garantizando su debida protección y la de la población en general, de la manera más justa posible, y en equidad.

El análisis de la ley 20.680, en todas las esferas antes descritas, permitirán el cabal entendimiento de los principios y regímenes jurídicos establecidos en la misma, desde un punto de vista doctrinario y práctico, investigación que sin duda, otorgará una visión global, y sugerirá además lineamientos de acción, lo cual me parece de toda relevancia para el desarrollo del pensamiento jurídico, en pos de legislar de manera concordante y eficaz con las nuevas generaciones.

**PRIMERA PARTE REGULACIÓN NORMATIVA DEL CUIDADO PERSONAL**  
**ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N°20.680**

**CAPÍTULO 1 EL CUIDADO PERSONAL**

1.1. Introducción y definición

Antes de la entrada en vigencia de la ley N° 20.680, objeto de estudio de esta tesis de postgrado, la regulación normativa y atribución del cuidado personal, distaba bastante de la regulación actual.

Por definición, y en cuanto a la importancia jurídica y práctica de esta institución, su análisis y aplicación, resulta ser una de las tareas más complejas de abordar, a la época de separación de los padres.

Se le ha definido, de manera genérica haciendo alusión a la crianza y educación de los hijos. De esta manera el antiguo artículo 224 del Código Civil establecía: “Artículo 224. Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos. El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez.”<sup>1</sup>

Claramente este derecho de los padres con relación a sus hijos, va mucho más allá de estas dos funciones parentales, que se establecen en la ley, sin embargo no existía a nivel doctrinal una delimitación clara del mismo.

Irma Bavestrello Bonta, lo describe como: “la crianza, la educación, el establecimiento del hijo, la corrección, y la autorización de salida del país”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Artículo 224 Código Civil Chileno, anterior a la reforma de la ley 20.680, incluye modificaciones introducidas por la Ley 19.585 sobre Filiación.

<sup>2</sup> BAVESTRELLO BONTÁ, Irma (2003), Derecho de Menores, segunda edición actualizada, Santiago de Chile, LexisNexis, pp. 62 y 63

Respecto del carácter genérico del cuidado personal, se pronuncian las profesoras Claudia Schmidt Hott<sup>3</sup> y Fabiola Lathrop Gómez, “Sin embargo compartimos lo afirmado por la profesora SCHMIDT HOT, en cuanto a que este artículo alude a un deber de carácter genérico, que comprende todos los deberes que a ambos padres corresponden respecto de los hijos, responsabilidades que devienen precisamente de la filiación y que deben cumplir teniendo como preocupación fundamental el interés superior del hijo, conforme a lo preceptuado por el artículo 222 inciso segundo del C.C.”<sup>4</sup>

Siguiendo el mismo análisis la profesora Fabiola Lathrop Gómez, en estudio exploratorio de los tribunales de familia de Santiago, llega a la conclusión a partir de los fallos analizados, anteriores a la reforma de la ley 20.680, que no existe un concepto claro y preciso de lo que debe entenderse por cuidado personal, que más bien este último se identifica con la habitualidad en la residencia con los padres, a este respecto “Al parecer, la generalidad de los jueces relaciona el cuidado personal con la idea de que progenitor convive con los hijos y/o hijas, sin determinar mayormente los derechos, deberes y limitaciones que ello conlleva.”<sup>5</sup>

La Excelentísima Corte Suprema, bajo este mismo criterio, en fallo Rol de Corte N° 3469 – 2008, de fecha 29 de julio del año 2008, ha señalado que el cuidado personal dice relación con un deber genérico, sin delimitar claramente los derechos y obligaciones que comprende. Además lo hace símil a la comunidad de vida con los niños, que implica la residencia habitual de padres e hijos. A este respecto: “Dicho concepto, alude a un deber genérico,

---

<sup>3</sup> SCHMIDT HOTT, Claudia y VELOSO VALENZUELA, Paulina (2001) “Relaciones filiales personales y patrimoniales” en la filiación en el nuevo derecho de familia, Santiago de Chile, Conosur. pp. 253.

<sup>4</sup> LATHROP GOMEZ, Fabiola (2005), Cuidado personal de los hijos Análisis de Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia, Santiago, Chile, Editorial PuntoLex S.A, pp 7.

<sup>5</sup> LATHROP GOMEZ, Fabiola (2013), El cuidado personal y la relación directa y regular, Estudio exploratorio en los tribunales de familia de la región metropolitana, Santiago, Chile, Legal Publishing Chile, pp 90.

comprendido de todos aquellos que le corresponden a los padres respecto de sus hijos, responsabilidades que derivan precisamente de la filiación y que deben cumplirse teniendo como preocupación fundamental el interés superior del hijo en conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 222 del Código Civil. Los derechos y deberes que comprende el cuidado personal, presuponen la convivencia habitual entre padres e hijos. En efecto este derecho – función de tener los hijos menores en su compañía, se encuentra indisolublemente ligado a su guarda y custodia, lo que implica una comunidad de vida con estos.”<sup>6</sup>

En idéntico tenor el mismo tribunal, en fallo de fecha 16 de agosto del año 2010: “Cuarto: Que, al efecto, útil es anotar que el artículo 224 del Código Civil, establece que corresponde a los padres, o al padre o madre sobreviviente el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos. Este es un deber genérico, comprendido de todos los que corresponden a los padres respecto de sus hijos, como responsabilidades que derivan precisamente de la filiación y que deben cumplirse teniendo como preocupación fundamental el interés superior del hijo, en conformidad con el inciso segundo del artículo 222 del Código Civil. Los derechos y deberes que comprenden el cuidado personal, suponen una convivencia habitual entre padres e hijos. El derecho - función de tener a los hijos menores en su compañía se encuentra indisolublemente ligado a su guarda y custodia, lo que implica una comunidad de vida con ellos.”<sup>7</sup>

Se entendía entonces el cuidado personal ligado al concepto de educación y crianza, como un derecho deber de carácter genérico, identificable al menos, antes de la entrada en vigencia de la ley 20.680, con la convivencia de los padres con sus hijos, con la residencia habitual, lo que implicaba una

---

<sup>6</sup> Sentencia Excelentísima Corte Suprema de Justicia, de fecha 29 de julio de 2008, en causa Rol de Corte N° 3469 – 2008, considerando quinto y sexto.

<sup>7</sup> Resolución n° 29314 Excelentísima Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta), de fecha 16 de Agosto de 2010, en causa Rol de Corte N° 4307/2010 (Casación), considerando cuarto.



comunidad de vida con ellos, sin mayores especificaciones respecto al contenido y alcance del mismo.

## **1.2. Presupuestos normativos del cuidado personal**

### **1.2.1. Código Civil**

El cuidado personal se encontraba regulado dentro del Código Civil chileno entre los artículos 224 al 228.

Parte el artículo 224 del cuerpo legal en comento señalando que toca de consumo a ambos padres el ejercicio del cuidado personal, en cuanto a lo que hemos venido señalando, respecto de la crianza y educación de los hijos. Indica además la norma, que corresponderá el cuidado personal al padre o madre sobreviviente en su caso.

El ejercicio del cuidado personal entonces, se encontrará radicado en ambos padres, de estar estos últimos conviviendo con los hijos, es decir sin existir estado de separación.

Fabiola Lathrop en relación al ejercicio conjunto del cuidado personal sin mediar separación señala “En situaciones de normalidad, la regla general es el ejercicio conjunto del cuidado personal. Los derechos funciones que este comprende, van desenvolviéndose de manera natural respecto de los hijos, sin que el aparato jurisdiccional deba intervenir.”<sup>8</sup>

Ahora bien, si los hijos solo han sido reconocidos por uno de los padres, este último ejercerá el cuidado personal, y si no han sido reconocido por ninguno de los dos progenitores, el juez de familia deberá determinar la persona que ejercerá el cuidado personal de ese menor.

---

<sup>8</sup> LATHROP GOMEZ, Fabiola (2005), Cuidado personal de los hijos Análisis de Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia, Santiago, Chile, Editorial PuntoLex S.A, pp 11.

En caso de oposición a la determinación de la filiación, la ley contemplaba en el artículo 203 una sanción, consistente en que aquel de los padres que intervino mediante oposición, pierde los derechos que le asisten respecto de ese hijo, debiendo también en este caso, determinar el juez de familia quien será el llamado a ejercer el cuidado personal.

Sabemos entonces, que el cuidado personal se radica en ambos padres, de no mediar estado de separación, situación en la cual no interviene el juez, pues en la conformación de la familia los padres se encuentran unidos.

En este entendido, el asunto cobra relevancia en estado de separación, existiendo al efecto tres escenarios a este respecto, una atribución legal que opera de pleno derecho, una atribución convencional y una atribución judicial.

La atribución legal del cuidado personal, es una atribución preferente, que en la antigua redacción del Código Civil correspondía a la madre. Señalaba el antiguo artículo 225 inciso primero del Código Civil “Artículo 225. Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”.<sup>9</sup>

Se señaló a este respecto por mucho tiempo, por un sector de la doctrina que la existencia de una norma de atribución legal preferente, mitigaría los conflictos entre las partes, e incentivaría a ambos padres a llegar a acuerdos respecto del cuidado personal de sus hijos, sin requerirse de un pronunciamiento adicional. En este sentido la profesora María Sara Rodríguez Pinto “La existencia de una regla de atribución legal del cuidado personal, en el carácter de regla supletoria legal, tiene ventajas desde diversas perspectivas. En primer lugar, la regla reduce la litigiosidad y judicialización de los conflictos entre padres que no han podido ponerse de acuerdo previamente sobre el cuidado de sus hijos. En segundo lugar la regla fomenta los acuerdos entre los padres, que saben que de no llegar a un convenio, la ley ha atribuido la tuición

---

<sup>9</sup> Artículo 225 Código Civil Chileno, anterior a la reforma de la ley 20.680, incluye modificaciones introducidas por la Ley 19.585 sobre Filiación.

de los hijos de una determinada manera, y que tendrán necesariamente que llevar el asunto a juicio, si pretenden otra cosa”.<sup>10</sup>

Ahora bien, la existencia de una atribución legal de esta naturaleza, que radica en la madre el cuidado personal de pleno derecho, más que mitigar y desincentivar la judicialización, me parece que la incentiva, cuestión aparte también tiene que ver la inconstitucionalidad de la norma, que viene a controvertir, según mi criterio, distintas garantías constitucionales, entre estas la igualdad ante la ley. Garantía e igualdad que también se encuentra consagrada en distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, a lo que nos referiremos más adelante, constituyendo en este sentido un deber del estado de Chile garantizar los mismos derechos a hombres y mujeres en el ejercicio del cuidado personal de sus hijos.

La preferencia de un padre sobre otro, en mi opinión, obliga a judicializar el conflicto, de no existir acuerdo, para obtener una custodia exclusiva, dada la inexistencia también de la figura del cuidado personal compartido, que garantiza cierta posición de igualdad entre ambos progenitores.

En este punto, la existencia de esta atribución legal planteada en estos términos, deja desprovisto al otro de los padres, de la posibilidad de tener acceso al cuidado personal de sus hijos, de no mediar intervención judicial o acuerdo. El hecho que se regule de esta forma, lejos de mitigar el conflicto, lo incrementa, y la razón es muy simple, no existe un mecanismo que garantice al otro progenitor, injerencia en la vida de sus hijos, en este estado primigenio pos separación. La norma efectúa una atribución legal preferente, que se entiende regularía una situación de hecho de pleno derecho, y se concluye que con aquello la ley no dejaría este espacio pos separación sin regulación, lo que incentivaría a los padres a llegar a acuerdos, por el hecho de regularse una

---

<sup>10</sup> RODRIGUEZ PINTO, Maria Sara; CORRAL TALCIANI, Hernán (2011) El cuidado personal de niños y adolescentes: en el nuevo derecho chileno de familia, Santiago de Chile, Legal Publishing Chile. pp. 48.

situación jurídica de esta forma, es decir debería existir un gran interés en llegar a acuerdos, porque la ley regula una preferencia hacia la madre.

En este mismo sentido Felipe Harboe, en discusión en sala de la ley 20.680 “Por lo tanto, en mi concepto, la atribución legal preferentemente materna no incentiva la mediación y el acuerdo. Contrariamente a lo que se planteó en algún minuto durante la discusión en la Comisión, en cuanto a que la derogación de dicho beneficio significaría mayor judicialización, cuando en una mediación una de las partes está consciente de que la ley le otorga un derecho preferente respecto de la otra, no existe incentivo alguno para llegar a un acuerdo conciliatorio y para velar por el interés superior del menor.”<sup>11</sup>

La pregunta aquí, resulta ser clara, que interés podría existir, en este caso, en relación con la madre, de suscribir un acuerdo que pudiera atribuir el cuidado personal en el padre, si esta última ya lo tiene de pleno derecho. El único interesado, en este caso, sería el padre que desea mejorar su situación jurídica respecto de sus hijos, a quien se le deja desprovisto de mecanismos de involucramiento en la vida de los mismos, y que necesariamente deberá recurrir a la justicia para el establecimiento judicial de estos últimos, en un sistema que además no contemplaba la figura del principio de corresponsabilidad parental, ni el cuidado personal compartido que incluye la reforma.

El segundo criterio de atribución es el convencional, regulado antiguamente en el inciso segundo del artículo 225 del Código Civil: “No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más

---

<sup>11</sup> Felipe Harboe para Discusión en Sala, Historia de la ley 20.680, pp. 232.

hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.”<sup>12</sup>

Según lo dispuesto en esta norma, es posible que ambos padres, en virtud de la autonomía de la voluntad suscriban acuerdos tendientes a regular la titularidad del cuidado personal.

Se trata de un acuerdo solemne que debe ser suscrito por escritura pública o por acta extendida ante oficial de registro civil, inscrita además dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento.

En cuanto a la inconveniencia de este acuerdo la profesora Claudia Schmidt Hot y Paulina Veloso<sup>13</sup>, han señalado que en este tipo de consensos no se respeta el derecho del niño a ser oído, puesto que no se menciona que en dicho convenio su opinión debe ser considerada, en razón de que se trata de una cuestión que lo involucra directamente, he ahí cierta inconveniencia en el mismo.

En relación con que no se considera en este tipo de consensos, la opinión de niños, niñas y adolescentes, importante es señalar que los legitimados para suscribir este tipo de acuerdos, eran exclusivamente los padres. En este tenor la profesora Maria Sara Rodriguez Pinto: “Las convenciones celebradas al amparo del artículo 225 inciso segundo del Código Civil Chileno exigen el consentimiento del padre y de la madre.”<sup>14</sup>

En cuanto al contenido de esta atribución de carácter convencional existe cierta libertad, en la medida de que se trate de radicar el cuidado personal en

---

<sup>12</sup> Artículo 225 del Código Civil Código Civil Chileno, anterior a la reforma de la ley 20.680, incluye modificaciones introducidas por la Ley 19.585 sobre Filiación.

<sup>13</sup> SCHMIDT HOTT, Claudia y VELOSO VALENZUELA, Paulina (2001) “Relaciones filiales personales y patrimoniales” en la filiación en el nuevo derecho de familia, Santiago de Chile, Conosur. pp. 279 – 280.

<sup>14</sup> RODRIGUEZ PINTO, Maria Sara; CORRAL TALCIANI, Hernán (2011) El cuidado personal de niños y adolescente: en el nuevo derecho chileno de familia, Santiago de Chile, Legal Publishing Chile. pp. 32.

uno u otro de los progenitores, a este respecto la profesora Maria Sara Rodriguez Pinto “En este campo, las posibilidades de convenciones entre los padres son amplias. Los padres podrán convenir que “el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre” (artículo 225). La norma permite volver por convención a cualquiera de las fórmulas que admitió la regla histórica chilena (preferencia materna para la tuición de los hijos de ambos sexos durante la infancia, preferencia paterna para la tuición de los hijos varones a partir de la pubertad, preferencia materna para el cuidado personal de las hijas de toda edad) (antiguo artículo 223). O pactar otras distintas: todos los hijos con la madre hasta determinada edad; todos los hijos con el padre a partir de esa edad.”<sup>15</sup>

En este punto me parece, que no obstante la libertad y autonomía de la voluntad implícita en esta atribución convencional, la suscripción de acuerdos que atribuyan el cuidado personal de los hijos al padre, se ve claramente disminuida por el hecho de existir una atribución legal preferente en la figura de la madre. Entendemos que la única posibilidad de que esto acontezca tiene que ver con una voluntariedad manifiesta de la madre de renunciar a la titularidad del cuidado personal, a efectos de que sea ejercido por el padre, cuestión que no supone un acuerdo en sí mismo, en cuanto a la injerencia de la voluntad del padre, pues este último solo viene en ratificar el criterio adoptado por la madre, en cuanto renuncia a su atribución legal preferente.

El último criterio de atribución del cuidado personal es el judicial, y opera cuando el interés del hijo lo haga indispensable en virtud de maltrato, descuido u otra causa calificada. Prescribía el antiguo artículo 225 inciso tercero del Código Civil: “En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado

---

<sup>15</sup> Ob. Cit. pp. 35

personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.”<sup>16</sup>

Respecto a la hipótesis contemplada en el artículo 225 inciso tercero del Código Civil, la profesora Maria Sara Rodriguez Pinto, efectúa un análisis respecto del principio de interés superior del niño, como criterio determinante a efectos de intervenir atribuyendo el cuidado personal al otro de los padres, lo que debe ser integrado con las causas relativas a descuido, maltrato u otra causa calificada, función discrecional del tribunal que debe respetar dichos criterios, ser razonablemente fundada, y sujetarse evidentemente al marco legal y constitucional vigente. A este respecto señala “En efecto, el razonamiento lógico que la ley exige al juez podría formularse de la siguiente forma: “Si los padres viven separados (supuesto de hecho determinado) a la madre toca el cuidado personal de los hijos (atribución legal determinada); en todo caso (escrutinio judicial de esta atribución) cuando el interés del hijo lo haga indispensable (criterio jurídico indeterminado), sea por maltrato, descuido u otra causa calificada (supuesto fáctico indeterminado), el cuidado personal del niño o adolescente debe pasar al otro de los padres.

El artículo 225 ofrece al juez un criterio factico determinado y una regla determinada; pero también exige al tribunal la integración de un supuesto fáctico indeterminado y de un criterio de atribución determinado. Este proceso de atribución fáctico normativo debería consistir en la subsunción de hechos y de juicios de experiencia y de valor en la norma, conforme a su ratio. En efecto

---

<sup>16</sup> Artículo 225 del Código Civil Código Civil Chileno, anterior a la reforma de la ley 20.680, incluye modificaciones introducidas por la Ley 19.585 sobre Filiación.

esta integración – interpretación teleológica es la operación lógica que el legislador exige al juzgador para conseguir la flexibilidad judicial que auspicia.”<sup>17</sup>

Respecto a la atribución judicial del cuidado personal al otro de los padres, la profesora Fabiola Lathrop: “En caso de crisis matrimonial, la intervención judicial a este respecto, tiene lugar ante la falta de acuerdo de los cónyuges, o en caso de desaprobación del mismo.

El juez deberá entregar el cuidado personal del hijo, a la persona que reúna las mejores condiciones espirituales y materiales para cuidar de él, no importando que se trate del cónyuge culpable de la separación o el divorcio, o que estuvo de mala fe respecto del vicio que invalidaba su matrimonio (ya señalamos que la legislación se encuentra desprovista de prejuicios al respecto)”<sup>18</sup>

Por otro lado el artículo 226 del cuerpo legal en comento permite al juez confiar el cuidado personal a otra persona o personas competentes, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, se preferirá señala la norma a los parientes consanguíneos de grado más próximo y sobre todo a los ascendientes: “Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes.”<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> RODRIGUEZ PINTO, María Sara; CORRAL TALCIANI, Hernán (2011) El cuidado personal de niños y adolescentes: en el nuevo derecho chileno de familia, Santiago de Chile, Legal Publishing Chile. pp. 68-69

<sup>18</sup> LATHROP GOMEZ, Fabiola (2005), Cuidado personal de los hijos Análisis de Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia, Santiago, Chile, Editorial PuntoLex S.A, pp 20.

<sup>19</sup> Artículo 226 del Código Civil Código Civil Chileno, anterior a la reforma de la ley 20.680, incluye modificaciones introducidas por la Ley 19.585 sobre Filiación.



El artículo 42 de la ley de menores, establece las causales de inhabilidad para los efectos contemplados en el artículo 226 del Código Civil. A este respecto indica: “Artículo 42° Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

1° Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;

2° Cuando padecieren de alcoholismo crónico;

3° Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo:

4° Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;

5°. Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;

6° Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;

7° Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.”<sup>20</sup>

Lo anterior quiere decir que concurriendo cualquiera de estas causales en ambos progenitores, se permite al juez confiar el cuidado personal a otra persona o personas competentes.

Como vemos, la intervención judicial se producía en la medida de que existieran ciertos presupuestos legales, que en virtud del interés del niño hagan indispensable otorgar el cuidado personal al otro de los padres, según lo dispuesto en el artículo 225 inciso tercero del Código Civil, o a un tercero en virtud de lo prescrito en el artículo 226. En ambos casos la ley alude a causa calificada referente a conductas de uno o ambos progenitores, configurando en

---

<sup>20</sup> Artículo 42 de la Ley N° 16.618, Ley de Menores.

el caso de ambos padres, causales de inhabilidad física o moral, que impiden respecto de aquellos el ejercicio del cuidado personal sin vulnerar el interés superior del menor.

De lo expuesto puede desprenderse, con meridiana claridad, que según la legislación previa a la entrada en vigencia de la ley 20.680, las posibilidades de injerencia de los padres separados en la crianza y educación de sus hijos era altamente limitada. Primero y naturalmente, por la norma de atribución legal preferente en la figura materna, que desincentiva cualquier acuerdo en un sentido contrario, más aun tomando en consideración la inexistencia en aquel tiempo de la figura del cuidado personal compartido, resultando ser la atribución convencional más que un acuerdo en sí mismo, una renuncia por parte de la madre a su atribución legal preferente cediendo en este caso y voluntariamente al padre el ejercicio del cuidado personal. Y finalmente la intervención judicial restringida únicamente a que el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, en el evento de disputa por el cuidado personal entre ambos padres, o derechamente por inhabilidad física o moral de ambos progenitores, confiando el cuidado personal a un tercero.

Dicho esto es posible concluir que bajo el alero de la legislación antigua no se garantizaba igualdad alguna a los progenitores en dicha calidad, la revisión del cuidado personal por el sistema judicial tenía que ver con la concurrencia de elementos de gravedad como maltrato o causas calificadas, sin ni siquiera entrar analizar cuál de los padres estaría en mejores condiciones o tendría mejores habilidades en su rol, lo anterior no tenía ninguna relevancia. Lo que más se acercaba a un criterio distinto, es la revisión del cuidado personal en virtud del principio de interés superior del niño.

La pregunta es entonces como el estado de Chile daba cumplimiento a lo suscrito y ratificado en diversos tratados internacionales, respecto a las obligaciones contraídas en estos aspectos, y la respuesta resulta ser clara,

sobretudo bajo el alero de la legislación previa, no existía ninguna concordancia y congruencia entre dichos tratados internacionales y la legislación interna.

### **1.2.2. Tratados Internaciones sobre derechos humanos**

Ya se venía anunciando en distintos instrumentos internacionales la debida y especial protección que debía dársele a los niños en su calidad de tal, y la debida garantía de todos sus derechos, por ser sujetos que requieren de una especial protección. Se venía regulando asimismo la igualdad de derechos de los progenitores en lo relativo a la crianza y educación de sus hijos, en miras de una participación equitativa y equivalente.

En este sentido, relativo a la especial protección de los niños y su bienestar, parte la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño con este mensaje: “Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.”<sup>21</sup>

En lo que se refiere al objeto de análisis del presente estudio, la Convención considera niños a todo individuo menor de 18 años salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

---

<sup>21</sup> Mensaje Convención Internacional sobre los derechos del niño.

Se consagra también mediante este instrumento el principio de interés superior del niño que recoge explícitamente nuestra legislación a partir de la entrada en vigencia de la ley N° 19.968 que Crea Los Tribunales de Familia.

Asimismo los estados partes se obligan a respetar y asegurar la aplicación de todos los derechos que consagra la Convención, según lo dispuesto en el artículo 2 del mismo instrumento internacional, que señala:

“1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.”<sup>22</sup>

En lo que se refiere a los derechos de los padres, en cuanto a la crianza y educación de sus hijos, la Convención en su artículo 18 señala claramente que existen para ambos progenitores obligaciones comunes, en cuanto a la crianza y desarrollo de niño, existiendo una posición de igualdad entre ambos padres a este respecto. Establece el artículo 18 de la Convención:

“1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño” .<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Ob. Cit. Artículo 2.

<sup>23</sup> Ob. Cit. Artículo 18.

Continúa el artículo 27 en similar tenor, en el sentido de asignar a ambos padres, o en su ausencia a las personas encargadas, la responsabilidad de proporcionar las condiciones de vida necesarias para el desarrollo del niño:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.”<sup>24</sup>

El mismo criterio de igualdad entre los progenitores, al que venimos refiriéndonos aparece instaurado también en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, reconociéndole expresamente a ambos padres los mismos derechos y obligaciones como progenitores, y los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela y custodia de los hijos. La norma que consagra la igualdad de los padres, en lo que concierne al ejercicio de su labor parental, corresponde al artículo 16 de la citada Convención:

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando

---

<sup>24</sup> Ob. Cit. Artículo 27.

quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;”<sup>25</sup>

Ambos instrumentos internacionales suscritos por el estado de Chile, garantizan igualdad de derechos para ambos padres en relación con sus hijos. Sin embargo la legislación interna, como se ha dicho, estaba lejos de hacer concordante los criterios utilizados con los instrumentos internacionales citados, fundamental y especialmente por la atribución legal preferente a la madre, que se estableció durante mucho tiempo, vulnerando con esto toda condición de igualdad. Existía entonces, un desajuste entre la legislación interna y los tratados internacionales citados, que además versan sobre derechos humanos, desajuste extensivo también a las garantías constitucionales consagradas en el Artículo 19 de la Carta Fundamental, específicamente la igualdad ante la ley con prohibición de discriminación arbitraria.

A este respecto en “Estudio Exploratorio en los Tribunales de Familia en la Región Metropolitana, El cuidado personal y la Relación Directa y Regular”, texto suscrito por doña Fabiola Lathrop, se entrevistó a varios jueces de familia de Santiago, quienes manifestaron en algunos casos que no se debe desatender lo dispuesto en distintos tratados internacionales, ni en la Constitución, debiendo efectuarse una integración de todas las normas con la legislación interna, o incluso excluir o no hacer aplicable normas de la legislación interna, para aplicar lo contenido en diversos tratados internacionales. Así señalan:

“El Juez N° 2 agrega: “(...) La legislación chilena tiene integrada la Convención y la Convención no establece en caso alguno obligaciones o derechos a favor de uno solo de los padres, sino que establece derechos a favor de ambos...Entonces yo he aprobado muchos cuidados compartidos en

---

<sup>25</sup> Artículo 16 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

conciliaciones, porque si tu te vas a la norma 225 o 229, son normas pre ley N° 19.968 y en mi concepto, se tiene que hacer una aplicación, una inteligencia de la ley de manera armónica. La ley N°19.968 introduce principios que hay que tenerlos en consideración (...)

Finalmente, el juez N° 4 ha complementado señalando: “Creo que cuando uno interpreta la ley tiene que interpretarla en su integralidad y cuando hablamos de ley en su integralidad no hablamos solo de 225, sino que hablamos del 224, de la Constitución, del principio de igualdad, del principio de no discriminación y de los tratados internacionales como la Convención de los Derechos del Niño. Por lo tanto, yo puedo efectivamente fundar una sentencia excluyendo o no haciendo aplicable al caso concreto el artículo 225 (...) a propósito de la interpretación de estas normas (...)”<sup>26</sup>

No obstante los criterios de algunos jueces de los que se da cuenta en este estudio exploratorio, en que se reconocen principios consagrados en tratados internacionales y en la Constitución, en los que prevalece la igualdad de los progenitores, “solo en el 20,58 % de los casos se logró modificar la atribución legal”<sup>27</sup> preferente de la madre del cuidado personal, ya sea de manera definitiva y provisoria. Este estudio analiza todas las causas sobre cuidado personal y relación directa y regular con sentencia de término de la Corte Suprema, emitidas entre los años 2007 a 2010.

Como vemos, claramente, existía una discordancia entre los garantizado y preceptuado en los distintos tratados internacionales, con lo dispuesto en la legislación interna, cuestión que en parte, trató de armonizar la promulgación y publicación de la ley 20.680, objeto de estudio de esta tesis de magister, como me referiré más adelante.

---

<sup>26</sup> LATHROP GOMEZ, Fabiola (2013), El cuidado personal y la relación directa y regular, Estudio exploratorio en los tribunales de familia de la región metropolitana, Chile, Santiago, Chile, Legal Publishing pp. 94.

<sup>27</sup> Ob. Cit, pp 95

### **1.3. Alcance de los presupuestos relativos a maltrato, descuido u otra causa calificada, en virtud de lo cual el juez podría entregar el cuidado personal al otro de los padres.**

Como ya veníamos señalando la intervención del juez de familia, antes de la reforma de la ley 20.680 en cuanto al cuidado personal, respecto al cambio de titularidad del mismo, solo se limitaba a los casos contemplados en el artículo 225 inciso tercero del Código Civil, esto es casos relativos a maltrato, descuido u otra causa calificada, que de concurrir, habilitaban al juez para entregar el cuidado personal al otro de los padres.

Habíamos plasmado también la idea de que tal injerencia resultaba ser, en nuestro criterio absolutamente limitada y arbitraria, pues dada la circunstancia per se de la atribución legal del cuidado personal a la madre, el padre en este caso, solo podría tener acceso a la custodia de sus hijos en caso de concurrir faltas graves respecto de la madre, causas que se denominan calificadas, orientadas fundamentalmente a maltrato o descuido.

Ahora bien, resulta clave determinar el alcance de aquella causa calificada para efectos de su cabal entendimiento, resultando ser en la práctica, de acuerdo a estudio exploratorio al que hemos hecho alusión precedentemente, realizado por doña Fabiola Lathrop, una circunstancia sumamente difícil de acreditar para efectos de modificar la titularidad del cuidado personal: “En la revisión de las sentencias de la muestra, se observa que, en la práctica, el inciso primero del artículo 225 de nuestro Código Civil tiene fundamental importancia y aplicación por parte de los jueces. Ellos se sienten “atados” a aplicar esta norma, convirtiéndose la modificación de esta atribución preferente en algo sumamente difícil al exigir probar una efectiva inhabilidad en la madre para ejercer el cuidado personal.

Por otro lado puede aseverarse que este artículo permite una interpretación muy restringida, principalmente su inciso tercero, que permite



alterar la atribución legal si el interés superior del niño, niña o adolescente en cuestión lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada. En efecto, si los jueces interpretaran este inciso de forma más amplia, especialmente esta última causal, podrían modificar el titular del cuidado personal privilegiando al progenitor con mayores habilidades parentales, en virtud del principio del interés superior, de la estabilidad, de la no separación de hermanos, de la coparentalidad y de la corresponsabilidad, bastando para ello la construcción de un razonamiento jurídico sólido en la sentencia; sin embargo, esto no ocurre en la práctica y, como se ha dicho, ni siquiera se nombran o aplican (en un gran porcentaje de las sentencias analizadas) los principios que la doctrina ha desarrollado en materias de Familia e Infancia.”<sup>28</sup>

Efectivamente, concuerdo plenamente con la referida autora en cuanto al limitado ámbito de aplicación de la norma. La atribución legal materna, sumada a la inhabilidad de la madre (generalmente) que debe acreditarse para cambiar la titularidad del cuidado personal, se constituye como una labor sumamente compleja, pues no se apunta a cuál de los dos progenitores estaría en mejores condiciones, mirándolos como iguales, sino que se apunta a acreditar inhabilidades graves.

La práctica judicial no hace otra cosa que demostrar esa dificultad, así se concluye en el estudio que comentamos: “En nuestra muestra, de los 34 casos que versan sobre cuidado personal, en solo el 20,58 % se logró modificar la atribución legal, sea por la atribución definitiva o provisoria de este derecho – función; y en el 64,70 % de los casos analizados ella no se alteró. Precisando por jerarquía de Tribunales, en primera instancia se dictaron 8 sentencias alterando la atribución del inciso primero del artículo 225 del Código Civil,

---

<sup>28</sup> LATHROP GOMEZ, FABIOLA (2013), El cuidado personal y la relación directa y regular, Estudio exploratorio en los tribunales de familia de la región metropolitana, Santiago, Chile, Legal Publishing Chile, pp. 94.

decisión que se mantuvo en la solución final (sentencia de término) en 5 de los casos analizados. En segunda instancia, de los fallos analizados, 8 de ellos alteraron la atribución legal y, al igual que en el caso de las sentencias de primera instancia, esta decisión se mantuvo en la sentencia de término en 5 casos. Por su parte, la Corte Suprema, en 7 casos, estableció la procedencia o conservó la decisión de los Tribunales Inferiores de Justicia y /o de las Cortes de Apelaciones de alterar la regla del inciso citado, que representan finalmente, el 20, 58 % de la muestra. Cabe puntualizar que, en solo 3 de los 7 casos se coincidió en alterar la atribución legal por los tres Tribunales involucrados en la resolución del conflicto.”<sup>29</sup>

Que como aparece de manifiesto, esta causa calificada que exigía la ley para efectos de atribuir el cuidado personal al otro de los padres, en la mayoría de los casos era consecuencia de conductas vulneratorias del adulto responsable, que generalmente era la madre, dada su atribución legal, no resultando tampoco, todas las conductas graves que pudiera ejecutar la madre, del peso suficiente para modificar la titularidad de cuidado personal en este sentido.

Del análisis de los casos en cuestión que se han venido señalando, resulta interesante referirse a los motivos por los cuales el tribunal accedió al cambio de titularidad en el cuidado personal, a saber: “De los 27 casos que en primera instancia, se solicitó por una de las partes el cuidado personal del niño, niña o adolescente involucrado, solo en 5 el tribunal accedió a tal modificación, esgrimiendo como argumento: a) el interés superior del niño, niña o adolescente y su estabilidad (1 sentencia); b) la vulneración de los derechos del niño, niña o adolescente y la falta de protección que el progenitor cuidador le proporcionaba (3 sentencias); c).- las mayores habilidades parentales que poseía el progenitor no cuidador y, por ende, la posibilidad de brindarle mejores condiciones de vida

---

<sup>29</sup> Ob. Cit. pp. 94 - 95.

al hijo o hija en común (1 sentencia). Respecto de los 22 casos en que fue rechazada la solicitud de alteración en la atribución del cuidado personal, los argumentos más empleados fueron: a).-que no se comprobó la existencia de maltrato, descuido u otra causa calificada, tal como lo exige el artículo 225 inciso tercero de Código Civil (8 sentencias); b).- que no se probó inhabilidad del progenitor cuidador en los términos del artículo 225 del Código Civil en relación con el interés superior del niño, niña o adolescente (3 sentencias); c).- que no se probó inhabilidad del progenitor cuidador en los términos del artículo 225 del Código Civil en relación con el artículo 42 de la ley de Menores (2 sentencias), y d).- el interés superior del niño, niña o adolescente (2 sentencias) en general.”<sup>30</sup>

Como podemos observar el razonamiento para denegar el cambio en la titularidad del cuidado personal en la mayoría de los fallos analizados en dicho estudio, dice relación con la ausencia de causa calificada ya sea por la causales de maltrato, descuido u otra causa, ya sea con respecto al interés superior del niño, dejándose relegado a segundo plano y solo en dos sentencias, el interés superior del niño como único motivo para fundar el rechazo.

De lo expuesto es posible desprender que la causa calificada que permitiría modificar la titularidad del cuidado personal, en cuanto se establece de manera genérica, se complementa en menor medida con la conveniencia o no de tal modificación en cuanto al principio de interés superior del niño, y se relacionaría también y necesariamente con las causales de inhabilidad establecidas en el artículo 42 de la ley de Menores, resultando el rechazo solo en virtud del interés superior del niño apreciable en el menor número de casos.

Este último criterio es recogido por la Excelentísima Corte Suprema en fallo de fecha 16 de Agosto de 2010, en que el máximo tribunal modifica el

---

<sup>30</sup> Ob. Cit. pp. 98.

cuidado personal radicándolo en el padre, siendo uno de los pocos casos, en la legislación anterior a la reforma, en que se modifica la titularidad del cuidado personal. A este respecto:

“Séptimo: Que la decisión judicial, de acuerdo a lo previsto en los artículos 225, incisos tercero, 226 y 228 del Código Civil, tiene lugar en las siguientes situaciones: a) cuando el padre o la madre en quien se ha radicado la tuición se los hijos, los maltraten; b) cuando el padre o la madre en su caso, descuide a los hijos; c) cuando respecto de cualquiera de ellos concorra otra causa calificada; d) cuando el padre o la madre hubiere abandonado al hijo; e) cuando a cualquiera de ellos afecta una inhabilitada física o moral. Estas reglas deben relacionarse con el artículo 42 de la ley N°16.618. Si bien el legislador señaló causales específicas en virtud de las cuales es dable modificar la norma legal, también consultó como situación genérica otra causa calificada, es decir, cuando se determine que es conveniente para el niño privar a la madre de su cuidado para entregarlo a otro progenitor o a un tercero.”<sup>31</sup>

Resulta interesante en el análisis del presente fallo, la importancia que la Corte Suprema otorga al niño, como sujeto que requiere de especial protección, entendiendo que más allá de las causales de inhabilidad que pudieran concurrir en la madre, es el interés superior del niño el que debe regir, guiar, y determinar la decisión de juez, y que en el caso en cuestión, ha sido desatendido, de manera tal en que únicamente se descartó la existencia de eventuales inhabilidades en la madre, sin atender lo primordial, que es justamente el interés superior del mayor involucrado, el niño. En este caso el máximo tribunal estima como causa calificada el interés superior del menor. La disgregación es la siguiente:

---

<sup>31</sup> Resolución n° 29314 Excelentísima Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta), de fecha 16 de Agosto de 2010, en causa Rol N° 4307/2010 (Casación), considerando séptimo.

“Undécimo: Que no obstante la trascendencia antes anotada del principio en estudio, cabe destacar que en la especie los jueces del grado no se han hecho cargo en sus motivaciones de la situación del menor -desde la perspectiva de su interés superior- limitándose en sus reflexiones a reconocer por sobre otra consideración el derecho legal de la madre a ejercer el cuidado del hijo, al extremo de limitarse en su análisis sólo al descarte de causales de inhabilidad por parte de la progenitora, para concluir que a ella debe confiarse su cuidado, sin atender a la condición del niño, como sujeto de derecho de especial protección por el legislador.

Duodécimo Que tal proceder desconoce la importancia que dicho principio reviste en la resolución del caso en el que ha debido tenerse en especial consideración la situación del menor el que ha permanecido desde su nacimiento con su padre, con el cual ha generado los vínculos de apego que no ha desarrollado con la madre, bajo cuya custodia se vislumbra desprotección.

Décimo tercero Que, así las cosas, aun cuando en el caso sub lite no se han establecido inhabilidades por parte de la madre para ejercer el cuidado de su hijo, los jueces del fondo debieron considerar el Interés Superior del Menor y en este aspecto las circunstancias reseñadas en el motivo anterior, constituyen causa calificada y suficiente a la luz de lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, para determinar que éste se mantenga bajo el cuidado de su padre, por sobre el derecho que le asiste a su madre en orden a hacerse cargo de su crianza, porque en las particulares condiciones de vida del niño, la satisfacción plena de sus derechos aparece garantizada de mejor manera al lado y bajo el cuidado de su progenitor.”<sup>32</sup>

Que en fallo diverso, del mismo año, de fecha 15 de Marzo de 2010, la Excelentísima Corte Suprema estima que junto al amparo, garantía y protección

---

<sup>32</sup> Ob. Cit, considerando undécimo, duodécimo y decimotercero.

que debe dársele al niño, por ser sujeto de especial protección, concurren en la madre causales de inhabilidad a la luz de lo dispuesto en el artículo 225 del Código Civil, en relación con el artículo 42 de la ley de Menores, estimando que en esta situación y en virtud asimismo del interés superior del niño, también el padre resulta ser mejor garante en cuanto al cuidado del menor. Resulta interesante en este caso, la lectura que efectúa la Corte de la atribución legal del cuidado personal en la persona de la madre, identificándola como hemos venido señalando, como la norma general que solo puede ser modificada en caso de concurrir causa calificada. A este respecto:

“Décimo: Que en el caso de autos, los sentenciadores han establecido la inhabilidad de la madre para detentar el cuidado personal de su hija, configurándose el presupuesto legal que permite alterar la regla general en esta materia, de lo que se evidencia que los planteamientos de la recurrente se sustentan en una base fáctica diferente a la establecida en la sentencia atacada, pretendiendo asentar hechos distintos, olvidando de esta manera que la ponderación y la apreciación de los distintos elementos de juicio allegados al proceso corresponde a una facultad privativa de los jueces del grado y que se agota en las respectivas instancias del juicio, salvo que en su determinación los sentenciadores hayan incurrido en infracción a las normas de la sana crítica, lo que no se advierte del estudio de los antecedentes.

Undécimo: Que en otro orden, cabe consignar que la decisión de los sentenciadores aparece fundada en el respeto al interés superior de la menor, desde que conforme los antecedentes que se han establecido, aparece que el desarrollo de la niña parece mejor resguardado, con el cuidado y protección que le brindan su padre y madre de éste, a fin de consolidar una situación de estabilidad emocional y afectiva necesaria para su desarrollo integral y que atendidas las circunstancias de vida de la niña, sólo pueden verificarse en el hogar paterno; lo que constituye causa calificada y suficiente a la luz de lo

dispuesto por el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, para determinar que la menor, se mantenga bajo el cuidado de su padre y abuela paterna.”<sup>33</sup>

Con relación a las causales de inhabilidad, identificadas generalmente desde el punto de vista del adulto, y no así respecto del niño opina la juez de familia Gloria Negroni, para el Primer Informe de la Comisión de Constitución para el Senado, conforme la Historia de la Ley 20.680. Indica que a lo que atiende es a las faltas imputables a alguno de los padres, más que al interés superior del niño, lo que resultaba ser errado. Comparto plenamente esta opinión:

“Lamentablemente, la mirada adultizada o adultizante, desde la protección de los niños como objetos más que como sujetos de derecho, aún prevalece. En una justicia que ha dado pasos trascendentes por avanzar hacia la protección integral de los derechos y abandonar el paradigma de la situación irregular, se mantienen compartimentos estancos y es así como, a pesar que en materia de cuidado personal el propio artículo 225 del Código Civil establece que cuando el interés del hijo lo haga indispensable, ya sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, se podrá entregar el cuidado personal del hijo al otro padre, dicha norma no se interpreta en el sentido del mejor interés del niño, sino desde las habilidades del adulto. En los pocos casos en que se intenta modificar el cuidado personal en virtud de las causales mencionadas, lo que se cuestiona, se trata de probar y acreditar y lo que se continua valorando por nuestros tribunales superiores, pues así lo indican reiteradamente las sentencias que tocan estos temas, es precisamente la habilidad o inhabilidad de la madre o del padre para ejercer el cuidado del hijo. Tal es así que el hijo, su opinión, o con cuál de los padres el niño pueda ver garantizados sus derechos,

---

<sup>33</sup> Resolución n° 7607 Excelentísima Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta), de fecha 15 de Marzo de 2010, en causa Rol N° 459/2010 (Casación), considerando décimo y undécimo.

incluso aquel referido a poder tener contacto regular y directo con el otro padre, pasa a un plano bastante más relegado a la hora de decidir.”<sup>34</sup>

#### **1.4. Atribución legal preferente del cuidado personal a la madre, en estado de separación.**

##### **1.4.1. Constitucionalidad de la norma**

La norma general en materia de cuidado personal, previo a la reforma que estudiaremos más adelante, era que aquel será detentado en exclusivo por la madre en estado de separación, de no existir convención entre las partes, o causa calificada que permita el cambio de titularidad como lo hemos señalado precedentemente, en que se autoriza la intervención judicial. Su consagración legal encontraba su sustento normativo en el artículo 225 inciso primero del Código Civil.

La redacción final de esta normativa fue fijada por la “ley N° 19.585 de 1998, dejando, esta vez, sin distinción de sexo, a todos los hijos menores bajo el cuidado materno.”<sup>35</sup>

Como ya veníamos señalando dicha norma constituía la regla general, y respondía también supuestamente a una práctica social, en virtud de la cual resultaba ser la madre quien quedaba al cuidado de los hijos pos separación. “Según consta en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 20 de noviembre de 1996, los legisladores señalaron que, a falta de acuerdo, sea porque no existe o porque no consta en la forma señalada, la madre tiene el cuidado personal de los hijos

---

<sup>34</sup> Historia de la ley 20.680, Primer Informe Comisión de Constitución, pp. 272-273.

<sup>35</sup> LATHROP GOMEZ, Fabiola (2010) “Constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil Chileno” *Revista Ius et Praxis*, Volumen 2, N° 1, Universidad de Talca, pp 150.



menores. Estableciéndose, además, que la radicación legal del cuidado de los hijos, si no hay acuerdo, evita numerosas dificultades y responde a la práctica, que demuestra que lo más frecuente es que sea la madre la que lo asuma cuando los padres no viven juntos.”<sup>36</sup>

La pregunta clave en este punto, dice relación con la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma, en cuanto afecte en primer término la garantía constitucional de igualdad ante ley, garantía que además, y como se ha dicho ha sido establecida en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, y en específico en cuanto a los deberes de crianza y educación de los hijos en la Convención sobre los derechos del niño y en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Como primera aproximación hacer presente que si la Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante la ley con prohibición de diferencias arbitrarias, y que hombres y mujeres son iguales ante la ley, no se vislumbra la razón por la cual debe ser la madre quien detente el cuidado personal de los hijos de pleno derecho. La diferencia en este punto no me parece razonada ni fundada, de manera tal que la norma en estudio no contravenga esta garantía constitucional, dicho en otros términos me parece derechamente que esta diferenciación es inconstitucional.

La igualdad ante la ley, con prohibición de diferencias arbitrarias, que establece el artículo 19º N° 2º de la Carta Fundamental, debe ser entendida en el sentido de que prohíbe las discriminaciones, es decir, aquellas diferencias sin

---

<sup>36</sup> Ob. Cit. pp 150-151.

motivación, injustificadas, carentes de justicia, razonabilidad y sin proporción con respecto al fin buscado.<sup>37</sup>

El Tribunal Constitucional de España, respecto a la garantía constitucional de igualdad ante la ley, refiriéndose a las diferencias introducidas respecto de personas que se encuentran en idéntica situación: “El principio de igualdad opera (...) impidiendo (al legislador) configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, *desde todos los puntos de vista* legítimamente adoptables se encuentren en la misma situación, o dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser tomadas nunca en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien *no guardan relación alguna con el sentido de la regulación* que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria”<sup>38</sup>.

En este entendido, no se vislumbra porque se da un trato distinto al padre respecto de la madre, si ambos son progenitores de un hijo común, razón por la cual ambos deberían tener las mismas obligaciones y derechos en relación al mismo. Si bien es cierto, que cultural y socialmente durante muchos años la labor de crianza se encontraba mayormente radicada en la madre, lo anterior no implica, ni por razones científicas, el hecho de establecer una diferencia entre ambos, pues ambos son progenitores y personas iguales, en la misma condición y en la misma situación jurídica, por lo tanto me parece que la diferencia que establece la norma en cuestión es arbitraria, y discriminadora.

La garantía constitucional de igualdad ante la ley requiere entonces evaluar de forma casuística cuando a dos personas, normas, estatutos,

---

<sup>37</sup> Véase Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad que origina los autos Rol 2699 – 14, Tribunal Constitucional.

<sup>38</sup> Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional de España, causa Rol N° 144 de 1988, transcrita por FRANCISCO RUBIO LLORENTE et al, Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial) (Barcelona, Ed. Ariel, 1995) pp. 111.

situaciones jurídicas, se les debe dar el mismo trato, y cuando no, de manera tal que la igualdad y desigualdad adoptada sea justa y razonable.

La diferenciación entonces introducida debe ser razonable, justa y proporcionada, de no ser así se vulneraría dicha garantía constitucional, y se introducirían mediante su trasgresión diferencias o discriminaciones dotadas de arbitrariedad.

De la dignidad humana como base del derecho a la igualdad en todos sus aspectos señala Humberto Nogueira Alcalá: “En virtud de esta igual dignidad común a todos los seres humanos se fundamentan los derechos humanos o derechos fundamentales de la persona humana, que igualmente pertenecen a cada uno y a todos los seres humanos por tener la dignidad de seres humanos, de personas. Ello nos permite ya una primera afirmación con consecuencias jurídicas prácticas en el ámbito constitucional, que es el de que siempre la dignidad de la persona está por sobre todo otro principio o valor, por tanto, ninguna norma jurídica ni aún un derecho de la persona puede ir en contra de la dignidad humana, ya que esta constituye su propio fundamento y el mínimo de humanidad respecto del cual no está permitida realizar diferenciaciones.”<sup>39</sup>

En cuanto al contenido e implicancia jurídica de la igualdad consagrada constitucionalmente se ha establecido que su alcance se conforma por “el derecho a no ser discriminado por razones de carácter subjetivo u otras que resulten jurídicamente relevantes, con el consiguiente mandato correlativo respecto de los órganos o autoridades estatales y los particulares de prohibición de discriminación”.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 2006, El Derecho a la Igualdad ante la ley, La no discriminación y Acciones Positivas, Universidade da Coruña, pp. 801.

<sup>40</sup> Ob. Cit.

A este respecto Humberto Nogueira Alcalá: “Esta igualdad básica de naturaleza de todos los seres humanos, asumida por los ordenamientos jurídicos, exige eliminar las discriminaciones en el ámbito sociológico, prohibiendo toda distinción basada en aspectos subjetivos de las personas por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. La introducción de la frase “Hombres y mujeres son iguales ante la ley” en la reforma constitucional de 1999, más que introducir un elemento sustantivo nuevo, constituyó el cumplimiento de tratados internacionales que obligaban formalmente a establecer específicamente el principio en el texto constitucional, como asimismo, por razones de lenguaje constitucional, con el objeto de establecer un lenguaje equitativo y no discriminatorio en materia de género, lo que llevó también a sustituir las expresiones “hombres” por “personas” en el artículo 1º, inciso 1º de la Constitución, en la misma reforma. Además de su regulación en los ordenamientos constitucionales y legales de los estados, tal derecho queda estampado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, la igualdad ante la ley se positiva en un derecho humano y se constituye en un principio imperativo de derecho internacional o principio de *ius cogens* a la no discriminación.”<sup>41</sup>

En relación con los tratados internacionales sobre derechos humanos y la consagración de la igualdad ante la ley, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 24, prescribe que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”<sup>42</sup>. En su artículo 1 establece el compromiso de sus estados a respetar los derechos contenidos en ella sin discriminación alguna:

---

<sup>41</sup> Ob. Cit. pp. 803.

<sup>42</sup> Artículo 24 Convención Americana de Derechos Humanos

“1. Los estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.<sup>43</sup>

Asimismo el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”<sup>44</sup>

En este sentido Humberto Nogueira Alcalá indica con mucha razón y de acuerdo a los tratados internacionales citados, que cualquier diferenciación que se sustente en dimensiones subjetivas se presume inconstitucional y debe ser sujeta a un arduo control constitucional, constituyéndose como un límite a la función legislativa, ejecutiva y judicial, como también a cualquier acto basado en la autonomía privada. A este respecto:

“La prohibición de diferenciar respecto de aspectos subjetivos de la persona constituye un límite a la función legislativa, ejecutiva y judicial, como asimismo, a la autonomía privada. El artículo 19 N°2 de la Constitución en armonía con el artículo 5° inciso segundo y el contenido de los derechos asegurados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, exige un test de control de constitucionalidad riguroso del principio y derecho de igualdad, cuando el factor

---

<sup>43</sup> Artículo 1 Convención Americana de Derechos Humanos

<sup>44</sup> Artículo 26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

diferencial es de carácter subjetivo como la raza, la religión, el nacimiento, la ideología, entre otros aspectos. En tales casos la carga de la prueba corresponde a quienes sostengan la legitimidad de la diferenciación en base a tales factores. En este ámbito no opera el principio de presunción de constitucionalidad de las normas legales”.<sup>45</sup>

#### **1.4.2. Doctrina y jurisprudencia.**

Resulta interesante a propósito de lo que venimos analizando, en cuanto a la inconstitucionalidad de la atribución legal materna, la mirada de la profesora Fabiola Lathrop, quien indica claramente que la norma es inconstitucional.

Se efectúa todo un análisis desde el punto de vista constitucional que sería conveniente esbozar para el cabal entendimiento de este punto, temática que generó durante muchos años una serie de debates a nivel doctrinario y jurisprudencial.

Para Fabiola Lathrop lo relevante es determinar si la distinción efectuada entre dos personas es arbitraria o no, entendiendo necesariamente que no todas las diferenciaciones son carentes de razonabilidad: “La clave está, entonces, en el análisis del criterio de distinción, que nos permite determinar si existe una razón suficiente, razonable, que permita efectuar una distinción. Las distinciones no son per se atentatorias contra el principio de igualdad constitucional: es necesario que la distinción sea arbitraria. La idea que subyace en esta afirmación es que el principio de igualdad no puede ignorar las diferencias que existen entre los seres humanos, que no todas las

---

<sup>45</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 2006, El Derecho a la Igualdad ante la ley, La no discriminación y Acciones Positivas, Universidade da Coruña, pp. 803.

diferenciaciones son arbitrarias y que el quid está en determinar qué distinciones autorizan tratamientos diferenciados y cuáles no.”<sup>46</sup>

En este entendido, el objeto es establecer si la discriminación efectuada, en este caso al padre, resulta ser arbitraria o no, cual sería entonces la razón para dar un tratamiento distinto al padre, si nos encontramos frente a dos progenitores que tienen uno o más hijos en común, en estado de separación.

La profesora Lathrop en este punto, según criterio que comparto, efectúa un análisis tendiente a establecer si la discriminación que claramente concurre en la norma, es arbitraria, y carente de razonabilidad, a efectos de estudiar si dicha distinción se ajusta a la Constitución o no. Para este fin, se hace referencia al test de razonabilidad “que comprende tres etapas encaminadas a establecer la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual, la validez de ese objetivo frente a la Constitución, y la razonabilidad del trato desigual, esto es, la proporcionalidad entre ese trato y el fin que se persigue con el establecimiento de ese trato.”<sup>47</sup>

En cuanto a esta última etapa, el “test de la razonabilidad” se remite a un segundo mecanismo: el “test de la proporcionalidad”, que vendría a ser un segundo principio encaminado a establecer la existencia o inexistencia de una discriminación arbitraria.”<sup>48</sup>

La autora examina la constitucionalidad de la norma, bajo la premisa de que la garantía constitucional de igualdad ante la ley permite el planteamiento de diferencias entre personas, en la medida de que aquellas no sean arbitrarias, y no lo serán en el evento de concurrir las siguientes circunstancias: “a) los supuestos son desiguales, b) cuando la distinción obedece a un criterio de

---

<sup>46</sup> LATHROP GOMEZ, FABIOLA (2010) “Constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil Chileno” Revista Ius et Praxis, Volumen 2, N° 1, Universidad de Talca, pp 153.

<sup>47</sup> Ob. Cit, pp 153-154.

<sup>48</sup> Ob. Cit, pp 154.

necesidad y c) cuando se cumple con ciertos requisitos, como la idoneidad y la proporcionalidad.”<sup>49</sup>

En primer lugar y relativo a los supuestos desiguales, estima que en el presente caso no concurren para efectos de validar la discriminación contemplada en la ley, en razón de que se trata de dos individuos, esto es hombre y mujer, cuyos derechos se están regulando en su calidad de progenitores, ambos son padres de uno o más hijos en común. Es decir, hay un padre que ejercería el cuidado personal, y hay una madre que ejercería el cuidado personal, un hombre y una mujer. Dicho esto, no existirían supuestos desiguales, como en el caso, señala la autora de que se distinguiera entre un progenitor idóneo y uno menos idóneo, lo que no ocurre en la especie.

En segundo lugar estima que la distinción no sería necesaria, de acuerdo al criterio de necesidad de la norma, entendiendo aquel como el objetivo tenido en vista para establecer la diferenciación. Si nos vamos a la historia fidedigna de la ley N° 19.585 de 1998, que establece o más bien radica el cuidado personal de los hijos en la madre, de forma supletoria, el objeto perseguido por la norma tiene que ver con un criterio de conveniencia, en razón de que no se requeriría en teoría declaración alguna adicional.<sup>50</sup>

La autora señala que dicho objetivo no se cumple en primer término, por la sencilla razón de que no obstante tratarse de una atribución legal que opera de pleno derecho, la madre en la práctica debía concurrir a Tribunales a solicitar la declaración de dicho cuidado, tornando ilusorio el objetivo tenido en vista primariamente referente a la ausencia de trámites o declaraciones adicionales, para efectos de acreditar la titularidad del cuidado personal.

---

<sup>49</sup> Ob. Cit.

<sup>50</sup> Así lo sostiene LATHROP GOMEZ, FABIOLA (2010) “Constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil Chileno” Revista Ius et Praxis, Volumen 2, N° 1, Universidad de Talca, pp 155.



En segundo lugar plantea que la necesidad de la regla supletoria, en cuanto se pretenden evitar pronunciamientos adicionales, y se entienden regular situaciones jurídicas, en que como señala la autora, las partes no han previsto ni reglamentado de otra manera las consecuencias, existiendo libertad para hacerlo; solo se extiende a determinados casos. Aquellos en que los padres no deben regular sus relaciones con sus hijos por intermedio de las figuras que establece la ley de Matrimonio Civil, esto es el acuerdo completo y suficiente, o los casos de divorcio y separación en que deben dejarse regulados todos los temas tocantes a los hijos en común, en razón de que en todas estas situaciones los padres estarían obligados a establecer criterios en este sentido. Pierde entonces razón la supletoriedad de la norma respecto a su necesidad, en cuanto a evitar pronunciamientos adicionales al respecto, que deben darse obligatoriamente en aquellos juicios.

Y en tercer lugar estima que de considerarse la atribución legal materna solo como una norma supletoria y no de atribución judicial, cuestión que comparto, aquella perdería ventaja, toda vez que el juez en caso de no existir acuerdo, debería decidir apelando al interés superior del niño para efectos de atribuir el cuidado personal, y no a la norma supletoria de atribución materna, perdiendo sentido el establecimiento de esta regulación. Continúa el planteamiento indicando que sin embargo aquello, existe entre esta regla de atribución legal supletoria materna y el interés superior del niño una identificación para los jueces de familia, que termina en fallos donde se establece que los niños estarán mejor con su madre, por este concepto de orden natural que plantea la Corte Suprema en numerosas sentencias. Es decir muchas veces, señala, se hacía símil el interés superior del niño, con la regla

de atribución legal supletoria materna, siendo sumamente difícil alterar la titularidad del cuidado personal.<sup>51</sup>

Ahora bien, referente a la idoneidad de la norma, como bien señala Fabiola Lathrop, aquella “estaría dada en la medida que satisface un criterio práctico: la radicación legal del cuidado de los hijos, si no hay acuerdo, evita numerosas dificultades y responde a la práctica, que demuestra que lo más frecuente es que sea la madre la que lo asuma cuando los padres no viven juntos.”<sup>52</sup> En este punto señala la autora que el criterio para establecer la idoneidad de una norma en materia de cuidado personal, debiera ser necesariamente el principio de interés superior del niño: “Creo que, conforme a los principios generales que inspiran la legislación de familia y, en especial, conforme a los postulados de la Convención de los Derecho del Niño, el criterio para determinar la idoneidad de una norma rectora en materia de atribución del cuidado personal, no puede ser otro que el interés superior del niño.”<sup>53</sup>

Desde mi punto de vista, el criterio práctico no se satisface de ninguna manera, por la sencilla razón de que una norma de atribución legal de estas características, genera mayores dificultades, pues solo obliga a la judicialización del asunto. Una norma que atribuye per se el cuidado personal a uno de los padres por sobre otro, sin considerar sus habilidades reales y sus mejores condiciones, acelera considerablemente la revisión judicial del asunto a petición generalmente, del otro progenitor, tomando en especial consideración además, la falta de consagración positiva del principio de corresponsabilidad parental en aquella época, elemento determinante a la hora de establecer regímenes comunicacionales anacrónicos, limitados únicamente a un tiempo de visita, sin mayor injerencia en la vida de los hijos en común.

---

<sup>51</sup> Así lo sostiene LATHROP GOMEZ, FABIOLA (2010) “Constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil Chileno” Revista Ius et Praxis, Volumen 2, N° 1, Universidad de Talca, pp 160.

<sup>52</sup> Ob. Cit, pp.161.

<sup>53</sup> Ob. Cit.

Por otra parte, entendiendo que el derecho siempre debe ir a ajustándose a la realidad social y sus prácticas, esta normativa tampoco resultaba concordante con aquella, en que los roles cada día son más compartidos, dejándose atrás la mirada de que el padre proveía al hogar común, y la madre se encargaba del cuidado de los hijos. A propósito de este punto la autora que analizamos comparte una reflexión bastante certera, en el sentido de que de seguir este criterio planteado a propósito de la idoneidad de la norma conforme a una realidad social, en que impera la distinción de roles, habría que hacer la misma diferenciación también, en otras instituciones del derecho de familia, como por ejemplo la figura de la compensación económica, que de estimarse en este sentido, solo debió establecerse a favor de la mujer, lo que no es así.

Finalmente y en relación a la proporcionalidad de la norma, el análisis se estructura de la siguiente manera:

“– La adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido.

– La necesidad de utilización de esos medios para el logro del fin (que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que se sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios).

– La proporcionalidad, en sentido estricto, entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.”<sup>54</sup>

Ya se había señalado que el fin que se persigue con el establecimiento del trato diferenciado es evitar pronunciamientos adicionales, situación que se ha verificado no concurrir.

---

<sup>54</sup> Ob. Cit, pp 162.

También se ha dicho que el mismo fin se puede conseguir a través de otros medios, incluso menos gravosos, desde el punto de vista constitucional, “como el acuerdo de los progenitores, que la misma ley reconoce para la mayoría de los casos en que se aplica teóricamente el art. 225 inciso primero C.C. en la hipótesis “si viven separados” y que pueden conducir perfectamente al fin que el espíritu del legislador quiere satisfacer (el interés superior del hijo).”<sup>55</sup>

Y finalmente, se estima, que el medio, esto es la distinción entre padre y madre, no es en ningún caso proporcional al fin, porque sacrifica manifiestamente y en mi opinión también, la garantía constitucional de igualdad ante la ley, “El principio satisfecho por el logro de este fin, esto es, la conveniencia práctica del art. 225 inciso primero C.C., sacrifica un principio constitucional más importante que dicha conveniencia práctica: el principio de igualdad.”<sup>56</sup>

Coincido plenamente con doña Fabiola Lathrop en cuanto a la inconstitucionalidad de la norma de atribución legal preferente para la madre. Desde este punto de vista considero más allá de toda duda que la norma efectúa una discriminación arbitraria, carente de toda razón que junto con contravenir la garantía constitucional de igualdad ante la ley, vulnera abiertamente los principios de igualdad y corresponsabilidad parental contenidos en diversos instrumentos internacionales ratificados por Chile, sobre derechos humanos.

Creo asimismo que lejos de solucionar una situación inmediata pos separación y evitar conflictos o judicialización excesiva, la atribución legal preferente a la madre incentiva a la judicialización, pues no existe otro mecanismo para el otro progenitor de revisión de la situación actual de los hijos

---

<sup>55</sup> Ob. Cit.pp 163.

<sup>56</sup> Ob. Cit.

en común, que no sea entablar demanda. Dicha acción es sumamente lesiva para la poca armonía que puede existir en una familia posterior a una separación, toda vez que se justifica, tal como lo hemos planteado en causas calificadas relativas a maltratos o descuidos, principalmente, atribuibles a la madre en este caso, que evidentemente polarizan aún más los intereses familiares.

Ya señalábamos que la causa calificada a la que se hace alusión en la antigua redacción del artículo 225 del Código Civil, en la mayoría de los casos se identificaba con las causales de inhabilidad contempladas en el artículo 42 de la ley de Menores, o se hacía símil a situaciones graves de maltrato o descuido. Pocos eran los fallos, que también citamos, que atribuían el cuidado personal a uno u otro padre en pos del interés superior del niño, situación que como hemos dicho polariza sumamente la posición de ambos padres, y complica claramente el escenario pos separación.

En un sentido diverso, la profesora Carmen Dominguez y la profesora Carmen Salinas Suárez, se han pronunciado por las ventajas que presenta la norma legal de atribución preferente a la madre, según sus opiniones vertidas para las Comisiones integradas a efectos de debatir el proyecto de la ley 20.680: “Agregaron que si los padres no hacen uso de esa facultad de accionar para que sea un juez quien resuelva sobre la vida futura de su propio hijo, la ley lo que hace es establecer una regla de no litigiosidad que se corresponde con la realidad de la mayoría de las familias en Chile, es decir, se reconoce que la mayoría de los hijos menores, luego de la ruptura entre sus padres, continúan viviendo con su madre y es el padre quien deja el hogar familiar.”<sup>57</sup>

En cuanto a la inconstitucionalidad de la norma manifestaron su opinión en contrario: “Señalaron que les parece errada la doctrina minoritaria que ve en

---

<sup>57</sup> En sentido contrario la profesora Carmen Dominguez y Carmen Salinas Suárez, para el Primer Informe de la Comisión de Familia, Historia de la Ley 20.680, pp 53- 54.

esta norma una inconstitucionalidad por afectar el principio de igualdad ante la ley y establecer una discriminación en contra del padre y que sostiene que además infringe otras convenciones como la CEDAW, justamente por poner el acento en los padres y los derechos de estos sobre los hijos, tratándose de una materia en que no hay discusión que se debe regir por el principio de interés superior del hijo.

Expresaron que cabe preguntarse además si será el sentir mayoritario de las mujeres en Chile el estimar que son gravadas injustamente cuando se les reconoce legalmente su derecho a cuidar personalmente a sus hijos menores, o sólo son unas pocas las que preferirían que otro se hiciera cargo de sus hijos, enfatizaron que incluso sería interesante incluso poder realizar un estudio de campo al respecto.”<sup>58</sup>

En relación a la última apreciación de las académicas en cuanto al sentir de las mujeres en Chile, me parece que la discusión debe ir encaminada necesariamente a la utilidad de la norma y a su eficacia en cuanto cumple o no con los objetivos tenidos en vista, que como se ha dicho no se verificaba en el sentido propuesto.

Doña María Sara Rodríguez, señala para la Comisión de Constitución del Senado:

“El proyecto mantiene supletoria y extrajudicialmente a favor de la madre el cuidado personal de los hijos menores, mientras no exista un acuerdo o convención entre los padres o una sentencia judicial que decida otra cosa.

Para comprender la necesidad de mantener esta regla hay que distinguir entre la regla misma y que sea la madre su beneficiaria. La regla misma se justifica por la sola necesidad de evitar una intervención judicial inmediata

---

<sup>58</sup> En sentido contrario las profesoras Carmen Domínguez y Carmen Salinas Suárez, para el Primer Informe de la Comisión de Familia, Historia de la Ley 20.680, pp 53- 54.

cuando no hay acuerdo entre los padres. Por ejemplo, la eliminación de esta norma haría que en seguida de nacido un niño cuyos padres no viven juntos, deba intervenir la judicatura para resolver sobre la tuición porque el hijo ha sido reconocido voluntariamente por el padre.

Piénsese que el Código Civil se aplica a todas las situaciones posibles de acontecer (madres adolescentes, mujeres solas) y no solamente a hogares constituidos por padre y madre. La ausencia de esta regla podría convertirse en un incentivo perverso para el reconocimiento voluntario del hijo, al que la madre podría desear oponerse para no perderlo.<sup>59</sup>

Siguiendo con dicha argumentación en favor de la norma, la académica señala derechamente que se debe favorecer a la madre, pues es aquella quien engendra y da a luz, muchas veces sola o adolescente: “Por qué la madre. Es cierto que también podría ser el padre. No me opongo radicalmente a esta idea si surge un consenso que la defienda. Sin embargo, pienso que la regla de atribución supletoria de la tuición debe seguir favoreciendo a la madre. Es la madre quien engendra y da a luz al hijo, muchas veces sola o adolescente. Esto no es prejuicio. Es un hecho. No sería justo privarla del cuidado personal por el solo hecho del reconocimiento voluntario del hijo por parte del padre. Tampoco sería justo hacerlo ex ante por el interés del hijo.”<sup>60</sup>

Siguiendo con la historia de la ley 20.680, en esta temática, resulta lamentable que para el primer Informe de la Comisión de Familia, la opinión mayoritaria fue la de defender este derecho preferente de la madre, “La opinión mayoritaria defendió el mejor derecho de la madre basada en una cuestión de orden natural y de hecho, que demuestra que la mujer está mejor preparada y es más idónea para criar a los hijos, por lo demás, avalada porque en la

---

<sup>59</sup> En el mismo sentido de las profesoras Carmen Dominguez y Carmen Salinas Suárez, la académica María Sara Rodríguez para la Comisión de Constitución del Senado, Historia de la ley 20.680, pp. 314.

<sup>60</sup> Ob. Cit.

práctica lo más frecuente es que sea la madre quien lo asume cuando los padres viven separados.

La opinión minoritaria se manifestó a favor de que sea el juez quien determine a cuál de los padres corresponde el cuidado personal, en caso de que no puedan arribar a un acuerdo, el que deberá considerar primordialmente el interés superior del niño o niña (como por ejemplo, su cercanía con el colegio o el horario de trabajo del padre o madre) y no en el género o su situación personal.

Una tercera opinión, para tratar de acercar posiciones, consistió en que, ante el conflicto, el juez, por regla general y a priori, debería estimar a ambos padres igualmente idóneos, de modo que, ante el desacuerdo y la disyuntiva de con cuál de los padres debe vivir el hijo o hija si ambos garantizan igualmente su bienestar y protección, se debe preferir a la madre, si se trata de un menor de 14 años y, teniendo en vista primordialmente el interés superior del niño o niña, se le debe oír si es capaz de formarse un juicio propio.”<sup>61</sup>

Doña Gloria Negroni Vera, jueza del Tercer Juzgado de Familia de Santiago, manifiesta su parecer a favor de la inconstitucionalidad de la norma, entendiendo que aquella introduce una diferencia entre ambos padres, de naturaleza arbitraria, en este sentido “Por otra parte, destacó que la norma citada infringe el artículo 1° de la Constitución que establece que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Asimismo, el artículo 5° inciso segundo, señala que el ejercicio de la soberanía tiene como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y es deber del Estado y sus órganos respetar y promover esos derechos.

Manifestó que un derecho esencial de los niños es estar con sus padres y ser criados por ellos y que ello no dependa de si viven juntos o separados.

---

<sup>61</sup> Historia de la Ley 20.680, Primer Informe Comisión de Familia, pp. 96.



En este mismo sentido, hizo presente que el artículo 19 N°2 de la Constitución consagra la igualdad ante la ley. “En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. Los hombres y las mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.” Por tanto, no debiera tratarse en forma distinta al menor, según si vive o no con sus padres, por lo que puede afirmarse que el artículo 225 del Código Civil no pasa el test de constitucionalidad a la luz de la norma citada.

Como consecuencia de lo señalado, partir de la base que las madres tienen una mejor aptitud para la crianza del hijo, constituye una discriminación arbitraria respecto de los padres. Además de lo anterior, las normas del Código se encuentran en contradicción con una serie de disposiciones contenidas en tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes. Por ello, los jueces deben resolver si aplican las normas del Código Civil o las del tratado internacional.”<sup>62</sup>

Concluye entonces en la conveniencia de modificar el artículo 225 del Código Civil por ser inconstitucional: “Afirmó, por tanto, que parecía razonable, en consecuencia, preguntarse sobre la necesidad de reformular las normas del Código Civil referidas a esta materia, en particular, el artículo 225, el que resulta inconstitucional a la luz de las normas constitucionales y de los tratados internacionales citados.”<sup>63</sup>

Por otro lado, y en el mismo tenor que doña Gloria Negroni y Fabiola Lathrop, Felipe Harboe emitiendo su opinión para la Discusión en Sala, respecto de la constitucionalidad de la norma que analizamos:

“Pero, más aún, la norma establecida en el artículo 225 de dicho Código, que se refiere al derecho preferente de la madre, en mi concepto adolece de un

---

<sup>62</sup> En sentido contrario la juez de familia Gloria Negroni Vera en Informe Comisión Constitución, Historia de la ley 20.680, pp 167-168.

<sup>63</sup> Ob. Cit.pp 169.

vicio de constitucionalidad, toda vez que el artículo 19, N° 2°, de la Constitución Política de la República consagra el principio de la igualdad ante la ley y señala que en Chile no hay personas ni grupos privilegiados, que hombres y mujeres son iguales ante la ley y que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias. Por tanto, no debe tratarse en forma distinta al menor, según si vive o no con su padre. A la luz de la norma constitucional citada, se podría afirmar que el artículo 225 del Código Civil no pasaría el test de constitucionalidad.

En consecuencia, partir de la base de que las madres tienen una mejor aptitud para la crianza de los hijos, probablemente, dado el actual desarrollo social, constituye una discriminación arbitraria respecto de los padres.

Aparte de lo anterior, esta norma del Código Civil se encuentra en abierta contradicción con un conjunto de tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile.”<sup>64</sup>

Continúa Felipe Harboe ratificando la infracción a la constitución contenida en el artículo 225 del Código Civil antiguo “Contrariamente, la interpretación más amplia, que señala que la ley no solo es el texto establecido en un código, sino también las normas constitucionales consignadas en nuestro ordenamiento jurídico, nos podría llevar a concluir que el artículo 225 del Código Civil estaría infringiendo la disposición establecida en el N° 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo que deberíamos propender a un sistema de corresponsabilidad o responsabilidad coparental.”<sup>65</sup>

El diputado Ricardo Rincón, en similar tenor, para la discusión parlamentaria: “Quienes plantearon una posibilidad de igualdad, por ejemplo, el diputado Ascencio, nunca han pretendido que el derecho preferente mute y

---

<sup>64</sup> En el mismo sentido, y en concordancia con la juez Gloria Negroni, Felipe Harboe para la Discusión en sala, Historia de la ley 20.680, pp. 230-231.

<sup>65</sup> Ob. Cit pp.231.

traslade de la madre al padre. Todo lo contrario y ajeno a ello: simplemente, que no exista un derecho preferente, porque la ley, per se, no puede atribuir una mejor condición a uno de los padres en abstracto. ¿Por qué habría de ser posible que, por un simple texto legal, uno de los progenitores fuera “mejor considerado para”? ¿Qué permite ese razonamiento? ¿En qué se basa? Creo que ésa es la esencia, el espíritu que plantearon los autores de esta moción, sean del partido que sea. ¿Cómo la ley en abstracto podrá determinar aquello?

Entonces, como ello no debería ser posible, porque la majestad de la ley no llega ni puede llegar a tanto, corresponde que se decida sobre el conflicto.

Porque, seamos claros, no podemos pretender que la norma general ahora –en esto tengo una pequeña diferencia con mi colega y camarada Jorge Burgos-, en virtud de esta iniciativa, sea el común acuerdo. El común acuerdo siempre es la regla, porque cuando existe, no hay pleito, no hay juicio, no hay litigio.”<sup>66</sup>

La profesora Andrea Muñoz, en similar tenor: “Compartió el criterio de quienes han sostenido que dicha norma es inconstitucional, agregando que el primero en plantear sus dudas de constitucionalidad fue el Profesor señor Enrique Barros, recién dictada la ley N° 19.585 y que luego se han sumado las voces de muchos otros autores. Más que nada, le parece que se trata de una regla innecesaria y poco adecuada para resolver un conflicto en que lo que debiera primar es el interés superior del niño. A continuación, pasó a fundamentar sus afirmaciones.”<sup>67</sup>

El profesor Mauricio Tapia, en el segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado, “señaló que este proyecto trata, en el fondo, de la

---

<sup>66</sup> En el mismo sentido, y en concordancia con la juez Gloria Negroni y Felipe Harboe el diputado Ricardo Rincón para la Discusión en Sala, Historia de la ley 20.680, pp. 247.

<sup>67</sup> En el mismo sentido, y en concordancia con la juez Gloria Negroni, Felipe Harboe y el diputado Ricardo Rincón, se pronuncia la profesora Andrea Muñoz para el Primer Informe de Comisión de Constitución, Historia de la ley 20.680, pp. 292.

igualdad de los padres en relación a los deberes y derechos que tienen respecto de sus hijos.

Agregó que le sorprende que esta iniciativa se tramite con el apoyo del Servicio Nacional de la Mujer, pues actualmente la regla que atribuye preferentemente a la madre la custodia de los hijos constituye una discriminación en perjuicio de los hombres, además de que es abiertamente inconstitucional y que prácticamente ya no existe en ninguna otra legislación.

Indicó que el proyecto contiene normas que dicen relación con la igualdad, ya que el Código Civil consagra una desigualdad en favor de la mujer que debe ser corregida.”<sup>68</sup>

Doña Paulina Veloso, sin entrar a analizar la inconstitucionalidad de la norma en el segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado, indica que la mantención de la misma constituiría un retroceso, en razón de la interpretación errónea que se ha efectuado por nuestros tribunales, interpretación que podría seguir su curso de no mediar una reforma: “En relación a la regla supletoria legal de titularidad de la madre, o atribución legal, señaló que parece inconveniente repetir la misma norma actual. Advirtió que si la disposición queda redactada tal como está actualmente, se corre el riesgo de que se interprete negativamente, en un sentido diverso a las ideas matrices de este proyecto.

Ello, añadió, aunque la doctrina unánimemente entiende esta regla no como una preferencia hacia la madre, sino como una norma supletoria legal, establecida sólo para evitar la litigiosidad.

Informó que así también lo entiende la Corte Suprema. Sin embargo, algunos tribunales -erróneamente- lo leen como preferencia y, por consiguiente,

---

<sup>68</sup> En el mismo sentido, el profesor Mauricio Tapia, para el Segundo Informe de Comisión de Constitución, Historia de la ley 20.680, pp. 436.

incluso en casos tan graves como descuido o maltrato, no están dispuestos a cambiar la titularidad. En consecuencia, si una nueva reforma viene a dejar la norma tal cual lo está actualmente, se podría entender por aquellos mismos tribunales que erróneamente han entendido la norma como preferencia, que se estaría confirmando la preferencia hacia la madre. Ello, afirmó, sería un retroceso.”<sup>69</sup>

Transcritas distintas opiniones vertidas por la doctrina, resulta pertinente señalar, respecto a este mismo punto, cuál ha sido la opinión de nuestros tribunales superiores de justicia, en cuanto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma de atribución legal preferente a la madre.

No obstante todo lo expuesto respecto de la inconstitucionalidad de la atribución legal preferente, nuestros tribunales de Justicia, durante muchos años estimaron que no existía en aquella, ninguna contravención formal a la Constitución, haciendo alusión en muchas ocasiones a que la diferenciación introducida en la norma, tendría justificación en la realidad social de nuestro país como señala en diversos fallos el Tribunal Constitucional, o se trataría de una prescripción de “orden natural” como indica, por otro lado la Corte Suprema de Justicia.

Pues bien, en relación con esta interpretación, más que una norma legal transitoria hecha para evitar la litigiosidad como señalaba doña Paulina Veloso, nos encontramos con una norma que advierte claramente una diferencia arbitraria entre los padres, sin ser relevante a mi juicio y a este respecto si se trata de algo transitorio o no, pues la distinción arbitraria igualmente se introduce, y fue justificada durante muchos años por razones de orden natural o de realidad social. Ya señalaba también que el fin perseguido por la norma no se cumple pues rara vez evita la judicialización.

---

<sup>69</sup> Paulina Veloso para el Segundo Informe Comisión de Constitución, Historia de la ley 20.680, pp. 439.

En relación al argumento de que dicha atribución se ajustaría a la realidad social de nuestro país, el Tribunal Constitucional en fallo de fecha treinta de mayo de dos mil trece, Rol N° 2306-12-INA:

“DECIMOCUARTO.- Que, sin perjuicio de lo razonado anteriormente, es pertinente consignar que, apreciada en abstracto, la norma cuestionada tampoco pugna con la Constitución.

Efectivamente, la atribución del cuidado personal del menor a uno de los cónyuges cuando éstos se encuentran separados, parece razonable e inspirada en el interés superior del niño. La situación fáctica producida exige su protección inmediata, sin incertidumbre alguna, en tanto los padres formalizan algún acuerdo o recurren al tribunal competente;

DECIMOQUINTO.- Que, así, cabe concluir que la regla de atribución preferente a la madre del cuidado personal de los hijos no representa, por sí misma, una vulneración a la garantía de igualdad ante la ley, pues aunque introduzca una diferencia de trato entre la madre y el padre, la misma tiene justificación en la realidad social de nuestro país.

De ahí que la adopción de esta regla por el legislador es una opción lícita, que, además, por su fácil aplicación, simplifica la solución de un problema que muchas veces requiere de una definición urgente para no lesionar el interés superior de los niños.

Por lo demás, no se trata de una regla absoluta, desde el momento que ella puede ser alterada por acuerdo de los padres, como también por resolución judicial dictada conforme al inciso tercero del artículo en cuestión, lo que se analizará a continuación;

DECIMOSEXTO.- Que si bien puede haber otras opciones legislativas, la vigente no parece desproporcionada o irracional.

La atribución provisoria del cuidado a la madre, quien usualmente lo conserva en el evento de separación, no hace sino confirmar una práctica arraigada en nuestra sociedad.”<sup>70</sup>

Por otro lado la Corte Suprema de Justicia, en diversos fallos indica que la atribución legal preferente a la madre es una regla de orden natural, entendiendo con esto que per se existe una predisposición biológica o natural para con la madre, que la convierte en la persona más idónea para detentar el cuidado personal de los hijos, lo que justificaría la discriminación entre padre y madre contenida en la norma. A este respecto resolución N° 33165 de la Corte Suprema, Causa n° 4305/2010 (Casación), Sala Cuarta (Mixta) de 6 de Septiembre de 2010:

“Octavo: Que de otro lado, cabe señalar que siendo el interés superior del niño un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, no se advierte de autos que los sentenciadores lo hayan desatendido, por el contrario, se ha respetado la regla de orden natural prevista en el artículo 225 del Código Civil, en cuanto a que la crianza de los hijos, en caso de separación de los padres, corresponde a la madre. En efecto, no se estableció en el fallo impugnado inhabilidad o causa calificada que le impida a ésta ejercer su rol, ni tampoco una situación de vulneración, peligro o amenaza para el menor, que justificara, entregar su cuidado a su padre; con quien ésta seguirá teniendo una relación directa y regular en los términos dispuestos en el régimen comunicacional regulado a su favor.”<sup>71</sup>

Como podemos apreciar, existía una predisposición general, por parte de la judicatura por estimar que la atribución legal preferente a la madre resultaba

---

<sup>70</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, de fecha treinta de mayo de dos mil trece, Rol N° 2306-12-INA, considerando decimocuarto a decimosexto.

<sup>71</sup> Resolución n° 33165 Excelentísima Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta) de fecha 6 de Septiembre de 2010, Rol de Corte 4305/2010 (Casación), considerando octavo.

ser lo adecuado, ya sea porque se trata de una regla de orden natural, o porque de acuerdo a la realidad social de nuestro país, aquella parecía justificada.

Tal justificación se mantuvo por muchos años, relegando al otro de los padres a un plano casi inalcanzable en cuanto a su injerencia y participación activa en la vida de los hijos en común. Revertir el criterio de preferencia materna, como vimos era sumamente complejo, requiriéndose de causales graves en la progenitora para autorizar un cambio en la titularidad del cuidado personal.

Por otro lado la falta de regulación del principio de corresponsabilidad parental aumentaba el problema, estableciéndose en la mayoría de los casos regímenes comunicacionales limitados únicamente a un tiempo de visitas, sin mayor participación del otro de los padres en la vida de los hijos. Punto aparte que también merece la pena señalar, eran los innumerables casos en que el padre custodio en general la madre, podía cambiar de residencia dificultando aun más la relación de sus hijos con el otro progenitor, limitándose en este caso, solo a periodos estivales.

Todos estos inconvenientes parecían no tener ninguna solución por parte de nuestra judicatura.



**SEGUNDA PARTE MODIFICACIONES INTRODUCIDAS A NUESTRO  
CÓDIGO CIVIL Y A OTRAS NORMAS LEGALES MEDIANTE LA  
PROMULGACIÓN DE LA LEY N°20.680.**

**CAPÍTULO 1 ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LAS MODIFICACIONES  
INTRODUCIDAS A NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO POR LA LEY  
20.680**

**1.1 Introducción**

La ley N°20.680, objeto de estudio de esta tesis de magister, introduce importantes modificaciones al Código Civil y otros cuerpos legales, relativas al cuidado personal de los hijos, consagra en la legislación positiva el principio de corresponsabilidad parental, instaura la figura del cuidado personal compartido, efectúa modificaciones a los regímenes de relación directa y regular y al ejercicio de la patria potestad.

La primera modificación toca al artículo 224 del Código Civil, instaurándose positivamente el principio de corresponsabilidad parental, que implica la participación activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos en común, ya sea que los padres vivan juntos o separados. De esta forma la nueva redacción del artículo 224 del Código Civil, es la siguiente:

"Art. 224. Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos."<sup>72</sup>

Se modifica asimismo y por completo el artículo 225 del cuerpo legal en comento, consagrando por primera vez en nuestra legislación la figura del

---

<sup>72</sup> Artículo 224 Código Civil chileno.

cuidado personal compartido, solo por intermedio de acuerdo entre los padres. Se altera también la norma de atribución legal preferente para la madre, instaurándose una nueva figura de atribución legal, a falta de acuerdo, respecto del padre o madre con quien los hijos estén conviviendo al momento de la separación. Se elimina asimismo el concepto de causa calificada relativa a maltrato o descuido, regulando la intervención del juez respecto al cambio de titularidad del cuidado personal, basada únicamente en el principio de interés superior del niño. Y finalmente se establece que cualquier resolución que se pronuncie sobre el cuidado personal de un niño, debe señalar también de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal, mantendrá una relación directa y regular con los hijos.

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

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

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

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

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

Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el artículo 229.

Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.<sup>73</sup>

Se introduce también un nuevo artículo relativo al cuidado personal, el artículo 225-2, que señala ciertos criterios y circunstancias que el tribunal debe considerar a efectos de radicar el cuidado personal en uno u otro padre, enmarcando la labor del juez, quien deberá considerar los presupuestos legales establecidos en esta norma, cuya enumeración, en todo caso no es taxativa.

Los criterios deberán ser considerados y ponderados de manera conjunta por el juez, y son los siguientes:

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

---

<sup>73</sup> Artículo 225 Código Civil chileno.

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

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

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

f) La opinión expresada por el hijo.

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

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

i) El domicilio de los padres.

j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.”<sup>74</sup>

Respecto al caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, en que se podrá confiar el cuidado personal de los hijos a otra u otras personas competentes, se modifica el artículo 226 del cuerpo legal en comento, en el sentido de que el juez deberá velar primordialmente por el interés superior del niño, ponderando los criterios y circunstancias establecidos en el artículo 225 – 2, ya mencionado. Es decir aquellos criterios constituyen el marco regulatorio de la atribución judicial del cuidado personal, sea para alguno de los padres, o sea para otras personas distintas, en caso de inhabilidad física o moral de ambos.

---

<sup>74</sup> Artículo 225-2 Código Civil chileno

La nueva redacción del artículo 226 es la siguiente:

"Art. 226. Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2.

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes."<sup>75</sup>

Se establecen además apremios para el padre o madre que no quisiera hacer entrega de su hijo, mediando una resolución judicial que así lo dispusiere, mismos apremios para aquel progenitor que retuviere especies del hijo y se negara a hacer entrega de ellas, previo requerimiento del juez. Lo anterior se plasma en el inciso final del artículo 227 del Código Civil.

Así también, se deroga el artículo 228 del cuerpo legal en comento, que señalaba antiguamente que aquella persona casada que tuviere el cuidado personal de un niño, que no nació dentro de ese matrimonio requería del consentimiento de su cónyuge para tener al menor en el hogar común.

Se sustituye por completo el artículo 229 del Código Civil, estableciendo una nueva regulación en cuanto al régimen de relación directa y regular del padre no custodio.

En primer término se identifica el régimen de relación directa y regular como un derecho y un deber del padre no custodio, que se llevara a cabo de común acuerdo con el otro progenitor o se regulará en sede judicial, de no existir tal acuerdo.

Se define también legislativamente, que debe entenderse por régimen de relación directa y regular, como "aquella que propende a que el vínculo familiar

---

<sup>75</sup> Artículo 226 Código Civil chileno.

entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable.”<sup>76</sup> Junto con lo anterior, se consagra que ya sea que aquel régimen se determine de común acuerdo o por sentencia judicial, en ambos casos se debe fomentar una relación sana y cercana entre el padre no custodio y su hijo, velando por su interés superior, su derecho a ser oído, la evolución de sus facultades, y especialmente las siguientes circunstancias:

“a) La edad del hijo.

b) La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos.

c) El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado.

d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.”<sup>77</sup>

La misma norma también consagra el principio de corresponsabilidad parental en el ejercicio de la relación directa y regular, imponiendo al juez el deber para con los padres de “asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de estos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana.”<sup>78</sup>

Se reglamenta asimismo la prohibición para el padre o madre custodio de obstaculizar el régimen comunicacional con el otro padre, y la posibilidad de suspensión o restricción del ejercicio del mismo, en el evento de que

---

<sup>76</sup> Artículo 229 Código Civil chileno

<sup>77</sup> Ob. Cit.

<sup>78</sup> Ob. Cit.

“manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.”<sup>79</sup>

La nueva redacción del artículo 229 del Código Civil, es la siguiente:

"Art. 229. El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado según las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable.

Para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades, y considerando especialmente:

- a) La edad del hijo.
- b) La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos.
- c) El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado.
- d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.

---

<sup>79</sup> Ob. Cit.

Sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana.

El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo.

Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente."<sup>80</sup>

Respecto también de los regímenes comunicacionales, se incorpora una nueva norma, que prescribe el derecho de los hijos a mantener relaciones directas y regulares con sus abuelos, regulación que puede establecerse de común acuerdo, o en sede judicial, en base también a los criterios señalados en el artículo 229 del Código Civil.

Finalmente en relación con la patria potestad, se modifican los artículos 244 y 245.

Con relación al artículo 244, y contrario a lo establecido previamente, se indica que a falta de acuerdo la patria potestad será ejercida por ambos padres en conjunto, sin perjuicio de lo que puedan pactar de común acuerdo.

Se agrega además, que los actos de mera conservación podrán ser ejercidos por cualquiera de los padres indistintamente, requiriendo para otro tipo de actos actuación conjunta o autorización judicial, en su defecto. Todo esto, sin perjuicio de los acuerdos de los padres en esta materia, o de la intervención judicial cuando se requiera a petición de alguno de los progenitores, en virtud del interés superior del hijo.

---

<sup>80</sup> Artículo 229 Código Civil chileno.



Ahora bien, según las modificaciones al artículo 245, en caso de separación, la patria potestad corresponderá en principio al padre que detenta el cuidado personal, o ambos, en caso de que se haya regulado un cuidado personal compartido.

Sin embargo, a reglón seguido, se autoriza por acuerdo o resolución judicial basada en el principio de interés superior del niño, radicar el ejercicio de la patria potestad en uno de los padres en caso de que la ejerza el otro, radicarla en uno solo, en caso de que se haya establecido que fuera en conjunto, o determinar que ambos padres ejercerán conjuntamente la patria potestad. Esto último resulta ser lo más interesante de la modificación, en mi criterio, pues permite que un tribunal de la República determine que la patria potestad sea ejercida en conjunto, y no solamente por uno de los padres, lo que no existía previamente.

Finalmente y en relación a la ley de Matrimonio Civil, específicamente con respecto a lo dispuesto en el artículo 21 del mismo cuerpo legal, referente al acuerdo de relaciones mutuas que pueden suscribir ambos cónyuges una vez que se produce la separación de hecho, se agrega la posibilidad de pactar en dicho convenio, un régimen de cuidado personal compartido.

## **1.2 Historia de la ley**

### **1.2.1- Mociones Parlamentarias**

La ley N° 20.680 se comienza a gestar con dos mociones parlamentarias.

La primera de los diputados Ramón Barros Montero, Sergio Bobadilla Muñoz, Juan Bustos Ramírez, Francisco Chahúan Chahúan, Eduardo Díaz del Río, Álvaro Escobar Rufatt, Jorge Sabag Villalobos, Alejandra Sepúlveda Orbenes, Ximena Valcarce Becerra y Esteban Valenzuela Van Treek, de fecha 12 de junio de 2008, y la segunda de los Diputados Gabriel Ascencio Mansilla,

Carolina Goic Boroëvic, Adriana Muñoz D'Albora, Sergio Ojeda Uribe, María Antonieta Saa, Marcelo Schilling Rodríguez y Mario Venegas Cárdenas, de fecha 29 de junio de 2010.

La primera moción parlamentaria del año 2008, presenta a la Cámara un Proyecto de Ley que pretende efectuar las siguientes modificaciones al Código Civil y otros cuerpos legales:

- Consagra obligaciones comunes respecto de ambos padres en orden a velar por la integridad física y psíquica de los hijos. Asimismo impone a los padres la obligación de “actuar en forma conjunta en las decisiones que tengan relación con el cuidado, educación y crianza de los hijos.”<sup>81</sup> Consagra también la obligación de los progenitores de “evitar actos u omisiones que degraden, lesionen o desvirtúen en forma injustificada o arbitraria la imagen que el hijo tiene de ambos padres o de su entorno familiar.”<sup>82</sup> Lo anterior con el objeto de regular positivamente el Síndrome de Alienación Parental.
- Establece, que en caso de separación, el cuidado personal de los hijos corresponderá en principio a ambos progenitores, de forma compartida. Lo anterior podría modificarse por acuerdo de los padres, o por intervención judicial, la que tomará lugar en caso de que surgiere disputa, cuando no existiere acuerdo o cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada.
- Sin embargo, se plantea que no se “podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiere cumplido las obligaciones de mantención mientras estuvo al cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Igual medida se adoptará respecto del padre o madre respecto del cual se

---

<sup>81</sup> Historia de la ley 20.680, Primera Moción Parlamentaria, Proyecto de Ley, pp 9.

<sup>82</sup> Ob. Cit

acreditare fehacientemente que ha maltratado física o psicológicamente al hijo.”<sup>83</sup>

- Se establecen también ciertas conductas presentes en el progenitor que tiene el cuidado personal, o que sean instigadas por este último, para ser cometidas por un tercero, que habilitan al otro de los padres para solicitar que se le entregue judicialmente el cuidado personal de los hijos, o habilitan al juez a suspender el derecho a visitas del padre o madre que no tuviere a su cargo el cuidado de los hijos y que incurriere en alguna de las conductas previstas. Dichas conductas dicen relación, entre otras cosas, con el síndrome de alienación parental y con la formulación de denuncias falsas en contra del otro progenitor, y son las siguientes:
  - “a) Denigrar, desprestigiar, insultar, alterar la imagen que el hijo tiene del otro padre en forma permanente y sistemática que tengan como resultado directo un cambio en la relación del otro padre con sus hijos;
  - b) Obstaculizar o prohibir injustificadamente la relación entre los hijos y el otro padre, cuando éste último se encuentre cumpliendo sus obligaciones;
  - c) Incumplir los acuerdos sobre visitas presentados ante el juez o las resoluciones que el Tribunal dicte al respecto en forma injustificada;
  - d) Formular falsas denuncias sobre la conducta del otro padre que digan relación con el trato que éste da a los hijos.

Asimismo, el juez podrá suspender el derecho a visitas del padre o madre que no tuviere a su cargo el cuidado de los hijos y que incurriere en alguna de las conductas previstas en el inciso anterior o instigare a terceros a hacerlo.

El padre o madre que, actuando personalmente o a través de terceros, obliga al hijo a prestar falso testimonio en juicio, en indagaciones

---

<sup>83</sup> Ob. Cit.

policiales o peritajes, con miras a denostar al otro progenitor será responsable civil y penalmente. Se aplicará respecto de él la pena prevista para el falso testimonio.”<sup>84</sup>

- En relación con la patria potestad se propone aquella sea ejercida en forma conjunta por ambos padres, en caso de encontrarse separados. Ahora bien, si solo uno de ellos detenta el cuidado personal también ejercerá la patria potestad, no obstante aquello, en miras del interés superior del niño se puede revisar judicialmente esta materia. También los padres podrán determinar de común acuerdo lo relativo al ejercicio de la patria potestad de sus hijos.

La segunda moción parlamentaria del año 2010, planteada por los diputados Gabriel Ascencio Mansilla, Carolina Goic Boroovic, Adriana Muñoz D’Albora, Sergio Ojeda Uribe, María Antonieta Saa, Marcelo Schilling Rodríguez y Mario Venegas Cárdenas, es bastante diferente y consiste en:

- Se le otorga la facultad a ambos padres, para que en caso de separación regulen lo concerniente al cuidado personal de sus hijos, como primera opción, quienes podrán establecer que sea ejercido por uno de los dos, o de forma compartida.
- Se autoriza la revisión de estas materias en sede judicial, teniendo como consideración primordial el principio de interés superior del niño, eliminándose entonces con esto la “causa calificada” exigida previamente para la revisión judicial.
- La derogación del artículo 228 del Código Civil, relativa la autorización exigida a la persona casada, para mantener en el hogar común a un hijo que no fuera de aquel matrimonio y respecto del cual tuviera el cuidado personal.

---

<sup>84</sup> Historia de la ley 20.680, Primera Moción Parlamentaria, Proyecto de Ley, pp.10.

A continuación se expondrán de forma descriptiva las distintas etapas de la historia de la ley 20.680, desde su inicio hasta su promulgación, destacando las distintas aristas que fue adoptando conforme avanzaba, y algunas opiniones vertidas en aquellas, que conforme a este estudio resulten ser relevantes.

### **1.2.2- Indicaciones Ejecutivo**

Respecto de las indicaciones del ejecutivo para el proyecto de ley que se venía gestando, resulta interesante destacar que no se considera arbitraria la atribución legal preferente a la madre del cuidado personal, en caso de separación, por lo que se propone que esta norma continúe en vigencia. Lo anterior fundamentalmente por las mismas razones previas, esto es, venir a solucionar un problema inmediato, consistente en la residencia de los niños pos separación, evitando con esto, en opinión del Presidente la judicialización inmediata del problema. Junto con esto se solicitan las siguientes modificaciones:

- La regulación positiva del cuidado personal compartido por acuerdo de los padres, autorizándose su regulación judicial, en dos casos:  
“(i) el que la madre o padre que tenga el cuidado personal, impida o entorpezca injustificadamente la relación directa y regular del padre no custodio con el hijo, sea que ésta se haya establecido de común acuerdo o decretado judicialmente y (ii) cuando denuncie o demande falsamente al padre no custodio a fin de perjudicarlo y obtener beneficios económicos.”<sup>85</sup>  
Esto, sin perjuicio de que el hijo deberá tener una sola residencia, la que será preferentemente el hogar de la madre.
- “En aquellos casos en que los padres tengan el cuidado personal compartido de sus hijos, la patria potestad también será compartida.

---

<sup>85</sup> Historia de la ley 20.680, Indicaciones Ejecutivo, pp.18.

Adicionalmente, se permitirá que el juez pueda decretar, o las partes convenir, la patria potestad compartida sin perjuicio que un sólo padre tenga el cuidado personal del hijo.”<sup>86</sup>

- Con respecto a la relación directa y regular se propone una definición normativa de la misma, garantizando mayor injerencia del padre no custodio en la vida del hijo en común, debiendo asegurarse siempre mayor participación y corresponsabilidad de ambos padres en la vida de sus hijos, fomentándose una relación paterno filial sana y cercana. Luego de estas indicaciones dadas por el ejecutivo pasamos al Primer Informe de la Comisión de Familia.

### **1.2.3- Primer Informe Comisión de Familia y Discusión en Sala**

Que participaron emitiendo distintas opiniones para el primer Informe de la Comisión de Familia los siguientes intervinientes:

- Gloria Negroni Vera, Jueza del Tercer Juzgado Familia de Santiago
- Fabiola Lathrop Gómez, Profesora Derecho Civil U. de Chile
- Carmen Domínguez Hidalgo, Profesora Derecho Civil P.U.Católica
- Alejandra Montenegro y Ximena Osorio, Mediadoras del Centro de Atención Jurídico Social Andalahue
- Andrés Donoso C., Médico Psiquiatra, Instituto Chileno de Terapia

Y se escuchó en audiencia pública a las siguientes organizaciones y sus representantes:

- Papás por Siempre y Filius Pater
- Papá Presente

---

<sup>86</sup> Ob. Cit.

- Amor de Papá

- Señores Miguel Saavedra y Luis Alberto Moraga

De todas las opiniones vertidas, escuchándose también las indicaciones del Ejecutivo se concluye en el siguiente proyecto de ley, consistente en:

- Se consagran en el artículo 222 del Código Civil deberes y obligaciones de los progenitores, regulando aquellas conductas tendientes a degradar y lesionar la imagen de ambos padres o de su entorno familiar, en el siguiente sentido:

“Es deber de ambos padres, cuidar y proteger a sus hijos e hijas y velar por la integridad física y psíquica de ellos. Los padres actuarán de común acuerdo en las decisiones que tengan relación con el cuidado personal de su crianza y educación, y deberán evitar actos u omisiones que degraden, lesionen o desvirtúen en forma injustificada o arbitraria la imagen que el hijo o hija tiene de ambos padres o de su entorno familiar. Corresponde al Estado la elaboración de políticas públicas tendientes a garantizar el cuidado y desarrollo de hijos e hijas y al sector privado contribuir a la conciliación de la familia y el trabajo.”<sup>87</sup>

- En relación al cuidado personal, se mantiene la atribución legal preferente a la madre, pero se establece como novedad la alternativa de regular un cuidado personal compartido de común acuerdo, o en sede judicial, en los casos que se indica. Se elabora una definición de cuidado personal compartido y se establece que el hijo o hija sujeto a cuidado personal compartido, deberá tener una sola residencia habitual, la cual será preferentemente el hogar de la madre. Junto con esto se mantiene

---

<sup>87</sup> Historia de la ley 20.680, Primer Informe Comisión de Familia, pp. 87.

la atribución judicial del cuidado personal, cuando el interés del hijo o hija lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada.

“Artículo 225.- Si los padres viven separados, podrán determinar, de común acuerdo, que el cuidado personal de uno o más hijos o hijas corresponda a la madre, al padre o a ambos en conjunto. El acuerdo se otorgará mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción del nacimiento del hijo o hija dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

A falta de acuerdo, a la madre toca el cuidado personal de los hijos e hijas menores.

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

En ningún caso, el juez podrá fundar su decisión en base a la capacidad económica de los padres. El padre o madre que ejerza el cuidado personal facilitará el régimen comunicacional con el otro padre.

Velando por el interés superior del hijo o hija, podrá el juez entregar el cuidado personal a ambos padres, cuando el padre o madre custodio impidiere o dificultare injustificadamente el ejercicio de la relación directa y regular del padre no custodio con el hijo o hija, sea que ésta se haya establecido de común acuerdo o decretado judicialmente. También podrá entregarlo cuando el padre o madre custodio realice denuncias o



demandas basadas en hechos falsos con el fin de perjudicar al no custodio y obtener beneficios económicos.

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

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

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

Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.”<sup>88</sup>

- Se deroga el artículo 228 del Código Civil.
- Con respecto a la relación directa y regular, se define normativamente, y se impone al juez la obligación de asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de ambos padres en la vida de sus hijos, en pos de una relación paterno filial sana y cercana:

“Relación directa y regular es aquella que propende a que el vínculo paterno filial entre el padre no custodio y su hijo o hija se mantenga a

---

<sup>88</sup> Ob. Cit.

través de un contacto personal, periódico y estable. El régimen variará según la edad del hijo o hija y la relación que exista con el padre, las circunstancias particulares, necesidades afectivas, y otros elementos que deban tomarse en cuenta, siempre en consideración del mejor interés del menor.

Con todo, sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de ambos padres en la vida del hijo o hija, estableciendo las condiciones que fomenten una relación paterno filial sana y cercana”.<sup>89</sup>

- En relación a la patria potestad se establece que de no mediar acuerdo se ejercerá en conjunto por ambos progenitores:

“5.-Modifícase, el artículo 244 del modo que se indica:

a).- Reemplázase, el inciso segundo por el siguiente:

“A falta de la suscripción de acuerdo, toca al padre y madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad”.

b).- Agrégase, un nuevo inciso final, con la siguiente lectura:

“En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se presume que los actos realizados por uno de los padres cuenta con el consentimiento del otro, salvo que la ley disponga algo distinto”.<sup>90</sup>

Este proyecto, con las indicaciones referidas, como hemos venido señalando, pasa a la primera discusión en sala, donde me gustaría destacar la opinión de algunos parlamentarios.

---

<sup>89</sup> Ob. Cit. pp 88.

<sup>90</sup> Ob. Cit.

El primer lugar destaco el punto de vista del diputado señor Pepe Auth, en relación con la igualdad entre hombres y mujeres relativo a sus roles como progenitores. La igualdad plena de derechos debiera regir el debate, y a falta de acuerdo es el juez quien debiera decidir, no es posible señala, que deba inhabilitarse a través de una serie de exámenes psiquiátricos a la madre para obtener la tuición de los hijos. A este respecto el diputado señor Pepe Auth: “Pero, también es evidente que Chile debe caminar hacia la corresponsabilidad completa y me parece que mantener la situación que obliga a un conjunto numeroso de padres, prácticamente, a establecer exámenes psiquiátricos que consideren a la madre fuera de sus cabales para poder conseguir la tuición y el cuidado de los hijos, si vamos a legislar sobre este tema, debiéramos restablecer, a la hora de la responsabilidad de los hijos, la igualdad plena de derechos.

¿Qué significa eso? Que, de no haber un acuerdo entre la madre y el padre que se separan, éste debiera ser establecido por el juez, partiendo de la igualdad de condiciones del padre y de la madre para hacerse cargo del hijo. Porque, si lo que nos interesa es el hijo, evidentemente, será la valoración de condiciones, como brindarle atención afectiva, cuidado, protección y buen desarrollo que debe determinar, exclusivamente, quién se hace cargo de él, y no la condición de género del padre.

Debe haber un correlato entre derechos y deberes -si igualamos deberes, también debemos igualar derechos-, y aquí permanece una desigualdad fundamental entre la madre y el padre a la hora de reclamar el derecho al cuidado y protección de los hijos.”<sup>91</sup>

En sentido diverso argumentando respecto de la imposibilidad de que el juez pueda pronunciarse respecto de un cuidado personal compartido se pronuncia el diputado Letelier, quien muestra el más absoluto convencimiento

---

<sup>91</sup> Historia de la ley 20.680, Discusión en Sala, pp. 104-105.

de que debe ser la madre quien tenga el cuidado personal de no mediar acuerdo, y que resulta ser imposible darle atribuciones al juez en este sentido: “Por ningún motivo se puede facultar al juez para imponer la tuición compartida, como lo pretende el proyecto. Diversos estudios nacionales e internacionales señalan que el cuidado personal de los hijos corresponde a ambos padres y, si no se ponen de acuerdo, a la madre. Esta realidad la vemos siempre quienes en las semanas distritales recorremos las poblaciones. Siempre observamos que es la madre la que está al cuidado personal de los hijos cuando el padre abandona sus funciones. Por eso, no logramos entender cuál es el objetivo de establecer la tuición compartida, sobre todo cuando, en la práctica, es altamente inconveniente establecerlo así en la ley habida consideración de que los jueces de familia tienen esa facultad, que tratan de ejercer de manera más adecuada. Cuando no consiguen el acuerdo entre los padres, es la madre - como lo establece la ley- a quien cabe la responsabilidad de cuidar a los hijos.”<sup>92</sup>

Finalmente el Diputado Señor Díaz relativo a la regla de atribución legal materna, en un sentido similar al señor Pepe Auth, indica que el juez debiera decidir, y recalca la injusticia de tener que invocar causales tan gravosas como las causas calificadas a las que nos hemos referido, para obtener el cuidado personal de los hijos: “Cuando no hay acuerdo entre los padres sobre quién debe tener el cuidado de los hijos, corresponde al juez determinarlo. Sin embargo, no es razonable que la ley establezca, por sí y ante sí, que corresponde a la madre, y que el padre, para modificar dicha decisión, tenga que invocar causales increíblemente surrealistas sobre por qué la madre no puede hacer cargo del cuidado de los niños, como alcoholismo, prostitución, etcétera.”

---

<sup>92</sup> Ob. Cit, pp. 108.

Concluye la primera discusión en sala, siendo objeto el proyecto formulado de una serie de indicaciones, para volver a la Comisión de Familia.

#### **1.2.4. Segundo Informe de Comisión de Familia**

Dadas las indicaciones propuestas por la cámara de diputados en discusión en sala, el Segundo Informe de la Comisión de Familia, propone el siguiente proyecto de ley:

“Artículo 1°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Civil, cuyo texto refundido fue fijado en el artículo 2°, del decreto con fuerza de ley N° 1 de 2000, del Ministerio de Justicia:

1.-Intercálase, en el artículo 222, el siguiente inciso segundo, nuevo:

“Es deber de ambos padres, cuidar y proteger a sus hijos e hijas y velar por la integridad física y psíquica de ellos. Los padres actuarán de común acuerdo en las decisiones relacionadas con el cuidado personal, su crianza y educación, y deberán evitar actos u omisiones que degraden, lesionen o desvirtúen en forma injustificada o arbitraria la imagen que el hijo o hija tiene de ambos padres o de su entorno familiar.

2.- Sustitúyese, el artículo 225, de la forma que sigue:

“Artículo 225.- Si los padres viven separados, podrán determinar, de común acuerdo, que el cuidado personal de uno o más hijos o hijas corresponda a la madre, al padre o a ambos en conjunto. El acuerdo se otorgará mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción del nacimiento del hijo o hija dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

A falta de acuerdo, a la madre toca el cuidado personal de los hijos e hijas menores.

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

En ningún caso, el juez podrá fundar su decisión en base a la capacidad económica de los padres. El padre o madre que ejerza el cuidado personal facilitará el régimen comunicacional con el otro padre.

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

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

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

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

compartido decretado judicialmente, será el juez quien deberá determinar dichas medidas.

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

3.- Derógase el artículo 228.

4.-Intercálanse, en el artículo 229, los siguientes incisos segundo y tercero, nuevos, pasando el actual segundo a ser cuarto, en la forma que se indican:

“Relación directa y regular es aquella que propende a que el vínculo paterno filial entre el padre no custodio y su hijo o hija se mantenga a través de un contacto personal, periódico y estable. El régimen variará según la edad del hijo o hija y la relación que exista con el padre, las circunstancias particulares, necesidades afectivas, y otros elementos que deban tomarse en cuenta, siempre en consideración del mejor interés del menor.

Con todo, sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de ambos padres en la vida del hijo o hija, estableciendo las condiciones que fomenten una relación paterno filial sana y cercana”.

5.-Modifícase, el artículo 244 del modo que sigue:

a).- Reemplázase, el inciso segundo por el siguiente:

“A falta de la suscripción de acuerdo, toca al padre y madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad”.

b).- Agrégase, un nuevo inciso final, con la siguiente lectura:

“En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se presume que los actos realizados por uno de los padres cuenta con el consentimiento del otro, salvo que la ley disponga algo distinto”.

6.- Modifícase, el artículo 245, de la forma que se señala:

a).-Agrégase, en el inciso primero, a continuación del término “hijo”, las palabras “hija, o ambos”.

b).-Añádese, en el inciso segundo, a continuación de la palabra “padre”, las locuciones “o a ambos”

Artículo 2°.- Intercálase, en el inciso tercero del artículo 66, de la ley N°16.618, de Menores, entre las locuciones “Civil,” y “será apremiado” la frase “sea incumpliendo el régimen comunicacional establecido a su favor o impidiendo que este se verifique”.

Se designó Diputado Informante a don Marcelo Schilling Rodríguez.

Tratado y acordado, según consta en el acta correspondiente a la sesión celebrada el día 22 de junio de 2011, con la asistencia de las siguientes señoras y señores diputadas y diputados: María Angélica Cristi Marfil, María José Hoffmann Opazo, Carlos Abel Jarpa Wevar, Adriana Muñoz D’Albora, Karla Rubilar Barahona, María Antonieta Saa Díaz, Marcela Sabat Fernández, Jorge Sabag Villalobos, Marcelo Schilling Rodríguez y Mónica Zalaquett Said (Presidenta).<sup>93</sup>

A continuación el proyecto formulado vuelve para ser objeto de indicaciones del ejecutivo, Informe de la Comisión de Constitución y discusión en sala, para luego constituirse en segundo trámite constitucional el Senado, con el Primer Informe de Comisión de Constitución.

---

<sup>93</sup> Historia de la ley 20.680, Segundo Informe Comisión de Familia, pp 144-146.



### **1.2.5. Senado. Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Discusión en Sala**

En relación con los participantes se hicieron presentes “la señora Carolina Schmidt, Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer, acompañada por la Jefa del Departamento de Reformas Legales de dicha Secretaría de Estado, señora Andrea Barros, y las asesoras legislativas, señoras Susan Ortega y Daniela Sarrás.

Concurrieron la señora Inés María Letelier, Ministra de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, y la señora Gloria Negroni, Jueza del Tercer Juzgado de Familia de Santiago.

Participaron los profesores señoras Carmen Domínguez, Fabiola Lathrop, Andrea Muñoz y María Sara Rodríguez y señor Mauricio Tapia.

Intervinieron las abogadas mediadoras señoras Alejandra Montenegro, Ximena Osorio y Ana María Valenzuela. Igualmente, lo hizo la psicóloga y perito judicial, señora Verónica Gómez.

Asistió el señor Nicolás Espejo, Consultor del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

Por la Agrupación Amor de Papá, concurrieron el Presidente Internacional, señor David Abuhadba; el Presidente Nacional N° 1, señor Patricio Retamales; el abogado señor Rodrigo Medina; el psicólogo, señor Miguel González, y los representantes, señora Carolina Cornejo y señor Juan Quezada. En representación de la Corporación Papás por Siempre, asistió su Presidente, señor Carlos Michea. Por la Fundación Filius Pater, lo hizo su Presidente, señor Rodrigo Villouta. En representación de la Organización Papá Presente, participaron el Director, señor Hugo Riveros; el vocero, señor Rodrigo García, y el asesor, señor Max Celedón.

Por la Biblioteca del Congreso Nacional, participó la abogada analista, señora Paola Truffello.

Asistieron, por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el asesor, señor Juan Ignacio Gómez; por la Fundación Jaime Guzmán, los asesores señora Erika Farías y señores Héctor Mery y Gustavo Rosende, y por el Instituto Libertad, la asesora, señora Josefina Figueroa.

Del mismo modo, concurrieron el asesor de la Honorable Senadora señora Alvear, señor Héctor Ruiz; los asesores del Honorable Senador señor Walker (don Patricio), señora Paz Anastasiadis y señor Fernando Dazarola; la asesora del Comité UDI, señora Hedy Matthei, y el asesor de la Honorable Diputada señora Saa, señor Leonardo Estradé-Brancoli.<sup>94</sup>

Las principales modificaciones que la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia propone incorporar al texto propuesto por la Comisión de Familia, en su segundo informe, son las siguientes:

- Se incorpora una nueva definición de cuidado personal compartido como “un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.”<sup>95</sup>
- Se establece la figura del cuidado personal compartido por acuerdo entre los padres, con las solemnidades anteriores, debiendo acordarse también y en este instrumento, el régimen comunicacional para el padre no custodio.
- Se mantiene la atribución legal materna sin mediar acuerdo o decisión judicial, sin perjuicio de la relación directa, regular y personal que deberán mantener los hijos con el padre.

---

<sup>94</sup> Historia de la ley 20.680, Primer Informe Comisión de Constitución, pp 257 y 258.

<sup>95</sup> Ob.Cit, pp 377.

- Se eliminó asimismo la posibilidad de que el juez estableciera un cuidado personal compartido por denuncias falsas de alguno de los dos progenitores o por obstaculizar el régimen comunicacional.

La razón de esta eliminación que aparece por primera vez en la tramitación del proyecto, manteniéndose hasta el final, con la ley que actualmente conocemos, es que se concluye que el cuidado personal compartido requiere una “lógica asociativa, que es sustancial a esta modalidad de cuidado personal”.<sup>96</sup> Se señala asimismo que el establecimiento del mismo bajo sanción “contradice dicha lógica e ignora el mínimo reconocimiento de las aptitudes parentales que este régimen requiere para su buen funcionamiento.”<sup>97</sup>

- Se elimina también lo referente a que el hijo o hija sujeto a cuidado personal compartido deberá tener una sola residencia habitual, la cual será preferentemente el hogar de la madre.
- La intervención judicial en materia de cuidado personal se introduce cuando las circunstancias lo requieran y el interés del hijo lo haga conveniente, eliminándose la causa calificada relativa a maltrato o descuido. El juez en esta instancia también debe pronunciarse respecto al régimen comunicacional.
- En materia de régimen comunicacional se mantiene el proyecto de la Comisión de Familia, agregando un último inciso relativo a que aquel se puede suspender o restringir “cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente”.<sup>98</sup>
- Con respecto a la patria potestad, a falta de acuerdo toca al padre y la madre en conjunto su ejercicio. La actuación indistinta de los padres, solo se autoriza cuando se verifiquen funciones de representación legal que no perjudiquen los derechos de los niños, ni se establezcan

---

<sup>96</sup> Historia de la ley 20.680, Discusión Sala, pp. 222.

<sup>97</sup> Ob. Cit.

<sup>98</sup> Ob. Cit.

obligaciones, regulación distinta a la propuesta por la Comisión de Familia. Se puede determinar la patria potestad conjunta o radicarla en alguno de los padres por acuerdo o resolución judicial, modificándola de la misma forma en base al interés superior del niño.

- Finalmente se crean dos artículos nuevos en la ley de Menores, 40 y 41 que establecen ciertos factores que debe ponderar el juez al menos, para efectos de tomar cualquier decisión relativa al cuidado personal, régimen comunicacional o cualquier otra norma donde deba atenderse especialmente al interés superior del niño. Así como también se instauran positivamente en el artículo 41 factores a tomar en cuenta para efectos de la aprobación de acuerdos, mediaciones y cuidados personales compartidos que deban autorizarse por la judicatura.

Transcribo ambas normas propuestas por la Comisión de Constitución en su primer Informe:

“Artículo 40.- Para los efectos de los artículos 225, inciso tercero; 229 y 242, inciso segundo del Código Civil, y de otra norma en que se requiera considerar el interés superior del hijo como criterio de decisión, el juez deberá ponderar al menos los siguientes factores:

a) Bienestar que implica para el hijo el cuidado personal del padre o madre, o el establecimiento de un régimen judicial de relación directa, regular y personal, tomando en cuenta sus posibilidades actuales y futuras de entregar al hijo estabilidad educativa y emocional;

b) Riesgos o perjuicios que podrían derivarse para el hijo en caso de adoptarse una decisión o cambio en su situación actual;

c) Efecto probable de cualquier cambio de situación en la vida actual del hijo, y

d) Evaluación del hijo y su opinión, especialmente si ha alcanzado la edad de catorce años.”.

2.- Introdúcese el siguiente artículo 41:

“Artículo 41.- Para los efectos del artículo 225 del Código Civil, el artículo 21 de la ley N° 19.947 y de los artículos 106 y 111 de la ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, y cada vez que esté llamado a aprobar un régimen de cuidado personal compartido, el juez tomará en cuenta, según procedan, los siguientes factores:

a) Vinculación afectiva entre el hijo y cada uno de sus padres, y demás personas de su entorno;

b) Aptitud de los padres para garantizar, de acuerdo a sus medios, el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un ambiente adecuado, según su edad;

c) Actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa, regular y personal del hijo con ambos padres;

d) Tiempo que cada uno de los padres, conforme a sus posibilidades, dedicaba al hijo antes de la separación y tareas que efectivamente ejercitaba para procurarle bienestar;

e) Evaluación del hijo y su opinión, especialmente si ha alcanzado la edad de catorce años;

f) Ubicación geográfica del domicilio de los padres y los horarios y actividades del hijo y los padres, y

g) Cualquier otro antecedente o circunstancia que sea relevante según el interés superior del hijo.”<sup>99</sup>

El proyecto del informe de la Comisión de Familia como base, con todas las adiciones y enmiendas que realizó la Comisión de Constitución es aprobado en discusión en sala con ciertas indicaciones, para pasar al segundo trámite constitucional referente al Segundo Informe de la Comisión de Constitución.

#### **1.2.6. Segundo Informe Comisión de Constitución del Senado**

Habiéndose debatido en sala, se plantearon diversas indicaciones al Proyecto Formulado, escuchándose además a distintos abogados, psicólogos, académicos, y jueces.

Como consecuencia de este trámite constitucional, se propone un proyecto distinto, más concordante con las ideas matrices del proyecto, según me referiré en los próximos párrafos.

Sin embargo, me parece relevante destacar algunas opiniones de los participantes de esta Comisión, que me parecen del todo atingentes.

A este respecto “la Psicóloga señora Pilar Lampert, Asesora de la Biblioteca del Congreso Nacional, informó acerca de los efectos de la custodia compartida en los niños y adolescentes y la experiencia acumulada a este respecto en otras naciones”<sup>100</sup>, refiriéndose también a la necesidad de que los niños tengan una relación cercana y afectiva profunda con ambos padres, de manera tal de mitigar en la mayor medida posible los efectos de la separación.

Desde un punto de vista psicológico los niños generan desde sus primeros años de vida vínculos de apego con ambos padres. La mantención y desarrollo de este vínculo influirá necesariamente en la salud mental de los niños convirtiéndolos en personas sanas, adaptadas e independientes que se

---

<sup>99</sup> Historia de la ley 20.680, Primer Informe Comisión de Constitución, pp 379-380.

<sup>100</sup> Ob Cit, pp.417

relacionen con los demás de una forma adecuada: “Este nexo desarrollado con ambos padres se constituye en la base, para el sano desarrollo afectivo del niño. De este modo, los niños “que cuentan con una base de seguridad de ambas figuras parentales, desarrollan y afianzan el suficiente sentimiento de confianza en sí mismos, como para relacionarse con el mundo de manera sana y provechosa: cuanto más seguro sea el vínculo afectivo de un niño con los adultos que lo cuidan y educan, más garantía hay de que se convierta en un adulto psicológicamente adaptado e independiente y de que establezca buenas relaciones con los demás”<sup>101</sup>

Ahora bien, en este entendido, existen diversos estudios a los cuales refiere la autora, que aconsejan un escenario de custodia compartida en el evento en que el conflicto entre los padres fluctúe entre medio a leve, tornándose más complejo este escenario mientras el conflicto entre los padres aumente. Sin perjuicio de aquello, se concluye que la custodia compartida en óptimas condiciones con involucramiento de residencia de ambos padres, sería el escenario ideal para la familia pos separación, situación que sin embargo habría que evaluar en caso de violencia, inestabilidad psicológica de ambos padres o alto nivel de conflicto: “Independientemente del ajuste al que puedan llegar, estudios muestran que el divorcio afecta el bienestar de la madre y el padre cuando la residencia la conserva el otro padre. Mientras las madres bajan su nivel de bienestar, independientemente del nivel de contacto con sus hijos, el nivel de bienestar de los padres mejora notablemente al tener contacto frecuente con sus hijos. Ambos padres suben su nivel de bienestar en el caso de custodia compartida (con alternancia de residencia).”<sup>102</sup>

En otro sentido indicando que la custodia compartida solo debe operar por acuerdo entre los padres se pronuncia doña Andrea Barros Jefa del

---

<sup>101</sup> Ob Cit pp. 419.

<sup>102</sup> Ob Cit pp. 434.

Departamento de Reformas Legales del Servicio Nacional de la Mujer, proponiendo mantener la regla legal supletoria de atribución materna.

La profesora Andrea Muñoz se inclina por el cuidado personal compartido y por la eliminación de la regla de atribución legal preferente a la madre, que ya no se consagra por ninguna legislación.

El profesor Mauricio Tapia respecto de la desigualdad que se perpetúa de no modificarse la legislación actual, indica que la regla de atribución legal materna es abiertamente inconstitucional. Que asimismo Chile sería el único país que mantiene la diferenciación entre patria potestad y cuidado personal, debiendo hablarse de autoridad parental que englobaría ambos conceptos, y que debieran detentar ambos padres, vivan juntos o separados. Recuerda en este sentido que la “patria potestad nació en nuestro país como una forma de discriminar a las mujeres, pues a la época de la dictación del Código Civil se prefería no entregar a la mujer la administración de los bienes.”<sup>103</sup>

Respecto al cuidado personal compartido, el profesor Tapia se inclina mayormente por aquel régimen que implique una residencia preferente, en razón del desarraigo que se puede generar en los hijos con constantes cambios de residencia, pero que aquel que no detente la residencia debe comprometerse.

Indicó asimismo que debe eliminarse la preferencia legal materna, expresando que varias de sus inquietudes habían sido recogidas por algunos parlamentarios.

Continuando con la regla de atribución legal preferente, es interesante, en este punto la poca acogida, que en esta instancia tuvo la propuesta de la senadora Alvear, respecto del análisis del inciso cuarto del artículo 225 del

---

<sup>103</sup> Ob Cit pp. 436.



Código Civil, propuesta que no obstante, no tener adherentes en esa etapa, hoy constituye la redacción definitiva de la norma.

“Analizando una vez más los distintos elementos considerados al debatirse el inciso cuarto del artículo 225 del Código Civil, la Honorable Senadora señora Alvear consideró que una fórmula que podría concitar mayor apoyo en el caso regulado por esta disposición sería la siguiente: “Mientras no exista acuerdo o resolución judicial, ejercerá el cuidado personal el padre o madre que resida con el hijo.”. Solamente el Honorable Senador señor Walker, don Patricio, apoyó dicha propuesta.

En consecuencia, se optó, como texto definitivo, por el planteamiento que anteriormente se había propuesto para este inciso cuarto, con las modificaciones propuestas por los Honorables Senadores señores Espina, Larraín, don Carlos y Larraín, don Hernán (Presidente).”<sup>104</sup>

Hago hincapié como primera modificación importante al proyecto anterior, en la nueva redacción para el inciso 4° del artículo 225 del Código Civil, que indica que en caso de que ambos padres estuvieren separados, y no mediara acuerdo compartirán la responsabilidad y todos los derechos y deberes respecto de los hijos comunes. Ahora bien, haciendo expresa alusión de que se trata de una norma de carácter transitorio, y que no constituye una preferencia legal, se señala que de no mediar acuerdo o resolución judicial, los hijos residirán y estarán transitoriamente bajo el cuidado personal de su madre, situación que se hace extensiva al padre en la misma situación.

Como segunda modificación se crea el artículo 225 – 2 del Código Civil, que establece ciertos criterios que debe ponderar y considerar el juez para efectos de decidir respecto del establecimiento y ejercicio del cuidado personal.

---

<sup>104</sup> Ob. Cit, pp. 490-491.

Como tercera variante, se introducen al artículo 229 factores a considerar también, para la determinación del régimen comunicacional con el padre no custodio, establecido ya sea de común acuerdo o resolución judicial.

Se incorpora asimismo el derecho de los hijos de mantener relaciones directas y regulares con sus abuelos.

Se propone entonces para su discusión en sala el siguiente proyecto de ley:

“Artículo 1°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Civil, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fija el artículo 2° del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2000, del Ministerio de Justicia:

1.- Sustitúyese el inciso primero del artículo

224 por el siguiente:

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

2.- Reemplázase el artículo 225 por el siguiente:

“Artículo 225. Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento.

Este acuerdo podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

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

El acuerdo a que se refiere el inciso primero deberá establecer la frecuencia y libertad con que el padre o madre privado del cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos.

Si los padres viven separados y no hubiere acuerdo entre ellos, compartirán la responsabilidad y todos los derechos y deberes respecto de los hijos comunes. Sin perjuicio de lo anterior, y sólo mientras no exista acuerdo o resolución judicial en contrario al respecto, como regla supletoria los hijos residirán y estarán transitoriamente bajo el cuidado personal de su madre, sin que ello constituya una preferencia legal. Sin embargo, si los hijos residieren de hecho sólo con el padre, en ese caso y mientras no exista acuerdo o resolución judicial en contrario, continuarán transitoriamente bajo el cuidado personal de aquél.

En cualquiera de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés del hijo lo haga conveniente, el juez podrá modificar lo establecido, para atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiere contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro mantendrá con él una relación directa y regular.

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

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

3.- Incorpórase, como artículo 225-2, nuevo, el siguiente:

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

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

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

c) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular;

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

e) La opinión expresada por el hijo;

f) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar;

g) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio;

h) El domicilio de los padres, e

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

4.- Agrégase el siguiente inciso tercero, nuevo, al artículo 227:

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

5.- Derógase el artículo 228.

6.- Sustitúyese el artículo 229 por el siguiente:

“Artículo 229. El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado en las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

Se entiende por relación directa y regular, aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable.

Para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades, y considerando especialmente:

a) La edad del hijo;

b) La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos;

c) El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado, y

d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.

Sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana.

El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo.

Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.”.

7.- Incorpórase, como artículo 229-2, nuevo, el siguiente:

“Artículo 229-2. El hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con sus ascendientes. A falta de acuerdo, el juez fijará la modalidad de esta relación atendido el interés del hijo, en conformidad a los criterios del artículo 229.”.

8.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 244:

a) Reemplázase el inciso segundo por el siguiente:

“A falta de acuerdo, toca al padre y a la madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad.”.

b) Intercálase el siguiente inciso tercero, nuevo, pasando los actuales tercero y cuarto a ser cuarto y quinto, respectivamente:

“Con todo, los padres podrán actuar indistintamente en los actos de mera conservación. Respecto del resto de los actos, se requerirá actuación conjunta. En caso de desacuerdo de los padres, o cuando uno de ellos esté ausente o impedido o se negare injustificadamente, se requerirá autorización judicial.”.

9.- Modifícase el artículo 245 en el siguiente sentido:

a) Intercálanse en el inciso primero, entre los términos “hijo,” y “de conformidad” las palabras “o por ambos,”.

b) Sustitúyese el inciso segundo por el siguiente:

“Sin embargo, por acuerdo de los padres o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse la patria potestad al otro padre o radicarla en uno de ellos si la ejercieren conjuntamente. Además, basándose en igual interés, los padres podrán ejercerla en forma conjunta. Se aplicarán al acuerdo o a la resolución judicial las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente.”.

c) Agrégase el siguiente inciso tercero:

“En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se aplicará lo establecido en el inciso tercero del artículo anterior.”.

Artículo 2°.- Reemplázase, en el artículo 42 de la ley N° 16.618, de Menores, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el artículo 6° del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2000, del Ministerio de Justicia, la frase inicial “Para los efectos” por “Para el solo efecto”.

Artículo 3°.- Sustitúyese el inciso segundo del artículo 21 de la ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, por el siguiente:

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

no los tuviere bajo su cuidado. En este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido.”<sup>105</sup>

### **1.2.7. Discusión en Sala**

Respecto del proyecto propuesto por el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, es interesante destacar la discusión parlamentaria, respecto de ciertos aspectos a los que me referiré a continuación.

En relación al inciso cuarto del artículo 225, la norma dispone que si los padres viven separados y no hubiere acuerdo entre ellos, compartirán la responsabilidad y todos los derechos y deberes respecto de los hijos comunes. Sin perjuicio de lo anterior, y sólo mientras no exista acuerdo o resolución judicial en contrario al respecto, como regla supletoria los hijos residirán y estarán transitoriamente bajo el cuidado personal de su madre, sin que ello constituya una preferencia legal. Sin embargo, si los hijos residieren de hecho sólo con el padre, en ese caso y mientras no exista acuerdo o resolución judicial en contrario, continuarán transitoriamente bajo el cuidado personal de aquél.

A este respecto, emite opinión la Ministra de la Mujer, Sra. Schmidt manifestando su conformidad con la norma supletoria en discusión:

“Es importante mantener la disposición supletoria aprobada en la Comisión de Constitución del Senado, porque la realidad en nuestro país es que nacen 250 mil niños al año y hay 200 mil demandas por pensión de alimentos. De no contarse con ella, el padre o la madre que ni siquiera paga pensión alimenticia por sus hijos podrá tener su tuición sin haberles brindado apoyo durante toda su vida. La legislación actual dispone la imposibilidad de que alguien que no pague la mantención de los hijos, pudiendo hacerlo, tenga la tuición de ellos.

---

<sup>105</sup> Historia de la ley 20.680, Segundo Informe Comisión de Constitución Senado, pp 535-540.



Por eso resulta fundamental que respetemos lo propuesto en la referida norma.

La realidad también nos muestra que una de cada tres mujeres en nuestro país ha sido víctima de violencia intrafamiliar.

Entonces, ¿cómo se pretende que se ejerza el cuidado compartido de los hijos en el caso de padres agresores?

Es esencial considerar nuestra realidad. En Chile no existe igualdad todavía entre hombres y mujeres; la capacidad económica del padre es mayor que la de la madre. No podemos aceptar que hombres y mujeres, padres y madres, tengan iguales derechos si no asumen similares responsabilidades con respecto a sus hijos.

Por lo tanto, debemos cambiar la visión que hoy tenemos en nuestra sociedad, a fin de que sea un derecho de los hijos contar siempre con la presencia del padre y de la madre. De ahí que la norma supletoria, que establece de forma igualitaria la entrega del cuidado provisional del niño al padre o la madre con quien vive mientras el juez decide, es tan trascendente de mantener.”<sup>106</sup>

En este punto el Sr. Chahuán, coautor de una de las mociones parlamentarias que dieron inicio a este proyecto de ley, manifestando su disconformidad con la nueva redacción de la norma de atribución legal preferente:

“Dicho eso, necesario es mencionar que en este proyecto de ley, lamentablemente, subsiste una regla que contiene una discriminación arbitraria, denominada de “atribución preferente” del cuidado personal de los hijos a la madre -o, como se ha sostenido ahora, del padre con quien se encuentra el niño-, en caso de separación de los progenitores.

---

<sup>106</sup> Historia de la ley 20.680, Discusión en Sala, pp 547-548.

Considero que dicha regla es la mayor falencia de la iniciativa en debate, ya que se perpetúa una discriminación contra el padre, la que resulta hoy inconstitucional, por contrariar el principio de igualdad ante la ley, e implicaría una excepción en la materia, a la luz del derecho comparado.

En efecto, y tal como lo sostiene el destacado profesor Mauricio Tapia, dicha regla es falaz, desde el momento en que aquella disputa se plantea necesariamente en escenarios de crisis familiar que los propios padres no son capaces de resolver por sí solos y que terminan en forma indefectible en los tribunales de familia, en el marco de divorcios o separaciones, espacio en que los progenitores necesariamente deberán conciliar las relaciones respecto de los hijos en común o esperar que las dirima en definitiva el juez.

Siendo insoslayable e inminente la intervención judicial en este tipo de conflictos -repito: aquellos que los propios progenitores no han sido capaces de resolver por sí solos-, estimo que son precisamente los tribunales de familia,...

Su Señoría tiene un minuto más.

El señor CHAHUÁN.-... en su trabajo multidisciplinario junto a sus consejos técnicos, los que, sobre la base de las circunstancias concretas de cada caso en especial, decidirán -mientras se tramita la secuela del juicio- cuál de los progenitores ejercerá provisoriamente el cuidado personal de los hijos en común.

Sin duda, una regla de tal naturaleza, de franca discriminación contra los padres, solo perpetuará y agudizará el conflicto familiar, por la evidente acumulación de resentimiento en el progenitor discriminado legalmente, y porque también contribuirá a profundizar la sensación de algunas madres que, en el marco de la crisis familiar, sienten que los hijos son objeto de su propiedad, lo que claramente reduce la posibilidad de llegar entre los propios progenitores a acuerdos que contemplen deberes y derechos de ambos para

con sus hijos, que han de ser compartidos en forma equitativa, fomentando el rol de los dos en su crianza y educación.”<sup>107</sup>

Respecto a la posibilidad de regular un cuidado personal compartido en sede judicial, el Sr. Chahuan estima que debiera poder establecerse a solicitud de alguno de los progenitores, en el evento de concurrir ciertas y determinadas circunstancias:

“Asimismo, considero de suma importancia incorporar la facultad judicial de modalidad de cuidado personal compartido cuando sea solicitado por uno de los progenitores, es decir, cuando exista interés por ejercerlo de manera conjunta, y establecer criterios específicos y objetivos tanto para radicar como para alterar el cuidado personal.”<sup>108</sup>

Además concluye indicando, que resulta ser un error poner el acento en la residencia necesariamente, para efectos del establecimiento de un cuidado personal compartido, pues aquel debiera enfocarse más bien en las labores de protección, educación, crianza y participación de ambos padres en la vida de los hijos en común.

La senadora Alvear en este mismo sentido, propone la redacción actual de la norma:

“La señora ALVEAR.- Muchas gracias.

Señor Presidente, dicha solicitud no es menor. En la Comisión, con el Senador Pizarro votamos en contra del inciso pertinente (la mayoría se pronunció a favor), pues, en el fondo, se mantiene una norma supletoria que entrega el cuidado de los niños a la madre. Por tanto, no tiene lugar el cambio atinente a la corresponsabilidad parental.

---

<sup>107</sup> Historia de la ley 20.680, Discusión en Sala, pp 554-555.

<sup>108</sup> Ob Cit, pp 555.

Nosotros pretendemos que se apruebe el inciso con otra redacción - estamos presentando la indicación respectiva-, a los efectos de que, mientras se registra el acuerdo de los padres o se dicta la resolución judicial, el niño quede al cuidado del progenitor que se halle viviendo con él.”<sup>109</sup>

En contra de la redacción en aquellos términos se pronuncia el Senador Rossi, resultando su intervención bastante acertada desde mi parecer, en razón que desde un punto de vista práctico además, mientras se resuelve quien de los padres detendrá el cuidado personal definitivo de los hijos, en el evento claro de que no exista ningún acuerdo al respecto, los hijos continuarán bajo el cuidado del padre o madre con el que estén conviviendo, pudiendo el proceso judicial tardarse meses o incluso años:

“El Senador señor Gómez, con su experiencia como ex Ministro de Justicia, me observó algo bastante cierto. Aquí se dice: “Esperemos que termine el juicio”. Pero el problema es que los procesos se eternizan y pueden durar 6 meses, un año o 2 años.

Alguien ha mencionado que también puede ser una alternativa la de que el niño se quede con aquel de los progenitores con quién está viviendo. ¿Y qué ocurre cuando recién tiene lugar la separación?

Son realidades muy complejas.”<sup>110</sup>

En similar tenor la Senadora Allende, quien indica entre otras cosas, que dada la tardanza de las resoluciones judiciales y la atribución legal preferente per se, se desincentivarían los acuerdos en este sentido, pues mientras no se resuelva quien de los progenitores detendrá la titularidad del cuidado personal, que motivación podría existir en el otro padre, a quien favorece la atribución legal de llegar a un consenso, perdiéndose con esto, el espíritu de la reforma,

---

<sup>109</sup> Ob Cit, pp 557.

<sup>110</sup> Ob Cit, pp 562.

que no es otra cosa que la presencia conjunta de ambos padres en la vida de sus hijos.

“Insisto en que esta no es una disputa de tipo político ni ideológico. Considero que se ha cometido un error en la redacción de la regla supletoria, que tiene lugar una discriminación y que no se ayuda a incentivar el acuerdo entre los padres. Pienso que debemos ser muy precisos.”<sup>111</sup>

En contra también de la norma en discusión se pronuncia el senador Navarro, indicando que se pierde el espíritu del proyecto, que el cuidado personal compartido debe operar de inmediato, mientras se resuelve el asunto por intermedio de un acuerdo o por resolución judicial:

“Señor Presidente, el inciso cuarto del artículo 225 no es una norma en armonía con la idea matriz de la iniciativa. De hecho, altera su sentido básico: generar equidad teniendo presente el bien superior del niño.

Insistir en que, si no hay una resolución judicial o un acuerdo, la prioridad corresponderá a la madre rompe el sentido esencial de lo que hemos venido discutiendo.

El cuidado compartido debe ser inmediato. Así se establece la real estabilidad afectiva, el contacto permanente. Y mientras se llega a acuerdo, ¡que haya cuidado compartido! Ello no afecta la armonía del proyecto. Ese es su sentido básico”<sup>112</sup>

El Senador Lagos en similar tenor:

“La pregunta es por qué tiene que establecerse la tuición a favor de la madre necesariamente.

---

<sup>111</sup> Ob Cit, pp 564.

<sup>112</sup> Ob. Cit, pp 565.

Estamos hablando de los casos más extremos que puede haber cuando ambos padres entienden que están mejor preparados para el cuidado de los hijos. Y yo prefiero que la decisión la tome el juez y no que lo establezca la ley per se. Porque, al establecerlo esta, como ha ocurrido en el pasado, se cometen muchas injusticias.”<sup>113</sup>

Continúa el senador, respecto a la igualdad que debe existir entre los padres, “Dice: “Sin embargo, si los hijos residieren de hecho sólo con el padre”. ¿Y qué ocurre cuando la familia se separa y automáticamente se produce el litigio? ¿Qué pasa ahí? ¿Con quién vivían los hijos, con la madre o con el padre? ¿Con el que pagaba el dividendo? ¿Con el que tenía el crédito hipotecario? ¿Con el que tenía el arriendo a su nombre? ¿Con quién? ¡Vivían con los dos, pues!

En consecuencia, esta excepción no resuelve el tema jurídico de fondo: a quién le corresponde la tuición o el cuidado de los hijos mientras dura el juicio. La norma supletoria le dice al juez lo que tiene que hacer. Algunos creemos que eso es profundamente discriminatorio. Preferimos que el juez tenga libertad para definir qué es lo mejor para el hijo luego de hablar y juntarse con los padres y examinar los antecedentes.

Ello no obstante, como dijo muy bien el Senador señor Letelier -coincido con él-, este es un tema para casos muy extremos, porque en la gran mayoría de las separaciones o de los hijos nacidos fuera del matrimonio el problema se resuelve de común acuerdo. Son pocos los casos en que así sucede. Pero, aunque sea reducido su número, no me parece que vamos a pasar a llevar la Constitución en materia de igualdad de derechos entre padres e hijos.”<sup>114</sup>

Vertidas las diversas opiniones de los parlamentarios, de las que he destacado las que me parecen más relevantes, se presenta en sala una nueva

---

<sup>113</sup> Ob. Cit, pp 572.

<sup>114</sup> Ob. Cit, pp 573.

redacción del inciso cuarto del artículo 225 del Código Civil, que otorga un plazo al juez para pronunciarse respecto del cuidado personal para efectos de solucionar la posible discriminación arbitraria que podría contener la norma, y así dejar a los padres en igualdad de condiciones. La redacción de la norma sería la siguiente:

“El señor LABBÉ (Secretario General).- La proposición, que firman diversos señores Senadores, es para sustituir el inciso cuarto del artículo 225 del Código Civil propuesto por la Comisión de Constitución por el siguiente:

“Si los padres viven separados y no hubiere acuerdo entre ellos, compartirán la responsabilidad y todos los derechos y obligaciones respecto de los hijos comunes. Sin perjuicio de lo anterior y mientras no exista acuerdo, el juez deberá resolver dentro de 60 días quién tendrá a cargo el cuidado del hijo. En el intertanto, éste continuará bajo el cuidado de la persona con quien esté residiendo, sea éste el padre, la madre o un tercero.”<sup>115</sup>

Se aprueba unánimemente el texto leído como inciso cuarto del artículo 225 del Código Civil; queda terminada la discusión particular de la iniciativa y el proyecto despachado en este trámite, de la Cámara Revisora a la Cámara de Origen.

#### **1.2.8 Oficio de Cámara Revisora a Excelentísima Corte Suprema, solicitando opinión por establecer un plazo en cuanto al pronunciamiento del cuidado personal por parte del Juez de Familia.**

Respecto de este punto, en consideración a la nueva redacción propuesta para el inciso cuarto del Código Civil, la Corte Suprema señala no tener mayores reparos, sin embargo se sugiere regular con mayor detalle el

---

<sup>115</sup> Ob. Cit, pp 580.

procedimiento que terminaría con la declaración de cuidado personal del juez, en el día 60.

### **1.2.9 Discusión en Sala Cámara de Diputados**

Efectuadas las propuestas del Senado, se envía nuevamente el proyecto a la Cámara de Origen, a quien le corresponde discutir las modificaciones reseñadas.

En este debate, resulta relevante hacer hincapié en la oposición por la parte de la Ministra Schmidt del Ministerio de la Mujer, a la última redacción propuesta por el Senado del artículo 225 inciso cuarto, que es el que ha generado mayores problemas.

Señala la ministra junto con otros diputados, en mi opinión muy desacertadamente, que la redacción del inciso cuarto en cuanto establece que en caso de separación, los padres compartirán la responsabilidad y todos los derechos y obligaciones respecto de los hijos en común, implicaría necesariamente determinar un cuidado personal compartido a todo evento, no existiendo tal posibilidad en la redacción actual de la reforma.

Indica además que aquello permitiría que aquel de los padres que no ha contribuido con la mantención de los hijos pudiendo hacerlo, tuviera acceso a un cuidado personal compartido, pese a que la ley lo prohibiría expresamente.

Manifiesta la ministra, que en su opinión aquel de los padres que no ha contribuido no debería tener ninguna injerencia en las decisiones relevantes en la vida de los hijos, no obstante regularse a su favor una relación directa y regular.

En discusión en sala se aprueba el proyecto, sin embargo el citado inciso cuarto propuesto por el Senado obtiene más votos en contra que a favor,



específicamente por la afirmativa, 7 votos; por la negativa, 66 votos y 2 abstenciones.

### **1.2.9.1 Comisión Mixta**

Para efectos de solucionar las discrepancias entre la Cámara de Origen y el Senado, en cuanto a la redacción del inciso cuarto del artículo 225 del Código Civil, se designa una comisión mixta integrada por “los Honorables Diputados señoras Claudia Nogueira Fernández, María Antonieta Saa Díaz y Marcela Sabat Fernández y señores Gabriel Ascencio Mansilla e Issa Kort Garriga.”<sup>116</sup>

De forma paralela “El Senado, por su parte, en sesión de fecha 16 de abril del mismo año, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 46 de su Reglamento, designó como integrantes de la Comisión Mixta a los Honorables Senadores que conforman su Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.”<sup>117</sup>

Se escucha también en esta Comisión a diversos abogados, académicos y jueces de familia, quienes concurren a efectos de buscar una nueva redacción del inciso que genera discrepancias.

Destaco en este sentido, la opinión de doña Gloria Negroni, juez de familia, quien a falta de acuerdo está por aplicar la potestad cautelar del juez de familia, conforme lo dispuesto en el artículo 22 de la ley 19.968 a efectos de solucionar la situación provisoria de los niños:

“Indicó que, a falta de acuerdo entre los padres, lo que corresponde es aplicar el artículo 22 de la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, de manera que el juez intervenga aplicando su potestad cautelar y resuelva sobre el cuidado provisorio de los hijos. Insistió, sin embargo, en que si ambos padres

---

<sup>116</sup> Historia de la ley 20.680, Informe de Comisión Mixta, pp 634.

<sup>117</sup> Ob. Cit.

han tomado la decisión de separarse, el criterio previo es que puedan llegar a acuerdo, siempre tomando en consideración el interés superior del niño.

Manifestó, por otra parte, que durante el tiempo intermedio, debe abrirse la posibilidad de que el menor resida incluso con un tercero, sea un familiar u otra persona de confianza.”<sup>118</sup>

Destaco asimismo, la opinión de la profesora doña Fabiola Lahtrop, quien señala que resulta ser forzosa la interpretación de la ministra Schmidt en cuanto a que la redacción del inciso cuarto en comento, implicaría necesariamente el establecimiento de un cuidado personal compartido a todo evento. Tal interpretación resultaría ser errónea, toda vez que lo que se intenta consagrar positivamente no es más que una consecuencia del principio de corresponsabilidad parental, principio que inspira todo el Proyecto de ley.

Concuero absolutamente en este punto con la profesora doña Fabiola Lahtrop, y me parece que la redacción propuesta por el Senado en cuanto se establece que en caso de separación, los padres compartirán la responsabilidad y todos los derechos y obligaciones respecto de los hijos, es muy acertada y es concordante con el espíritu de la reforma.

Destaco en este punto la nueva redacción propuesta por la académica, relativa a establecer un inciso primero del artículo 225, y eliminar el inciso cuarto, en el siguiente sentido:

“Artículo 225. El hecho de vivir separados, no altera los derechos y deberes de ambos padres respecto de sus hijos comunes, los que deberán ejercerse conforme al principio de corresponsabilidad a que se refiere el artículo 224. No obstante lo anterior, a falta de acuerdo o de resolución judicial que regule la titularidad y ejercicio del cuidado personal en virtud de lo establecido

---

<sup>118</sup> Ob Cit, pp 652.

en este Título, a la persona que con ellos resida corresponderá su cuidado personal provisorio.”<sup>119</sup>

La profesora Carmen Dominguez, al igual que la ministra Schmidt en sentido opuesto, hace hincapié que de la norma propuesta por el Senado, se podría necesariamente inferir una regla supletoria de cuidado personal compartido, lo cual no sería posible y traería problemas, por tratarse de un régimen que requeriría ciertas condiciones y buenas relaciones entre los padres. A este respecto:

“Al respecto, coincidió con la Profesora señora Lathrop, en el sentido de que no estuvo en el ánimo de los distintos Parlamentarios acordar en esta parte del precepto un sistema de cuidado compartido legalmente impuesto.

Agregó que, sin embargo, la redacción quedó de tal manera que se podría inferir de ella una especie de regla supletoria de cuidado compartido. Sostuvo que lo anterior es grave y que debe ser corregido, porque es indudable que el cuidado compartido supone ciertas condiciones y capacidades en los padres y en su relación entre ellos. Recalcó que una regla así impuesta daría lugar a mayores conflictos, afectando la estabilidad del menor.”<sup>120</sup>

El profesor Cristian Lepin manifestó su disconformidad con el inciso cuarto del artículo 225 en comento, señalando que se trataría de una norma un poco ambigua y confusa, comparte la opinión del Sernam, en cuanto a la redacción de la misma, y por último indicó que el establecimiento de un plazo, para efectos de que el juez se pronuncie sobre el cuidado personal es contrario a las normas procedimentales de la ley 19.968, privilegiando estas últimas por especialidad.

---

<sup>119</sup> Ob. Cit, pp 653.

<sup>120</sup> Ob. Cit, pp 655.

“A la vez, opinó que existe una contradicción entre el inciso cuarto del artículo 225 aprobado por el Senado, que fija un plazo de 60 días para que el juez resuelva quien tendrá a cargo el cuidado del hijo, y las normas procedimentales de la ley N° 19.968, porque de acuerdo al principio de la especialidad, son estas últimas las que priman.”<sup>121</sup>

Que en atención a todas las opiniones expresadas se propone finalmente el reemplazo de dicha norma tan controvertida, de la manera en la que la conocemos hoy en día, conforme había sido propuesto en etapas anteriores por la senadora Alvear. Es decir, que a falta de acuerdo los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con el que estén conviviendo.

Habiéndose votado y escuchado a los presentes la Comisión Mixta decide proponer la aprobación del siguiente proyecto de ley, para efectos de zanjar las diferencias entre la Cámara de Diputados y el Senado:

“Artículo 1°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Civil, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fija el artículo 2° del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2000, del Ministerio de Justicia:

1.- Inviértese el orden de los dos incisos que integran el artículo 222, quedando el inciso primero como segundo y el segundo, como primero.

2.- Sustitúyese el inciso primero del artículo 224 por el siguiente:

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

3.- Reemplázase el artículo 225 por el siguiente:

---

<sup>121</sup> Historia de la ley 20.680, Comisión Mixta, pp 658.

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

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

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

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

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

Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos,

considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el artículo 229.

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

4.- Incorpórase, como artículo 225-2, el siguiente:

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

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

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

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

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

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

f) La opinión expresada por el hijo;

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

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

i) El domicilio de los padres.

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

5.- Reemplázase el artículo 226 por el siguiente:

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

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes.”.

6.- Agrégase, en el artículo 227, el siguiente inciso tercero:

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

7.- Derógase el artículo 228.

8.- Sustitúyese el artículo 229 por el siguiente:

“Artículo 229.- El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado según las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable.

Para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades, y considerando especialmente:

- a) La edad del hijo.
- b) La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos.
- c) El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado.
- d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.

Sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana.

El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo.

Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.”.

9.- Incorpórase, como artículo 229-2, el siguiente:



“Artículo 229-2. El hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con sus abuelos. A falta de acuerdo, el juez fijará la modalidad de esta relación atendido el interés del hijo, en conformidad a los criterios del artículo 229.”.

10.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 244:

a) Reemplázase el inciso segundo por el siguiente:

“A falta de acuerdo, toca al padre y a la madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad.”.

b) Intercálase el siguiente inciso tercero, pasando los actuales incisos tercero y cuarto a ser cuarto y quinto, respectivamente:

“Con todo, los padres podrán actuar indistintamente en los actos de mera conservación. Respecto del resto de los actos, se requerirá actuación conjunta. En caso de desacuerdo de los padres, o cuando uno de ellos esté ausente o impedido o se negare injustificadamente, se requerirá autorización judicial.”

11.- Modifícase el artículo 245 en el siguiente sentido:

a) Intercálanse en el inciso primero, entre los términos “hijo,” y “de conformidad” las palabras “o por ambos,”.

b) Sustitúyese el inciso segundo por el siguiente:

“Sin embargo, por acuerdo de los padres o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse la patria potestad al otro padre o radicarla en uno de ellos si la ejercieren conjuntamente. Además, basándose en igual interés, los padres podrán ejercerla en forma conjunta. Se aplicarán al acuerdo o a la resolución judicial las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente.”.

c) Agrégase el siguiente inciso tercero:

“En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se aplicará lo establecido en el inciso tercero del artículo anterior.”.

Artículo 2°.- Reemplázase, en el artículo 42 de la ley N° 16.618, de Menores, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el artículo 6° del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Justicia, de 2000, la frase inicial “Para los efectos” por “Para el solo efecto”.

Artículo 3°.- Sustitúyese el inciso segundo del artículo 21 de la ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, por el siguiente:

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

#### **1.2.9.2. Discusión en Sala Cámara de Origen**

Previo debate, la Cámara de Origen, aprueba el Proyecto propuesto por la Comisión Mixta, y lo envía para su discusión a la Cámara Revisora.

#### **1.2.9.3. Discusión en Sala Cámara Revisora**

La Cámara revisora aprueba el proyecto en su totalidad y lo vuelve a remitir a la Cámara de Origen para el último trámite.

#### **1.2.9.4. Oficio Cámara de Origen al Ejecutivo**

Se oficia desde la Cámara de Origen al Ejecutivo, trámite que termina con la promulgación de la ley 20.680 o “Amor de Papa”, con fecha 16 de junio de 2013, según la conocemos.

### **1.3. Objetivos y presupuestos de la Reforma**

La reforma al Código Civil y otros cuerpos legales por intermedio de la promulgación de la ley 20.680, tuvo por objeto, como se ha dicho adaptar nuestra legislación a la época actual, consagrar positivamente el principio de corresponsabilidad parental, en cuanto a fortalecer el rol de ambos progenitores en la crianza y educación de los hijos, en miras a reestablecer la igualdad de los padres, tomando en cuenta las nuevas realidades sociales, y el justo reclamo de los padres a participar de manera más activa en la vida de sus hijos.

Se consagra también como directiva principal en todos los asuntos relativos a estas materias, el principio de interés superior del niño, con el debido respeto y garantía que debe brindarse a los niños como sujetos de derecho que requieren de una especial protección.

Se busca asimismo dejar atrás los regímenes comunicacionales limitados únicamente a un tiempo acotado de visita, debiendo siempre adoptarse tales, de manera concordante con el principio de corresponsabilidad parental.

Los acuerdos en estas materias pasan a ser la regla general, dejando la intervención judicial para el evento de que aquello no tome lugar, se inserta positivamente la figura del cuidado personal compartido, como régimen de vida basado en el principio de corresponsabilidad parental. Se elimina asimismo la atribución legal preferente a la madre, que tantos problemas traía, en cuanto se consideró durante mucho tiempo como una norma de orden natural que pasaba a ser de aplicación general, sujeta también a vicios evidentes de inconstitucionalidad según el criterio de varios autores, incluido el mío.

El objetivo del proyecto, como sus presupuestos, intentan adecuar una legislación antigua con manifiesta y marcada distribución de roles, a una realidad social actual de roles compartidos, intentando equiparar el rol de los

padres, comprendiendo que los hijos necesitan de sus dos padres, en igualdad de condiciones.

Creo sin embargo, como se expondrá en la tercera parte de esta tesis de magister que conforme evoluciona la práctica judicial, la ley resulta ser insuficiente para los objetivos propuestos, no obstante constituir un avance, ciertamente.

Resulta ser un avance en cuanto consagra positivamente principios de capital importancia para propender a eliminar cualquier forma de discriminación entre los padres, e incentivar su participación activa en la crianza y educación de los hijos en pos de su interés superior. Sin embargo no establece mecanismos de exigibilidad en relación con los principios que consagra, entre otras cosas, tornando de alguna manera ilusoria su aplicación práctica, como se demuestra con la práctica judicial posterior a su aplicación.

No obstante aquello, antes de analizar lo antes dicho, pasare a referirme detalladamente a cada una de las modificaciones efectuadas por el cuerpo legal en comento, en cuanto sea pertinente con el objeto de estudio del presente trabajo.

#### **1.4. Modificaciones efectuadas al régimen jurídico de cuidado personal.**

##### **1.4.1 Regímenes de cuidado personal.**

Sin duda alguna una de las reformas más importantes que introduce la ley 20.680 es al cuidado personal.

Se reemplaza en este sentido el inciso primero del artículo 224 del Código Civil, estableciéndose que la norma general aplicable al estado de convivencia es que ambos padre ejercerán de consuno el cuidado personal, o el padre o madre sobreviviente, lo cual viene también de la legislación antigua. Sin

embargo es establece normativamente y en el mismo inciso, que aquel debe basarse en el principio de corresponsabilidad parental, que necesariamente implica que ambos progenitores participarán de manera activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

Se dota de cierto contenido entonces al cuidado personal, en cuanto a que al menos aquel, debe basarse siempre en el principio de corresponsabilidad parental que se establece por primera vez positivamente.

El principio de corresponsabilidad parental, al cual nos referiremos más adelante en detalle, y como se ha comentado a propósito de la historia de la ley 20.680, busca igualar la participación de ambos padres en la vida de sus hijos, con plena injerencia en cuanto a las decisiones de mayor relevancia para los mismos, en cuanto se trata de una participación activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los niños.

Resumiendo entonces, vemos que en estado de convivencia, según lo establece el artículo 224 del Código Civil, toca de consuno a ambos padres el ejercicio del cuidado personal, el que deberá basarse siempre en el principio de corresponsabilidad parental.

Ahora bien, en el artículo 225 del mismo cuerpo legal se establecen las tres formas de atribución del cuidado personal.

La primera, siendo esta la norma general, es el acuerdo de los padres, lo que impulsa la reforma es claramente el acuerdo de los progenitores. Entonces en el inciso primero del artículo 225 se establece que en estado de separación los padres podrán determinar que el cuidado personal de los hijos le corresponda a la madre, al padre o a ambos en forma compartida. Se determina asimismo que dicho acuerdo deberá ser suscrito por ambos por intermedio de escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial de registro civil, y

subinscrito al margen de la partida de nacimiento de los hijos, dentro de los 30 días siguientes.

Es muy relevante también destacar, en este sentido, que todo acuerdo de esta naturaleza, deberá, estableciendo esto último como un imperativo, determinar un régimen comunicacional entre el padre o madre no custodio con los hijos en común.

Vemos entonces, que en caso de separación la norma de general aplicación es el acuerdo de los padres, en estas materias, configurándose también y por primera vez, normativamente la figura del cuidado personal compartido, como un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

En el inciso tercero del mismo artículo, aparece la atribución legal supletoria del cuidado personal, esto es, que a falta del acuerdo contemplado en el inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con el que estén conviviendo. Es decir, en caso de separación, sin que exista un consenso entre los padres, tendrá de pleno derecho, el cuidado personal, aquel de los padres que esté conviviendo con los hijos. Ya nos referiremos más en detalle a la norma de atribución legal supletoria.

Finalmente, se consagra la atribución judicial del cuidado personal, autorizándose la intervención del juez cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente. En este escenario, el juez puede atribuir el ejercicio del cuidado personal al otro de los padres, o radicarlo en uno solo, en caso de que exista algún acuerdo de cuidado personal compartido. Se deja establecido asimismo que en ningún caso el juez puede adoptar su decisión en base exclusivamente a la capacidad económica de los padres, y que debe de oficio o a petición de parte determinar en la misma

resolución, un régimen comunicacional para el padre no custodio, en base al interés superior de hijo, y en la medida que se cumplan los presupuestos contemplados en el artículo 229.

Se consagra la inoponibilidad a terceros de los acuerdos o resoluciones relativos al cuidado personal, mientras no se subinscriba y cancele cualquier subinscripción anterior.

Siguiendo con la atribución judicial del cuidado personal se crea, por intermedio de la reforma, el artículo 225-2, en virtud del cual se establecen criterios que se valorarán y ponderarán conjuntamente, para efectos del establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal.

Lo anterior significa que ya no existe, en nuestra legislación la obligación de probar inhabilidad alguna en el padre o madre custodio para efectos de cambiar la titularidad del cuidado personal, sino más bien el juez debe valorar y ponderar una serie de criterios que establece la ley, para adoptar cualquier decisión judicial al respecto.

El artículo 225 -2, establece los siguientes criterios a considerar:

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

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

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

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

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

f) La opinión expresada por el hijo.

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

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

i) El domicilio de los padres.

j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.”<sup>122</sup>

Ahora bien, la única hipótesis de inhabilidad física y moral que se establece por intermedio de la reforma, lo que también venía desde la legislación antigua, dice relación con aquellos casos de inhabilidad física o moral de ambos padres, casos en los cuales, se confiará el cuidado personal a otras personas, tomando siempre en consideración el principio de interés superior del niño y los criterios del artículo 225-2.

Se establece entonces, que en estos casos puntuales y en cuanto a la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes.

Lo anterior se consagra en el artículo 226 del Código Civil.

Se agrega asimismo, y en esta materia, un régimen de apremios, para aquel de los padres que deba hacer entrega de un hijo, por resolución ejecutoriada y se niegue a hacerlo. En igual apremio incurrirá el que retuviere especies del hijo y se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del juez.

---

<sup>122</sup> Artículo 225-2 Código Civil Chileno.



La reforma propende entonces y en primer término, a los acuerdos entre los padres en estas materias, elimina la norma de atribución legal preferente a la madre, reemplazándola por aquel de los padres con quien convivan los hijos al momento de la separación, y consagra también la atribución judicial del cuidado personal, eliminando las situaciones de maltrato, descuido u otra causa calificada propias de la legislación antigua, estableciendo criterios objetivos y específicos que orientarán al juez cuando se requiera su intervención. En este escenario no se requiere la inhabilitación ni física ni moral de ninguno de los dos padres.

Se introduce el principio de corresponsabilidad parental extensivo a los regímenes de cuidado personal y comunicacionales, de manera transversal, que busca fortalecer y equiparar las labores e injerencia de ambos padres en la crianza y educación de los hijos en común, dejándose a un lado los regímenes de relación directa y regular limitados únicamente a fines de semana, este principio debería estar presente de manera permanente en las relaciones de familia.

Finalmente se introduce la figura del cuidado personal compartido, solo por acuerdo de los padres, sin posibilidad de revisarse en sede judicial.

#### **1.4.2 Atribución legal del cuidado personal**

Como hemos venido señalando, antiguamente la atribución legal del cuidado personal era otorgada a la madre, norma profundamente cuestionada en muchos aspectos, entre otros, desde el punto de vista constitucional.

Hoy se establece una norma de atribución legal supletoria, que apunta según la historia de la ley a solucionar un problema práctico que dice relación con el estado inmediato a la separación, en cuanto a que con quien de los padres han de quedarse los niños. Se justifica asimismo su incorporación, en razón de que desincentivaría la judicialización.

Se señala entonces, que a falta de acuerdo, constituyendo el consenso de los padres la norma general, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con el que estén conviviendo.

La redacción de este inciso del artículo 225 del Código Civil, fue el que más discusión generó según la historia de la ley 20.680.

El Senado planteo una fórmula que posteriormente fue rechazada, consistente en que los hijos continuarían bajo el cuidado personal del padre o madre con el que convivan durante un plazo de 60 días, al término del cual el juez decidiría quien de los padres ejercería la custodia de los niños.

Como se expondrá en la tercera parte de este trabajo, esta norma, según la práctica judicial no cumple con los objetivos propuestos. En primer lugar, incentiva la disputa de los hijos pos separación, considerando que no existe ningún acuerdo, es decir existe un ánimo manifiesto de configurar la situación de residencia que contempla la norma, para efectos de acceder a la titularidad provisoria y legal del cuidado personal.

Observando con claridad la redacción del artículo en comento, se podría incluso llegar a sostener que cualquiera de los padres podría sacar a los hijos del hogar común, bloquear cualquier contacto con el otro progenitor, y así configurar la situación de residencia, sin ninguna consecuencia legal, producto de que se trata de un momento en que no existe regulación judicial, ni convencional alguna.

Por otro lado, los tribunales tampoco lo declaran en todos los casos. La pregunta entonces es, que validez y eficacia podría tener una norma que atribuye el cuidado personal a aquel de los padres con quien conviven los hijos pos separación, si ni siquiera los tribunales acceden en todos los casos a declararlo. Antiguamente al menos, existía lo que se conoce como cuidado personal declarativo para la madre, que se declaraba en la mayoría de las

situaciones por los tribunales de familia. Hoy, pierde toda eficacia la norma de atribución legal supletoria, pues no es declarado en este sentido y en todos los casos, por nuestros tribunales de Justicia.

El gran problema que suscita esta redacción, opinión que también fue dada en la discusión parlamentaria, es la larga duración de los juicios de familia, en que la situación de los niños será indeterminada en el tiempo intermedio, sujetos a la disputa de los padres, por configurar situaciones de residencia, lo que genera mayor inestabilidad y conflicto familiar.

### **1.4.3 Cuidado personal compartido**

Como veníamos señalando se establece normativamente la figura del cuidado personal compartido, solo por intermedio de acuerdo entre los padres.

Se define también positivamente el cuidado personal compartido como “un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.”<sup>123</sup>

Las formas de pactarlo también están descritas en la ley, mediante acta extendida ante cualquier oficial de registro civil o escritura pública, que debe inscribirse al margen de la partida de nacimiento de los hijos, dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento.

En este punto y en cuanto a la única forma de establecimiento del cuidado personal compartido, se indicó que una de las razones primordiales para admitir el acuerdo de los progenitores como única manera de establecerlo, es que se trata de un régimen de vida que implica necesariamente que los padres lleguen a consensos, fundamentalmente en cuanto a su ejercicio, y decisiones más relevantes.

---

<sup>123</sup> Artículo 225 inciso segundo Código Civil Chileno.

La pregunta era, como se podría establecer un cuidado personal compartido, si los padres no están de acuerdo, como se desarrollaría. Se concluye en la imposibilidad de que pudiera ejercerse, de no ser por intermedio de la forma planteada.

En este punto, manifiesto mi opinión en contrario, creo que el cuidado personal compartido debiera ser la regla general, y si se permitiera el juez decretarlo bajo ciertos criterios, esto incentivaría a los padres a buscar soluciones colaborativas en vez de demandar un cuidado personal exclusivo en tribunales, única alternativa de intervención judicial al día de hoy, siendo el cuidado personal compartido una solución mucho menos gravosa. Evidentemente, y esto último en la medida de que se trate de progenitores aptos, dejando fuera los casos de maltrato, violencia, abandono, abuso, o cualesquiera otra circunstancia que requiriera per se la atribución del cuidado personal a solo uno de los padres, por situaciones de riesgo que pusieran en manifiesto peligro la integridad física, emocional o mental de los hijos en común.

### **1.5. Del principio de corresponsabilidad parental**

El principio de corresponsabilidad parental, es sin duda alguna, uno de los mayores avances de la reforma de la ley 20.680.

Ya se había plasmado en diversos tratados internacionales, sin embargo rara vez se aplicaba por nuestros Tribunales de Familia.

La distribución de roles, en cuanto a que la madre se debía al cuidado de los hijos, y el padre era proveedor del hogar común, terminaban en el establecimiento de regímenes comunicacionales, como bien lo señala, la juez Gloria Negroni, anacrónicos, de fin de semana, en que el padre era relegado a segundo plano, siendo muy escasos los casos en que se le atribuía a este último el cuidado personal.

La Corte Suprema, en innumerables fallos, hace alusión a un “orden natural”, entendiendo con esto, que en general los hijos siempre estaban mejor bajo el cuidado de la madre. Ya decíamos y compartíamos la opinión de que no existe evidencia de que aquello sea necesariamente así. Por ello la inclusión a nuestra legislación positiva, de un principio que asegure a ambos padres, la debida participación en la crianza y educación de sus hijos, me parece un gran avance y sumamente relevante.

**TERCERA PARTE ALCANCE, INTERPRETACIÓN Y EFICACIA DE LA LEY  
N° 20.680, EN CUANTO AL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD  
PARENTAL, LA ATRIBUCIÓN LEGAL DEL CUIDADO PERSONAL, Y EL  
REGIMEN JURIDICO DEL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO.**

**CAPÍTULO 1 PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL**

**1.1 Introducción**

Corresponde ahora analizar y referirse al alcance, interpretación y eficacia de las modificaciones introducidas por la reforma, en cuanto a la aplicación que nuestros tribunales han hecho de las mismas, la opinión de la doctrina al respecto, y comenzar a preguntarnos si efectivamente lo que se busca tutelar por intermedio de esta ley, realmente resulta ser verdaderamente garantizado, de la forma en la que se pretendió mediante su promulgación y entrada en vigencia.

Ya veníamos señalando que el espíritu de la reforma era adaptar la legislación a las nuevas realidades sociales, privilegiando los acuerdos de los padres en estas materias como normas de orden general, igualando el rol de ambos progenitores en la vida de sus hijos, de manera tal que no exista un progenitor por sobre otro, pues los hijos necesitan a ambos padres. Se trata de garantizar la debida injerencia igualitaria, equitativa y permanente de ambos progenitores en la vida de sus hijos, tomando siempre y como consideración primordial el interés superior del niño, como principio general y trascendental para la toma de decisiones.

Creo sin embargo, que la nueva legislación resulta ser insuficiente, en cuanto a los objetivos tenidos en vista, no alcanza a garantizar la debida injerencia de ambos padres en la vida de sus hijos, pues en primer lugar y como se expondrá a continuación no establece mecanismos, por ejemplo para hacer efectivo el principio de corresponsabilidad parental.

Lamentablemente en un escenario de separación, difícilmente ambos padres arribarán a acuerdos, partiendo de la base de que se trata de una ruptura emocional que generará un cúmulo de desencuentros que claramente dificultan el escenario de consensos. Desde este punto de vista también, considerar el acuerdo de los padres como norma general, me parece incorrecto, pues rara vez se produce, razón por la cual estimo aún más relevante el hecho de consagrar principios o derechos que puedan reclamarse de forma efectiva, lo que no ocurre con la reforma. Además me parece que la legislación debe entrar a regular derechos y obligaciones en la medida de que no existan consensos, pues de existir estos últimos ajustados a las normas y garantías básicas se estará a aquellos. Desde este punto de vista entonces, me parece incorrecto plantear el acuerdo como norma general, pues cobra relevancia jurídica la regulación de situaciones justamente en escenarios adversos y no en escenarios de conciliación.

La pregunta es, y en relación con el principio de corresponsabilidad parental, como le pido al juez que garantice un principio si no tengo acciones efectivas para exigir su cumplimiento, existe entonces una acción para compeler al otro progenitor a respetar el principio de corresponsabilidad parental, y la respuesta es que no existe, pues no ha sido establecida positivamente.

Se trata asimismo de aminorar la intervención judicial y la disputa de los hijos, estableciendo los avenimientos de los padres como escenario de aplicación general, instaurando la figura del cuidado personal compartido solo mediante acuerdo entre los progenitores, lo cual evidentemente constituye un avance, sin embargo como decía anteriormente el acuerdo pos ruptura no constituye una situación de común ocurrencia.

Creo en este punto, que si el juez tuviera atribuciones para pronunciarse respecto de un cuidado personal compartido, bajo ciertos parámetros, se

podrían arribar a consensos en pos del bienestar de los hijos, y se desincentivaría la disputa por un cuidado personal exclusivo, que al día de hoy es la única alternativa, mucho más nociva, en caso de no existir avenimiento entre los padres. La idea de generar una conciencia colectiva de que un hijo necesita de ambos padres, y que a ambos les asiste el derecho y el deber de procurar su mayor bienestar, aminoraría considerablemente los conflictos en tribunales de familia, y compelería de alguna forma a ambos progenitores a alcanzar acuerdos de forma y de fondo en cuanto al cuidado de los mismos.

Finalmente, y en cuanto a la atribución legal supletoria del cuidado personal a aquel de los padres con el que estén conviviendo los hijos, creada para solucionar el problema práctico inmediato pos separación, me parece que lejos de solucionar lo que se pretende con su instauración, incentiva la disputa de los hijos, en cuanto a la residencia. Y creo que esto se produce también, en base a que los acuerdos no constituyen la regla general, y los juicios de familia pueden resultar en extremo prolongados, entonces la pregunta es, en caso de desacuerdo, que interés tendría el padre que convive con sus hijos, quien tiene de pleno derecho su cuidado personal, en solucionar o garantizar al otro padre injerencia alguna en la vida de los mismos, sabiendo que tiene esta atribución de pleno derecho, y que un juicio de familia puede tardar años en resolverse. Y la respuesta es que generalmente no tendría ningún incentivo. Entonces, colabora pues esta norma con los consensos entre los padres, o más bien acentúa la disputa de los hijos, sumado a que en este caso solo podría ser posible demandar un cuidado personal exclusivo. La respuesta, es que en caso de desacuerdo, la relación entre ambos progenitores con esta atribución legal supletoria se complejiza aún más, en vez de morigerarse.

Cobra sentido en este punto preguntarse, cual es el objeto de reglamentar y legislar si hay acuerdos, porque evidentemente de existir consensos se estará a aquellos, en la medida de que se resguarden ciertos



derechos y garantías básicas. Lo que debiera solucionar una reforma de este tipo, son las reales injusticias y desigualdades que se producen en las familias de no existir consensos, de manera tal de aminorar en la mayor medida posible los daños asociados a la separación para los hijos, a quienes se intenta proteger, quienes requieren y a quienes se les debe dar protección primordial.

Me parece en este punto, y de suma relevancia, analizar como modificaciones trascendentales, la consagración positiva del principio de corresponsabilidad parental, la atribución legal supletoria del cuidado personal a aquel de los padres con el que estén conviviendo los hijos mientras no exista acuerdo y la figura del cuidado personal compartido.

### **1.2. Doctrina y jurisprudencia en cuanto al sentido, alcance y aplicación del principio de corresponsabilidad parental. Determinación de problemas interpretativos, de aplicación y de alcance.**

En primer lugar y respecto del principio de corresponsabilidad parental, resulta innegable sostener que constituye un gran avance en términos de reconocer a ambos padres la igualdad de derechos como progenitores, cuyo principal interés debe ser el bienestar e interés superior de sus hijos. Sin embargo, no es menos cierto que de la manera en que se ha planteado, ofrece grandes dificultades prácticas, en términos de su aplicabilidad, interpretación y alcance.

En este sentido el profesor Mauricio Tapia "No obstante, esta innovación parece insuficiente y a la vez imprecisa, por las siguientes razones: Ante todo, porque las nociones que se utilizan ("responsabilidad" y "corresponsabilidad"), son figuras jurídicas que el Código Civil emplea en otro sentido: como el efecto (indemnización de perjuicios) proveniente de la comisión de un hecho ilícito, y cuya regulación sistemática se encuentra en el Título XXXV del Libro IV. (1) Luego, porque la denominada corresponsabilidad parental no se traduce en poderes efectivos para que el juez pueda establecer un cuidado compartido

efectivo, en ausencia de acuerdo entre los padres, tal como se mencionará más adelante.”<sup>124</sup>

Ahora bien, desde el punto de vista práctico el ejercicio de la corresponsabilidad también se torna impreciso y difícil de ejecutar. La dificultad radica en que la ley no señala la manera en que ha de llevarse a efecto y no otorga acción para exigir su cumplimiento, u oponerse frente a actos del otro progenitor, lo que cobra absoluta relevancia, en caso de desacuerdo entre los padres. Es importante en este punto señalar que, tras una separación, difícilmente ambos padres estarán de acuerdo. En este punto el psiquiatra de niños y adolescentes del departamento de psiquiatría de la Clínica Las Condes Elías Arab señala: “La tarea de la familia y el ejercicio de la paternidad en particular se dificulta, y a pesar de la reestructuración que debe producirse, la disolución conyugal no exime la responsabilidad de la pareja como padres, por lo que resulta necesario recomponer los vínculos post- separación y rediseñar las reglas de funcionamiento, para que todos los miembros sigan sintiéndose parte de ella, a pesar de la ruptura de la pareja.

Es importante que se considere tanto en el bienestar de los hijos como el de la familia completa. Es frecuente la aparición de numerosas dificultades para establecer acuerdos entre los ex cónyuges respecto al bienestar y forma de criar a los hijos después de la separación.”<sup>125</sup>

El psiquiatra Arturo Roizblat, quien ha dedicado parte importante de su trabajo a las separaciones matrimoniales, afirma que en la primera etapa post separación “La desilusión y la erosión observada en la calidad de la relación de

---

<sup>124</sup> TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, (2014) “Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos” Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N°1, Universidad de Chile, pp 15 y 16.

<sup>125</sup> Disponible en <http://eliasarab.blogspot.cl/2011/04/divorcio-y-su-efecto-en-los-hijos.html>, fecha de consulta 27/04/2016.

pareja son los sentimientos dominantes en esta primera fase de la separación, que muchos han dado en llamar de divorcio emocional.”<sup>126</sup>

En consideración a las dificultades que ofrece la separación de una familia, es muy complejo la apertura a acuerdos, y por esta razón es muy importante el establecimiento legal del principio de corresponsabilidad parental, acompañado de mecanismos efectivos, que permitan al padre no custodio una verdadera participación en la vida de sus hijos.

Al respecto, el profesor Cristian Lepin Molina en un sentido similar, respecto a la ausencia de acciones para exigir el cumplimiento del principio de corresponsabilidad parental, destaca que “El problema es que la reforma no señala cómo se materializa este principio de corresponsabilidad parental, sólo lo circunscribe a los aspectos de la vida diaria o cotidiana. En este sentido, el padre no custodio no tiene acción para oponerse a los actos o decisiones del padre custodio sobre los aspectos ya mencionados.

El asunto cobra importancia cuando los padres no están de acuerdo, por ejemplo, respecto al colegio en que van a estudiar sus hijos.”<sup>127</sup>

La incorporación de este principio resulta además incompleta porque no hace referencia a todos los derechos y deberes que comprende, cosa trascendental para su debido ejercicio por parte de ambos padres. Cobra sentido en este caso el concepto de autoridad parental que menciona el profesor Mauricio Tapia, que si bien no existe en nuestra legislación, debería instaurarse y garantizarse a ambos progenitores sin distinción. Sobre este aspecto se pronuncia el profesor Mauricio Tapia, a saber: “En ese mismo sentido resulta también ser una regulación incompleta, desde el momento que

---

<sup>126</sup> ROIZBLATT, Arturo (2004), *Enfrentar la separación y construir una nueva familia*, Santiago de Chile, Editorial Randmon House Mondadori, pp. 30.

<sup>127</sup> En el mismo sentido el profesor LEPIN MOLINA, Cristián Luis, (2014) “Modificaciones a los efectos de la filiación. Una cuestión de principios”, *Revista de Derecho de Familia*, Volumen 1, N°1, Universidad de Chile, pp 154.

sólo menciona específicamente algunos de los derechos y deberes vinculados a la autoridad parental (crianza y educación). Como se dijo, la regulación de la autoridad parental comprende un universo amplio de derechos y deberes de los padres respecto de los hijos, que usualmente se enumeran al comienzo de tales disposiciones.”<sup>128</sup>

La falta de contenido específico respecto de este principio, también torna ilusoria su aplicación práctica, puesto que no indica que derechos y deberes contempla, lo que junto con no establecer mecanismos efectivos para su cumplimiento, hace que la norma pierda eficacia.

Respecto de este punto indica el profesor Mauricio Tapia, que el problema se produce por la falta de la regulación de la denominada autoridad parental, que debería englobar todos los derechos y deberes tanto personales, como patrimoniales de los padres para con los hijos. De esta manera ambos padres previo y pos separación siempre debieran ser titulares de la autoridad parental, sin perjuicio de lo que se establezca en cuanto a la residencia de los menores. La residencia señala, solo es uno de los aspectos de la autoridad parental, que debe comprender todas las decisiones relevantes en la vida de los hijos, la religión que van a profesar, la educación y sistema de salud que tendrán, cualquier determinación importante personal y patrimonial está comprendida dentro de esta autoridad parental, de la cual nunca ninguno de los padres debe ser privado.

A este respecto: “La atribución de la autoridad parental a ambos tiene, de esta forma, una innegable carga simbólica (ambos padres son titulares de iguales derechos y les gravan idénticos deberes), pero también un evidente efecto práctico. Así, en ese contexto, la residencia del hijo, que es solo uno de los aspectos de esta autoridad y que puede ser asignada a uno de los padres,

---

<sup>128</sup> TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, (2014) “Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos” Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile, pp 16 y 17.

no resta injerencia del otro en el ejercicio de otros derechos y deberes como, por ejemplo, el poder incidir en su educación o en la adopción de otras medidas relevantes (la elección del colegio, la opción por una religión, la participación activa en su formación valórica, etc)”<sup>129</sup>

Parecía más apropiada en este punto, según mi parecer la redacción que propuso el Senado, que posteriormente fue eliminada como se indicó, que prescribía: “Si los padres viven separados y no hubiere acuerdo entre ellos, compartirán la responsabilidad y todos los derechos y obligaciones respecto de los hijos comunes. Sin perjuicio de lo anterior y mientras no exista acuerdo, el juez deberá resolver dentro de 60 días quién tendrá a cargo el cuidado del hijo. En el intertanto, éste continuará bajo el cuidado de la persona con quien esté residiendo, sea éste el padre, la madre o un tercero.”<sup>130</sup>

Al menos, con esta redacción se deja establecido de una manera más precisa que no obstante el estado de separación ambos padres compartirán la responsabilidad y todos los derechos y obligaciones respecto de los hijos comunes, situación que no se vislumbra con claridad en el texto final de la ley.

En este mismo sentido el profesor Mauricio Tapia: “Asimismo porque la reforma es particularmente ambigua, al no regular de manera sistemática la autoridad parental, sobre si se comparten efectivamente los derechos y deberes entre los padres luego de la separación y en ausencia de acuerdo. Como se dijo, la referencia expresa en la materia fue borrada del texto final en la última etapa de discusión parlamentaria.”<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> En el mismo sentido el profesor TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, (2014) “Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos” Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile, pp 14- 15.

<sup>130</sup> Historia de la ley 20.680, Discusión en Sala, pp 580.

<sup>131</sup> En el mismo sentido el profesor TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, (2014) “Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos” Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile, pp 16.

Indica también el profesor Tapia que la regulación de este principio resulta ser imperfecta, en razón de que por intermedio de la reforma se lo vincula a la figura del cuidado personal compartido y al régimen de relación directa y regular, en circunstancias de que no obstante aquello, cualesquiera sea el régimen de cuidado, los padres siempre deben compartir de forma equitativa los derechos y obligaciones respecto de los hijos, cuestión respecto de la cual concuerdo absolutamente.

Para otro sector de la doctrina el principio de corresponsabilidad parental representa un cambio de paradigma, un verdadero cambio cultural, que tardará en hacerse parte del fuero interno de las personas, pero que una vez que esto acontezca constituirá un gran cambio de enfoque cultural. La profesora Maricruz Gómez de la Torre Vargas en este sentido: “Representa un cambio de paradigma, un cambio cultural, al consagrar el principio de la corresponsabilidad parental “en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos (artículo 224 del Código Civil). Es un principio que tardará en internalizarse pero, cuando esto ocurra, será un gran avance en las relaciones de filiación post ruptura.”<sup>132</sup>

Siguiendo esta misma idea señala la referida profesora, que el principio de corresponsabilidad parental viene en hacer efectivo y consagrar lo prescrito en la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto a que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y educación de sus hijos, dando cumplimiento entonces, a los deberes que adquirió el estado de Chile con la firma y ratificación de este tratado internacional.

Sin embargo, la académica también reconoce lo que hemos venido señalando, respecto de la corresponsabilidad parental, en cuanto a que no se

---

<sup>132</sup> GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2014) “La relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la ley N°20.680”, Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile. pp 39.

establece una acción para demandarlo, lo que indudablemente lo convierte, destaca en “solo una declaración de principios”<sup>133</sup>

Así volvemos entonces a lo que planteaba en la parte introductoria de esta tesis de magister, en cuanto a las hipótesis de acuerdo entre los progenitores. Bajo este escenario, sin acciones efectivas, sin contenido específico solo será posible dar aplicación práctica al principio de corresponsabilidad parental en la medida de que exista consenso entre ambos padres, lo que como señalaba no constituye lo usual. La idea es la instauración de reformas que permitan solucionar justamente aquellos casos en que no exista avenimiento entre los padres.

Para la profesora Maria Sara Rodriguez Pinto, con la reforma de la ley 20.680 el principio de corresponsabilidad parental se eleva al plano de imperativo legal, entendiéndose de que antes de dichas modificaciones, dicho principio se encontraba implícito en la redacción del artículo 224 del Código Civil, al señalar que toca de consuno a ambos padres el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos, principio que ahora se extiende a la vida separada de ambos progenitores. Indica también que se trata de un principio, y no de una regla de atribución del cuidado personal, pues no obstante que el cuidado personal compartido se fundamenta en la corresponsabilidad parental no son sinónimos, existiendo distintas formas de hacerlo efectivo. A este respecto destaca la autora: “Cuidado personal compartido y corresponsabilidad tienen una estrecha relación. La tuición compartida es una forma de ejercitar la corresponsabilidad parental después de la separación. Pero ambos conceptos no se identifican. La corresponsabilidad no exige cuidado compartido como único régimen posible de tuición durante la separación. La corresponsabilidad puede ejercitarse de diversas formas. Por ejemplo, mediante tuición exclusiva (del padre o la madre) y patria potestad conjunta. Mediante tuición exclusiva

---

<sup>133</sup> Ob. Cit. pp 43.

(del padre o la madre), relación directa y regular (del hijo con el padre o madre privado del cuidado personal), y patria potestad conjunta o exclusiva.”<sup>134</sup>

Otro sector de la doctrina, se ha pronunciado en sentido diverso, estimando que la consagración de la corresponsabilidad parental viene en igualar y fortalecer activamente los derechos de los padres como progenitores, quienes participarán en la vida de sus hijos, de forma equitativa no obstante el estado de separación. Se debería entonces, en cumplimiento de la nueva normativa, dejar atrás aquellos regímenes comunicacionales anacrónicos, en tanto cada padre debería tener injerencia en todas las decisiones importantes en la vida de sus hijos. En este tenor la juez de familia Gloria Negroni afirma: “La modificación deja atrás la mirada desde los adultos, poniéndolos en igualdad de condiciones, especialmente en el cumplimiento de sus deberes parentales, e impone el enfoque desde el hijo, a quien se debe proteger especialmente, aminorando los efectos de las decisiones de sus padres, quienes continúan ejerciendo su parentalidad más allá de la vida de pareja.

La norma necesariamente fortalece los vínculos por sobre la concepción de familia tradicional que parecía imponerse como nacida sólo desde el matrimonio, y permite superar la diferencia que aún hoy subsiste entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, para comenzar a fortalecer el vínculo filiativo desde las obligaciones parentales.”<sup>135</sup>

A propósito de la relevancia de la consagración positiva de este principio, la magistrado del Tercer Juzgado de Familia de Santiago destaca: “Se imponen desafíos en el ejercicio de la corresponsabilidad, tales como el reconocer a

---

<sup>134</sup> RODRIGUEZ PINTO, María Sara (2014) “Nuevas normas sobre cuidado personal, relación directa y regular, y patria potestad en el Código Civil chileno. Reformas introducidas por la Ley N° 20.680 de 2013” Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile, pp. 80.

<sup>135</sup> En sentido contrario la juez de familia NEGRONI VERA, Gloria, (2014) “Corresponsabilidad parental: un cambio de enfoque radical”, Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N°1, Universidad de Chile, pp 115 y 116.



ambos padres el derecho a participar de las decisiones más importantes en la vida del hijo /a, y a distribuir equitativamente responsabilidades y derechos inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales, siempre en función del interés superior del hijo /a, esto es, respetando sus derechos. Los padres se encuentran en mejores condiciones para arribar al acuerdo que resultará más beneficioso para sus hijos, y en esta línea de acción, la intervención judicial debe relegarse a un segundo plano y funcionar como mecanismo de control. Se requiere comunicación permanente entre los padres, distribución de los tiempos de cada uno, de los padres con los hijos, distribución de los gastos en la medida de sus posibilidades económicas, dejándolos fuera de las desavenencias de la pareja, garantizando la permanencia de los cuidados de ambos padres, y con ello un mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas. Es así que en las decisiones importantes se toman en cuenta la opinión de ambos padres, en igualdad de condiciones en cuanto a los aspectos de educación, crianza y cuidado de los hijos, obligando a los padres a conciliar y armonizar sus actitudes personales a favor del mejor y mayor bienestar de los niños, lo que pone a prueba su actitud y aptitud en sus roles parentales.”<sup>136</sup>

En términos similares concluye doña Carmen Domínguez, quien señaló para la Comisión Mixta “que, además, el proyecto asegura al padre y a la madre iguales condiciones y un derecho a participar de forma activa en la vida de los hijos, vivan juntos o separados.”<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> En el mismo sentido la juez de familia NEGRONI VERA, Gloria, (2014) “Corresponsabilidad parental: un cambio de enfoque radical”, Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N°1, Universidad de Chile, pp 116.

Cfr. En relación a la tuición compartida, Gil Dominguez, A.; Fama, M. V y Herrera, M. (2006), Derecho Constitucional de Familia, Ediar, T.I, Buenos Aires, Argentina.

<sup>137</sup> En el mismo sentido que la juez de familia dona Gloria Negroni, la académica Carmen Dominguez para la Comisión Mixta, Historia de la Ley N° 20.680, pp. 655.

A este respecto y en similar tenor la abogada Marcela Acuña San Martín “En suma, la corresponsabilidad consiste en la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos, que se aplica siempre, cualquiera sea la forma de distribución del cuidado personal de los hijos (simétrica o asimétrica). Mirado desde la óptica de los padres, este principio orienta sobre la forma de ejercicio por ambos de los regímenes de cuidado personal y de relación con los hijos que se acuerden o establezcan judicialmente, a la vez que es el fin de su ejercicio, pues no se pretende otra cosa que mantener el ejercicio pleno de la paternidad y la maternidad de ambos progenitores aunque estén separados. Corresponsabilidad parental como criterio orientador previo y fin al mismo tiempo.”<sup>138</sup>

La corresponsabilidad parental, se perfila entonces como la participación activa de ambos padres en la vida de los hijos y, en todo lo referente a ellos, lo que implica la más absoluta injerencia, en términos igualitarios para ambos progenitores en todo tipo de decisiones relevantes en la vida de los niños, destacando en este punto que la residencia, solo es uno de los factores a considerar, debiendo garantizársele a cada padre su participación igualitaria, equitativa y permanente, entendiendo de que los hijos necesitan de ambos padres, por igual.

Como hemos venido señalando, en lo referente al principio de corresponsabilidad parental, considero, que no obstante constituir un gran avance en cuanto a su consagración positiva en estado de separación, al no estar dotado de contenido específico y mecanismos efectivos de cumplimiento, se torna claramente insuficiente, razón por la cual, y de forma mayoritaria, no

---

<sup>138</sup> En el mismo sentido la abogada SAN MARTIN ACUÑA, Marcela (2013) “El principio de corresponsabilidad parental” *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Volumen 2, N° 2, Universidad Católica del Norte. pp. 31.

es aplicado por nuestros Tribunales de Justicia, de manera concordante con los objetivos que se tuvieron en vista para efectos de su consagración positiva.

En cuanto a la concretización de este principio por parte de la judicatura especializada de familia, es dable sostener, como ya se ha ido adelantando, la ausencia de contenido específico respecto del mismo.

En este sentido, el profesor Rodrigo Barcia, analizando algunos fallos pos reforma concluye: “Las sentencias analizadas permiten dilucidar que los tribunales de familia aún no llenan de contenido las cláusulas generales contenidas en los artículos 224 y 229.3° y 4° del CCch por cuanto no establecen –dado el caso concreto que tienen que resolver– de qué forma el padre no custodio participa en la crianza y educación de sus hijos. Los fallos establecen una extensión temporal de la RDR de no más que cuatro o cinco días al mes, no señalando de qué forma el padre no custodio participa en la crianza y educación de los hijos. En realidad las sentencias están estableciendo simplemente regímenes de visita.

Así, de los casos que se analizaron, se aprecia una preferencia marcada por mantener los derechos y facultades de filiación en el padre custodio, excluyendo al padre no custodio. Por lo que sólo cabe concluir que la forma de aplicación de la Reforma establece facultades y derechos prácticamente desnudos para el padre no custodio.”<sup>139</sup>

A este respecto resulta muy interesante citar algunos de los fallos más atingentes de nuestros tribunales superiores de justicia, en cuanto al reconocimiento judicial del principio de corresponsabilidad parental.

---

<sup>139</sup> BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2017) “La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres” Revista *Ius et Praxis*, Volumen 20, N° 2, Universidad de Talca. pp 37.

Con fecha cuatro de septiembre de dos mil catorce, respecto de la interposición de un recurso de casación en el fondo, intentado en razón de que en el establecimiento de un régimen comunicacional, el juez de familia no se habría pronunciado respecto de la forma en que la madre, en este caso, ejercería su corresponsabilidad parental, la Corte Suprema resuelve declarar inadmisibile el recurso, en razón de que estimaría que tal derecho solo constituye un principio jurídico, y no un régimen, como lo exige quien acciona, por lo tanto no existiría vulneración alguna a la norma que lo establece, pues el no establecimiento de la forma en que se ejercería, no constituye una exigencia propia de la misma.

A este respecto bajo los autos Rol de Corte N°21.334-14, de fecha 4 de septiembre de 2014:“Sin embargo, del tenor del libelo por el que se interpone el recurso de casación en estudio se puede comprobar que no resulta claro a qué se refiere la recurrente cuando sostiene que los jueces infringieron la obligación legal de establecer un “régimen de corresponsabilidad” entre los padres. En efecto, la “corresponsabilidad” a que alude el artículo 229 del Código Civil no es que importe –como se pretende- el establecimiento de un determinado “régimen” de parte del juez familia, ya que, en realidad, constituye un principio jurídico que propende a la participación de ambos padres en el ejercicio de los derechos y deberes que comprende la autoridad parental, esto es, que ambos padres asuman en común ciertas funciones en relación con los hijos, como las de mayor impacto en su formación integral: su crianza y educación. En este contexto, el sólo hecho de haberse dispuesto un régimen amplio de relación directa y regular entre el padre y la hija -como ocurrió en este caso- salvaguarda el principio que se cree vulnerado, no advirtiéndose, por tanto, contravención alguna al artículo 229 del Código Civil.”<sup>140</sup>

---

<sup>140</sup> Sentencia Excelentísima Corte Suprema, de fecha 4 de septiembre de 2014, en causa Rol de Corte 21.334-14, considerando tercero.

En sentido similar, la Corte Suprema se pronuncia respecto del principio de corresponsabilidad parental, en el contexto del ejercicio de un régimen comunicacional, haciéndolo símil a un mayor tiempo de visitas entre padre e hijo. No existe a este respecto tampoco, un pronunciamiento respecto del contenido de dicho principio, que fuere diferente únicamente al contacto directo y regular con el niño. Lo anterior, en fallo de fecha seis de junio de dos mil dieciséis, Rol de Corte N° 32.128-15 ” Segundo: Que de acuerdo al artículo 229 del Código Civil, los jueces, al determinar la relación directa y regular que le corresponde al padre o madre que no ejerce el cuidado personal, y su hijo, debe considerar aquella que asegure un vínculo cercano y sano con aquél o aquella, y que al mismo tiempo garantice la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo.

Para dicha labor, la consideración primordial debe ser el interés superior del niño, añadiéndose aquellos criterios que la norma en comento ordena en los literales a), b) y c) de su inciso tercero, referidos respectivamente a la edad del hijo, la vinculación afectiva con su padre o madre, y el régimen de cuidado personal vigente.

Tercero: Que teniendo presente dichos criterios y las circunstancias fácticas acreditadas en autos, aparece evidente, a juicio de esta Corte, que lo conveniente para Agustín, a la luz de su interés superior, es fijar un régimen comunicacional que permita al niño disfrutar de la mejor forma posible de la crianza y cuidados de ambos progenitores, teniendo en consideración que el desarrollo de las potencialidades de Agustín dependen de manera indiscutible del afecto y saludables relaciones que construya con sus padres, lo que en la etapa de su vida, teniendo en consideración su corta edad, exige un ejercicio especial del rol de corresponsabilidad en el ámbito lúdico y recreacional, teniendo presente que dicho aspecto, en el contexto de padres que trabajan de

lunes a viernes y conforme las máximas de experiencia, se desarrolla preferentemente los fines de semana.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 8, 16 y 67 de la Ley N° 19.968; 22 y 229 del Código Civil; 1, 2, 3, 5, 8, 9, 18, 19 y 30 de la Convención Sobre Derechos del Niño, se confirma la sentencia apelada de veintiuno de junio del año dos mil quince, dictada en los autos Rit C-3253-2014, Ruc 1420450469-6, del Primer Juzgado de Familia de San Miguel, con declaración que se dispone un régimen de relación directa y regular a favor del niño Agustín y su padre , en los siguientes términos:

a) Visitas con pernoctación, que se efectuaran en fines de semana por medio, iniciándose los días viernes a las 18 horas, prolongándose hasta el domingo a esa misma hora, debiendo el padre retirar y dejar al niño en dichos horarios en el domicilio de la madre.

b) El día del padre, lo pasará con él.

c) Los cumpleaños del niño, serán compartidos alternadamente, el primero con el padre, el próximo con la madre y así sucesivamente.

d) Del mismo modo, la próxima navidad el niño la disfrutará con su padre y el año nuevo con la madre, alternándose en la siguiente festividad, en que la navidad la compartirá con la madre y el año nuevo con el padre, y así sucesivamente.

e) Las vacaciones de invierno y de verano, dos semanas y un mes respectivamente, serán aprovechadas con el padre, que se inician el día en que principia cada una de ellas, a las 18 horas, hasta el último día correspondiente, a las 20 horas, siendo de cargo de la madre buscar y dejar al niño en el domicilio del padre, las cuales se alternaran en los años siguientes.

Se previene que el Ministro señor Blanco, teniendo únicamente en consideración, que el recurso fue deducido en contra de aquella parte de la sentencia impugnada que establece un sistema comunicacional ordinario, estuvo sólo por disponer que el régimen comunicacional fuera semana por medio.

Redacción a cargo del Ministro señor Sergio Muñoz Gajardo.”<sup>141</sup>

Como se puede desprender, de los fallos citados, y conforme también lo ha indicado el profesor Mauricio Tapia, Rodrigo Barcia y Cristian Lepin, el principio de corresponsabilidad parental, si bien constituye un avance en cuanto a su consagración positiva, no se encuentra dotado de un contenido específico, en cuanto a los derechos y obligaciones que contempla, ni tampoco otorga acciones para exigir su cumplimiento, razón por la cual se torna ineficaz desde un punto de vista práctico, no existiendo a este respecto un pronunciamiento real y acorde a la norma por parte de nuestros tribunales de justicia.

---

<sup>141</sup> Sentencia Excelentísima Corte Suprema de fecha 6 de junio de 2016, en causa Rol de Corte Nº 32.128-15, considerando segundo y tercero.

## **CAPITULO 2 ATRIBUCIÓN LEGAL DEL CUIDADO PERSONAL A FALTA DE ACUERDO DE AMBOS PADRES**

### **2.1. Introducción.**

Como hemos dicho, la reforma en primer lugar privilegia los acuerdos de los padres por sobre cualquier otra consideración. Sin embargo, en ausencia de los mismos, establece una norma de atribución legal supletoria.

A falta de acuerdo, se establece una norma transitoria, referente a que los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo. Y finalmente en los casos en que así se requiera, y en virtud del interés superior del niño, como consideración primordial, el juez podrá radicar el cuidado personal en alguno de los dos progenitores.

La atribución del cuidado personal, en estado de separación, proviene entonces de tres fuentes, la voluntad de los padres en primer lugar, la ley y el juez.

Lo primero que llama la atención de estas modificaciones dice relación con la atribución legal transitoria del cuidado personal, a aquel de los padres con quien conviva el niño o niña. Estimo que sin perjuicio de tratarse de una atribución legal del cuidado personal, tiene carácter transitorio en tanto opera de no existir acuerdo entre los padres o resolución judicial que asigne el cuidado personal a uno de los progenitores.

Ahora bien, la atribución legal de la custodia a aquel de los padres con quien conviva el menor, si ofrece dificultades.

En primer lugar, creo firmemente que incentiva la disputa del niño o niña, en orden a configurar la situación de residencia para atribuirse el cuidado personal, dado el escenario adverso que en la generalidad de los casos tiñe toda separación, sobretodo en el tiempo inmediato a la época en la que se



produce. Esta norma intenta solucionar una situación práctica en orden a establecer con quien se quedarán los niños de forma inmediata a la separación de los padres. Ahora bien, tomando en cuenta el estado de las cosas, sobretodo en esta primera etapa, me parece sumamente difícil el arribo a consensos, que eventualmente podrían producirse con posterioridad, razón por la cual se genera realmente un conflicto de quien residirá con los hijos en común, y una atribución legal supletoria de esta naturaleza podría producir ciertamente un incentivo a la disputa de los mismos en orden a configurar la situación de residencia.

Importante resulta destacar que la redacción de este artículo fue una de las más problemáticas, partiendo de la base de que muchos sectores estaban en contra de eliminar la preferencia materna que tanto conflicto había generado, y el asunto era de qué forma se erradicada dicha preferencia, dejando a los padres en igualdad de condiciones frente a la separación y al cuidado personal de los hijos en común.

Se creyó que el hecho de atribuir el cuidado personal mientras no exista acuerdo o resolución judicial a aquel de los padres con quien los hijos estén conviviendo, eliminaría cualquier gen de desigualdad entre los progenitores, y satisfacería la resolución inmediata del asunto mientras los padres o un juez no estableciera lo contrario. Pero lo cierto es, que en escenarios adversos esta norma es contraria al espíritu que se tuvo en vista para su creación, pues radica el cuidado personal per se, sin entrar a analizar si aquel que reside con los niños realmente es el padre óptimo para ejercerlo, lo cual en hipótesis de conflicto acentúa la disputa de los niños, y además, como se verá más adelante en la generalidad de los casos los tribunales no lo declaran, perdiendo cualquier eficacia práctica.

## **2.2. Atribución legal del Cuidado Personal.**

### **2.2.1. ¿Opera de pleno derecho, al verificarse las circunstancias que exige la ley al caso concreto?**

Cualquier norma en que la ley atribuye ciertas facultades o derechos a determinadas personas, es una norma que opera de pleno derecho, al verificarse las circunstancias exigidas por la misma ley.

Lo anterior quiere decir, que la única exigencia para que esta atribución de pleno derecho se haga efectiva, es la residencia con los hijos en común, sin mediar acuerdo previo de ninguna naturaleza, ni resolución judicial. El padre o madre que viva con los niños, o más bien que se quede viviendo con los hijos pos separación, tendrá por esa sola circunstancia su cuidado personal, mientras no se regule lo contrario ya sea de forma convencional o judicial.

El requisito entonces de la atribución legal es la configuración de la situación de residencia.

### **2.2.2. ¿Arroja problemas de constitucionalidad?**

Ya habíamos señalado en los capítulos anteriores que en nuestra opinión la norma de atribución legal materna era abiertamente inconstitucional.

Pues bien, conviene preguntarse si el inciso tercero del actual artículo 225 del Código Civil arroja o no algún problema de constitucionalidad, tomando en especial consideración de que se trató de una norma muy discutida y muy problemática dentro del proyecto.

La pregunta es, afectaría entonces esta norma el derecho de ambos padres de educar a sus hijos según lo dispuesto en el artículo 19 N° 10 de la Constitución, o la garantía constitucional de igualdad ante la ley del artículo 19° N° 2° de la Carta Fundamental, o los artículos 9 y 18 número 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y el artículo 16 letra D y

F de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, por disposición del artículo 5 de la Constitución, en cuanto a su rango constitucional.

Ya veíamos que en escenarios de ruptura y desacuerdos, en una fase primigenia, se incentiva la disputa de los hijos por consagrar la situación de residencia que finalmente culmina con la atribución legal supletoria del cuidado personal.

Ahora bien, evidentemente se establece una diferencia entre ambos padres, según quien conviva o no con los hijos, la pregunta es si esa diferencia estaría justificada o sería arbitraria.

A primera vista pareciera ser que poner el acento en la residencia para asignar a uno u otro padre el cuidado personal, establece un trato desigual entre ambos, que no se justificaría más que en la búsqueda de una solución práctica pos separación, según da cuenta la historia de la ley, solución que por lo demás resulta ser ineficaz como se ha planteado.

En este sentido el profesor Rodrigo Barcia, en Informe en Derecho presentado en el Tribunal Constitucional para los autos Rol 2699 – 14: “No obstante lo anterior, se opone completamente al interés superior del niño y viola el régimen de biparentalidad lo estatuido por el artículo 225.3 del CC.ch. Esta es una norma que propone una antinomia horizontal, en términos que dicha disposición está desajustada con los principios del artículo 222 y el artículo 224 del mismo cuerpo legal, al cual todas las normas operativas deben inclinarse legalmente, sea por el orden de interpretación sistemática de las leyes en el orden de la familia en el Código Civil, o sea porque las normas de rango operativo no pueden contradecir principios vitales del régimen de familia. Con todo la contradicción es todavía más profunda, ya que del artículo 225.3° del CCCh produce una antinomia jerárquica insalvable frente a las Garantías

Constitucionales y los Tratados de Derechos Humanos Fundamentales, que protegen los derechos esenciales del niño”<sup>142</sup>

Respecto a la inconstitucionalidad de la norma el Sr. Rodrigo Barcia continúa: “En efecto, el artículo 225.3 del CCCh es un artículo que repugna y viola abiertamente los principios fundamentales precitados de la siguiente forma: dado que dicho artículo establece la frase “a falta de acuerdo”, dicha norma expresa legalmente una superioridad del padre o madre con el cual el hijo convive que deja en desmedro al hijo y al otro padre biológico en el 100 % de los casos. En la práctica la frase “a falta de acuerdo” significa en Chile que, “a falta de acuerdo de la madre con el cual los hijos menores normalmente conviven”, debe el juez hacer operativa la regla de atribución judicial que ordena respetar el principio de cuidado personal compartido, que es el régimen supletorio, y aplicar al efecto todos los criterios del artículo 225-2 del CCCh para dirimir de que forma dicho cuidado personal compartido se hace efectivo. No se entiende que pueda ser el progenitor con quien el niño convive (de facto normalmente la madre) quien en la práctica pueda oponerse y bloquear el sistema del régimen de derechos y deberes de ambos progenitores.”<sup>143</sup>

Continúa el Sr. Barcia en similar tenor “Dicha aplicación es absolutamente contraria al sistema de derechos constitucionales establecidos en la garantía del artículo 19 N°1 sobre derecho a la vida e integridad física y psíquica del niño frente a la relación directa y regular de sus padres; como también, es contraria a la garantía del artículo 19 N° 2 sobre igualdad de derechos entre hombre y mujer aplicada al orden de las familias, en particular al régimen de cuidado personal compartido. En la misma línea los tratados de derechos humanos fundamentales garantizados en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución consagran lo siguiente:

---

<sup>142</sup> BARCIA LEHMAN, Rodrigo (2014), Informe en derecho sobre inconstitucionalidad de la asignación del cuidado personal, presentado en el Tribunal Constitucional, en causa rol 2699 – 14, pp.44.

<sup>143</sup> Ob. Cit.

a) La Convención Internacional sobre los derechos del niño en sus artículo 3, 9 y 18 N° 1 cautela el interés superior del niño frente a su padre y madre;

b) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer en sus artículos y el artículo 16 letra D y F establece la igualdad de trato entre hombre y mujer frente a los hijos comunes;

c) La Convención de todas las formas de discriminación por Raza consagra la igualdad de trato entre hombre y mujer.”<sup>144</sup>

Respecto del citado informe en derecho, presentado ante el Tribunal Constitucional, bajo los autos rol 2699 – 14, resulta relevante destacar que la acción de inaplicabilidad impetrada fue desestimada.

En este contexto es interesante hacer alusión al razonamiento del Tribunal Constitucional, que desestima de plano las vulneraciones a las normas contenidas en Tratados Internacionales, por considerar prioritariamente que estas no tendrían un rango constitucional. También desestima la vulneración a la garantía constitucional de igualdad ante la ley, denunciada en la acción impetrada. A este respecto sentencia que resuelve acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de fecha 16 de junio de 2015, bajo los autos Rol N° 2699 – 14: “DECIMOSEXTO: Que, a juicio de este tribunal, el reproche planteado por el requirente debe ser desestimado, pues la aplicación del precepto no origina una infracción a la garantía de igualdad ante la ley.

Lo anterior por cuanto la regla no resulta, a nuestro juicio, tachable de arbitraria, ello aún en el caso de que se entendiera que introduce una diferencia entre personas que están en una misma situación, cuestión que no se comparte. Lo anterior, por cuanto la norma precisamente se aplica en un

---

<sup>144</sup> BARCIA LEHMAN, Rodrigo (2014), Informe en derecho sobre inconstitucionalidad de la asignación del cuidado personal, presentado en Tribunal Constitucional, en causa rol 2699 – 14.pp.45-46

supuesto en que los padres no se hallan en una idéntica situación, pues es uno de ellos – no ambos- el que convive con el hijo y lo cuida. Es decir, solo con uno de ellos el hijo mantiene una comunidad de vida, no así con el otro.

Y aún si se entendiera, como lo hace el requirente, que el precepto introduce una diferencia entre sujetos que se encuentran en una misma situación, cual sería ser padres del hijo en común, la misma no puede calificarse de arbitraria, que es lo que en definitiva repudia la Constitución.

Lo anterior, por cuanto la atribución del cuidado personal del niño al progenitor con el que convive, parece razonable e inspirada en el interés superior del niño. Ya hemos visto que tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que la regla en cuestión se muestra respetuosa de la igualdad que debe existir entre los progenitores, pues puede aplicarse tanto al padre como a la madre, a la par que resguarda debidamente el interés superior del niño, reconociendo y amparando una situación ya existente, con lo que se protege su estabilidad”<sup>145</sup>

Llama la atención en cuanto al fallo aludido, que en primer término señala que no se introduce diferencia alguna entre los padres, pues aquellos no se encontrarían en idéntica situación, toda vez que uno de ellos conviviría con los hijos y el otro no, cuando es justamente ésta la diferencia que establece la norma para hacer efectiva la atribución legal supletoria.

Por otra parte, el razonamiento de que dicha norma parece razonable e inspirada en el interés superior del niño, tampoco parece acertada, conforme a que como se ha señalado, se deja desprovisto al otro de los padres de mecanismos efectivos para exigir el cumplimiento del principio de corresponsabilidad parental, entendiendo de que un hijo necesita de la

---

<sup>145</sup> Sentencia Tribunal Constitucional. de fecha 16 de junio de 2015, en causa Rol 2699 – 14, considerando decimosexto.

injerencia y cuidados de ambos progenitores, lo que no se garantiza en la actualidad.

Finalmente el fin buscado por la norma, relativo a resguardar la estabilidad de los niños en estado de separación, mientras no se establezca lo contrario, ya sea por acuerdo o resolución judicial, tampoco se verifica en la práctica, en razón de que esta situación de hecho que se convierte en una atribución legal supletoria del cuidado personal, tampoco se declara en todos los casos por nuestros tribunales, dejando a los padres en similar situación de incerteza, a la que tendrían en caso de que la norma aludida no existiera.

En este sentido, respecto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma, me inclino mayormente por estimar que el artículo 225 inciso tercero del Código Civil, si establece una diferencia arbitraria entre los padres, que tiene que ver justamente con la configuración de la situación de residencia, que deja a uno de ellos en desmedro del otro en relación con los hijos en común. Comparto asimismo el criterio de que el establecimiento de esta norma tampoco es concordante ni proporcional con el fin perseguido, toda vez que en la práctica se torna ineficaz, en razón de que no en todos los casos existe un reconocimiento judicial de la misma. Por otro lado, incentiva la disputa de los hijos en estado pos separación, y no garantiza su interés superior, en la medida de que al no existir acciones específicas para hacer efectivo el principio de corresponsabilidad parental, se relega al otro progenitor de la vida de los hijos en común, mientras no se regula judicialmente la situación de la familia, lo que puede tardar varios meses o incluso años.

### **2.3. Doctrina y jurisprudencia en cuanto al sentido, alcance y aplicación de la atribución legal del cuidado personal.**

En este punto señalar, que nuestra doctrina nacional se encuentra dividida.

Respecto de la atribución legal transitoria del cuidado personal el profesor Mauricio Tapia, con el que concuerdo plenamente, destaca que dicha atribución podría transformarse en un incentivo para lograr la custodia definitiva, y presionar al otro de los padres para que haga abandono del hogar común “Por último, es posible también sostener que esta norma envuelve ciertos riesgos, pues si ella atribuye una preferencia (aunque sea transitoria) al padre o madre que convive con los hijos, es lógico que podría ello envolver un incentivo implícito a convertirse en el único padre que convive con ellos tratando de conservar el hogar común y presionar para que el otro parta. La regla, por esto, puede traer aparejado un incentivo implícito a la violencia intrafamiliar.”<sup>146</sup>

Poner el acento en la residencia de los hijos también resulta peligroso, como se expuso, en el sentido de una posible vulneración de garantías constitucionales como la igualdad ante la ley, consagrada también en diversos instrumentos internacionales, sobre derechos humanos.

Para Rodrigo Barcia, como ya hemos venido señalando, la atribución legal supletoria expresa una superioridad del padre o madre con quien conviven los hijos, de carácter perjudicial en la mayoría de los casos “En efecto, el artículo 225.3 del CCCh es un artículo que repugna y viola abiertamente los principios fundamentales precitados de la siguiente forma: “....dado que dicho artículo establece la frase – a falta de acuerdo-, la norma expresa legalmente una superioridad del padre o madre con el cual el hijo convive que deja en desmedro al hijo y al otro padre o madre biológico en el 100% de los casos.”<sup>147</sup>

Para el profesor Cristian Lepin Molina, “Es una norma de atribución supletoria, que consagra el principio de igualdad de los padres, y que protege el

---

<sup>146</sup> TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, (2014) “Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos” Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile, pp 22.

<sup>147</sup> BARCIA LEHMANN, Rodrigo, (2014) Informe en derecho sobre inconstitucionalidad de la asignación del cuidado personal, presentado en Tribunal Constitucional, en causa rol 2699 – 14, pp. 44.



interés superior de los hijos al mantener su situación, priorizando su estabilidad material y espiritual.

Esta regla supletoria presenta importantes beneficios. Por una parte, permite una continuidad en la vida del menor, en aquellos casos en que los padres estén separados y uno de ellos se hace cargo de los hijos y el otro desaparece o se desentiende de sus responsabilidades; o en aquellos casos en que ambos padres se encuentran presentes en la vida de su hijo, pero no han firmado un acuerdo.

Por otro lado, evita tener que judicializar todos los casos a efectos de que el tribunal de familia atribuya el cuidado personal, reconociendo la situación de hecho existente.”<sup>148</sup>

No es posible desconocer en este punto, que se trata de una norma que intenta solucionar una situación de carácter de transitorio, cual es la custodia de los niños en el tiempo inmediato a la separación, sin embargo dado fundamentalmente la adversidad que rodea las separaciones entre los padres, nos parece que esto sólo sería posible, y no ofrecería problemas, en la medida de que se trate de personas que hayan disuelto su relación de pareja, en buenos términos, situación que claramente no es de común ocurrencia.

Referente a esta norma de atribución legal transitoria, se estableció en la Comisión Mixta: "en cuanto al artículo 225 del mismo Código, señaló que éste tiene que consagrar un modelo de atribución convencional, contemplando, en su inciso cuarto, la atribución legal, porque no se puede forzar a las personas a ir a tribunales para resolver sus problemas”<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> En sentido contrario el profesor LEPIN MOLINA, Cristián Luis, (2014) “Modificaciones a los efectos de la filiación. Una cuestión de principios” Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile, pp 146.

<sup>149</sup> Historia de la Ley N° 20.680, Comisión Mixta, pp. 658.

A su vez, la profesora Fabiola Lathrop, hizo referencia a la regla de atribución legal en los siguientes términos: “Busca enfatizar que quien reside con el hijo tiene solo el cuidado personal provisorio, de manera que si el otro padre o madre desea participar en dicho cuidado personal o tenerlo exclusivamente, debe llegar a acuerdo o acudir al tribunal demandándolo a su favor en forma definitiva.”<sup>150</sup>

Como señalé anteriormente, no comparto la opinión de que esta atribución legal desincentiva la judicialización, sino más bien todo lo contrario. En primer término atendida su atribución de pleno de derecho, los padres que en la generalidad de los casos no terminan en buenos términos su relación de pareja, pueden fácilmente propender a la disputa de los hijos, buscando configurar la situación de residencia que en definitiva los hace titulares del cuidado personal mientras no se establezca lo contrario. En segundo lugar nuestros Tribunales no han interpretado esta norma en todos los casos, en el sentido que se ha buscado por intermedio de la reforma, la interpretación en muchos fallos ha sido denegar la declaración del cuidado personal, no obstante su atribución legal, e incentivar la controversia entre los padres, a través de un procedimiento de naturaleza contenciosa, que busca el establecimiento de un cuidado personal exclusivo.

Respecto al pronunciamiento de nuestros tribunales superiores de justicia, resulta interesante destacar algunos fallos, a los que hemos aludido, como aquellos, en que no se reconoce judicialmente la atribución legal supletoria del cuidado personal.

En este contexto y frente a la interposición de una solicitud de cuidado personal declarativo, deducida por un padre que residía con su hijo hace más de un año, acompañando para tales efectos certificados de residencia y declaraciones juradas, el Segundo Juzgado de Familia de Santiago resolvió no

---

<sup>150</sup> Ob. Cit. pp.654.

dar curso a la solicitud, instando al padre a demandar el cuidado personal exclusivo: “Santiago, siete de octubre de dos mil quince. Por ingresado a despacho con esta fecha. Vistos: Que, teniendo especialmente presente lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil en relación con lo que dispone el artículo 54-1 de la Ley 19.968, SE RESUELVE: Que, no siendo necesaria la intervención judicial que reconozca la situación de hecho del niño MATEO ORLANDO LATORRE PALACIOS, no se da curso a la presente demanda. Lo anterior, sin perjuicio del derecho del padre de iniciar la acción que en derecho corresponde cumpliendo para tal efecto los requisitos legales previos. Notifíquese por el estado diario.”<sup>151</sup>

En este mismo tenor concluyó en audiencia el Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, bajo los autos Rit V – 455 – 2015, con fecha 24 de febrero del año 2016 “3.- Que así las cosas, aparece de manifiesto que se trata de una situación que requiere de una tramitación contenciosa en donde el padre del menor de que se trata sea escuchado, -de acuerdo a las normas que rigen el debido proceso- no pudiendo por ende, haberse aceptado a tramitación esta solicitud, como voluntaria, por cuanto es claro que existe un legítimo contradictor que tiene derecho a ser oído, existiendo procedimientos legales para el tratamiento de aquellos casos en que las personas no se encuentren en el país.”<sup>152</sup>

Del mismo modo se pronunció la Cuarta Sala de la Corte Suprema, en causa Rol de Corte N° 37486 – 2015, estimando que, a la solicitud en la que se busca se declare la atribución legal supletoria del cuidado personal según el artículo 225 inciso tercero del Código Civil, debe dársele una tramitación contenciosa de acuerdo al procedimiento ordinario regulado en la ley 19.968 que Crea Los Tribunales de Familia, no obstante reconocer que se trata de una

---

<sup>151</sup> Sentencia Segundo Juzgado de Familia de Santiago, de fecha 7 de octubre de 2015, en causa Rit C – 5904 – 2015.

<sup>152</sup> Sentencia Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, de fecha 24 de febrero de 2016, en causa Rit V – 455 – 2015.

acción de naturaleza declarativa. Al respecto sentencia de fecha 10 de mayo del año 2016 “En la especie, tratándose de una acción declarativa que busca el reconocimiento de una situación de hecho, consistente en que el niño vivía con el demandante al momento de la separación de la madre y lo ha continuado haciendo, debe tener a esta última como legitimada pasiva, desde que se debe entender que es ella quien ha puesto en duda o negado – extraprocesalmente – dicha circunstancia.”<sup>153</sup> Luego señala “Que, lo antes reflexionado en torno a la naturaleza de la acción deducida, permite establecer que la sentencia impugnada no ha infringido el citado artículo 54-1, al confirmar el fallo del juez a quo que declara inadmisibile la demanda, fundándolo en que se trata de un asunto contencioso no obstante haberse deducido como acción declarativa, puesto que la acción, tal cual ha sido planteada, no puede ser conocida, por lo que resulta manifiestamente improcedente y la disposición en análisis permite hacer esta declaración de plano, salvo cuando estén envueltas determinadas materias, contempladas en los numerales 8 y 16 del artículo 8 del mismo cuerpo legal, lo que no se verifica en la especie.”<sup>154</sup>

La interpretación de la Corte Suprema, en este sentido, pareciera ser un poco contradictoria, toda vez que sin perjuicio de reconocer que se trata de una acción de naturaleza declarativa, que busca únicamente la consagración judicial de un derecho preexistente, le asigna una naturaleza contenciosa, de acuerdo al procedimiento ordinario contemplado en la ley que Crea Los Tribunales de Familia. En este escenario, resulta al menos dudoso sostener que dicha norma ha desincentivado la judicialización, sino más bien todo lo contrario.

Cabe preguntarse entonces, si el fin buscado por la norma se cumple, dada su aplicación práctica, en cuanto a garantizar el principio de interés superior del niño, garantizar su estabilidad en un hogar, solucionar un problema

---

<sup>153</sup> Sentencia Excelentísima Corte Suprema, de fecha 10 de mayo de 2016, en causa Rol de Corte 37486 – 2015, considerado cuarto.

<sup>154</sup> Ob. Cit, considerando séptimo.

práctico de con quien convivirán los niños pos separación y desincentivar la judicialización.

Según el criterio plasmado en los fallos aludidos, al exigir legítimo contendor y procedimiento ordinario para efectos de declarar una atribución legal, pareciera ser que claramente el fin perseguido no se obtiene.

En diverso sentido la misma Corte en fallo de fecha 6 de octubre de 2014, resuelve respetar la norma de atribución legal supletoria, en este caso, frente a una demanda de cuidado personal interpuesta por el padre en contra de la madre, en que solicita se radique en él la custodia, en razón de residir actualmente con su hijo. Me parece en este punto, no obstante concordar con la Corte, en cuanto al reconocimiento judicial de la situación de hecho, que pareciera ser contradictorio que quien tiene el cuidado personal de pleno derecho, en este caso el padre, por residir con su hijo, lo demande de la madre. La situación, en conformidad con la legislación vigente debiera ser justamente la contraria.

A este respecto en fallo Rol de Corte N° N° 3666- 2014, de fecha 6 de octubre de 2014: "Vistos: Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de los motivos noveno y décimo que se eliminan.

Y se tiene, en su lugar, y además, presente:

1º: Que la Ley N° 20680, incorporó a nuestro sistema normativo el concepto de corresponsabilidad parental, en virtud del cual, se estableció que si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos lo ejerza el padre, la madre o ambos en forma compartida y que a falta de dicho acuerdo, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo.

2º Que Luis Felipe conforme al mérito de autos se encuentra viviendo con su padre, en casa de sus abuelos paternos, desde el mes de agosto de

2013, por lo que se configura en la especie la alternativa legal antes descrita, de manera que siendo ésta la regla supletoria contemplada por la ley, deberá estarse a ella.

3º Que por lo demás, la referida decisión permite resguardar el interés superior del adolescente, al respetar su autonomía progresiva y su estabilidad emocional y material.

4º Que en mérito de lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 225 del Código Civil, se mantendrá la fórmula propuesta por el Juzgado de Familia, con relación al régimen comunicacional, que atendido lo resuelto, deberá cumplir doña Liliana Pavez Cáceres con su hijo Luis Felipe Martínez Pavez.

Y teniendo además presente las consideraciones expuestas en los motivos quinto a séptimo del fallo de casación que precede, los que se tienen como parte integrante del presente; se revoca la sentencia apelada de treinta y uno de octubre de dos mil trece dictada en los autos RIT 482-2013 RUC 13- 2-0266827-K del Juzgado de Familia de Villa Alemana, por la cual se rechazó la demanda de cuidado personal interpuesta por don Luis Hernán Martínez Vicencio en contra de doña Liliana del Carmen Pavez Cáceres, y en su lugar se decide:

I. Se acoge la demanda por lo que corresponde al demandante don Luis Hernán Martínez Vicencio el cuidado personal y la patria potestad de su hijo Luis Felipe Martínez Pavez.”<sup>155</sup>

Como se desprende claramente del fallo aludido, la declaración judicial de la atribución legal supletoria de la custodia, en este caso, se sujetó claramente a un procedimiento ordinario de naturaleza contenciosa, en que el padre que convive con su hijo, es quien demanda de cuidado personal a la madre. Me parece en este caso procesalmente incorrecto que no obstante tener

---

<sup>155</sup> Sentencia Excelentísima Corte Suprema, de fecha 6 de octubre de 2014, en causa Rol de Corte 3666-2014, vistos.

la custodia de pleno derecho, por el hecho de residir con el niño, el progenitor ejerce acción de cuidado personal en contra de la madre, situación que la Corte Suprema termina reconociendo, revocando la sentencia casada, como se ha dicho, en un procedimiento de naturaleza contenciosa.

Lo segundo que llama la atención del fallo aludido es que claramente no se está aplicando la norma de manera transitoria o supletoria como se pretende, se está aplicando justamente para resolver el cuidado personal definitivo del niño, lo que tampoco se condice con el espíritu de su creación.

## **CAPITULO 3 CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO**

### **3.1. Introducción.**

Finalmente, en lo referente al establecimiento normativo del cuidado personal compartido, y su procedencia únicamente por intermedio del acuerdo de los padres, comparto el criterio de que resulta ser claramente insuficiente, pues la regulación o no de un régimen de esta naturaleza debiera permitir, a mi juicio, la intervención judicial. Actualmente, si alguno de los padres quisiera regular un cuidado personal compartido, y no contara con el acuerdo del otro progenitor, estaría obligado a demandar un cuidado personal exclusivo, incentivando aún más, la disputa judicial de los hijos. En este sentido, lo único que queda para el padre que ve frustrada la posibilidad de acordar un cuidado personal compartido, y que no desea demandar una custodia exclusiva, por todo lo que ello implica, es obtener un régimen comunicacional, que sigue siendo deficiente, toda vez, que no obstante establecerse que aquel debe descansar en el principio de corresponsabilidad parental, como hemos visto, no se ha determinado claramente el contenido de dicho principio, y no existen acciones para garantizar su cumplimiento, tornándose en un principio de aplicación ilusoria.

La atribución legal supletoria del cuidado personal, junto con la consagración normativa del principio de corresponsabilidad parental sin acciones ni contenido específico, y la posibilidad de regular un cuidado personal compartido, solo por intermedio de acuerdo entre los padres, en el evento claro de que no exista consenso entre los progenitores, ni voluntad cercana a adoptarlo, obliga necesariamente a concurrir a tribunales en búsqueda de una custodia de carácter exclusiva.



El escenario de la custodia exclusiva para uno de los padres, pareciera ser muchísimo más gravosa y desgastante, que la búsqueda de un cuidado personal compartido.

En este sentido, podría el juez bajo ciertos criterios, radicar el cuidado personal en ambos padres, de existir la posibilidad de ser demandado por uno de ellos, entendiendo claramente que los hijos necesitan de ambos, y que como adultos responsables debieran adoptar todas las decisiones en pos de su bienestar, comprendiendo además que de no existir situaciones graves concordantes con impedimentos inhabilitantes para ejercer la maternidad y la paternidad, ambos debieran educar y criar a sus hijos con igual injerencia y determinación.

### **3.2. Doctrina y jurisprudencia en cuanto al sentido, alcance y aplicación del cuidado personal compartido.**

Igualmente que en el caso de todos los acápite tratados en esta parte de este trabajo, la doctrina se encuentra dividida.

Mauricio Tapia en este punto destaca algo que me parece sumamente interesante, y con lo que concuerdo plenamente, cual es, el derecho a veto del que goza cada padre para oponerse al cuidado personal compartido, claramente en caso de desacuerdo, que torna manifiestamente restrictiva su aplicación: “Ante todo, porque el juez carece, según esta regla de la Reforma, de facultades para asignar el cuidado compartido en ausencia de acuerdo entre los padres. Esto es, se otorga a cada padre un derecho de veto, para oponerse y hacer inviable un cuidado personal compartido que pueda beneficiar a los hijos.

Esto es negativo por múltiples razones. Desde luego, es criticable porque no significa un avance sustancial respecto de la situación anterior a la Reforma, en que los tribunales ya se encontraban aprobando acuerdos de custodia

compartida. La única ventaja de este texto es que viene a disipar las dudas acerca de la legalidad de esa medida. Pero tal ventaja se diluye, como se expondrá, por el hecho de que se le reconoce a esta figura una definición restrictiva.

También es objetable porque con esto se priva a los jueces de una poderosa herramienta para estimular los acuerdos entre los padres. En efecto, frente a la eventualidad de que el tribunal pueda, en ausencia de acuerdo, asignar una custodia compartida, ambos padres se sentirán proclives a mostrarse más "razonables" en la búsqueda de un esquema de cuidado que beneficie al hijo y que logre una participación equitativa en su crianza. En otras palabras, la facultad judicial de asignar el cuidado personal compartido estimula los acuerdos y facilita la participación de ambos progenitores en la cuidado de los hijos.<sup>156</sup>

Por otra parte el profesor Cristian Lepin resalta el sentido de privilegiar los acuerdos entre los padres, como un aspecto claramente positivo de la reforma "La Ley N° 20.680 viene a modernizar los efectos de la filiación ajustándolos a los principios que rigen al moderno Derecho de Familia, a saber: Interés superior del niño, igualdad parental y autonomía de la voluntad.

Es así como el legislador privilegia los acuerdos de los padres en materia de cuidado personal, relación directa y regular y patria potestad, los que deben cumplir con las formalidades legales analizadas, pero que a diferencia de las pensiones de alimentos no requieren aprobación judicial, salvo los casos del acuerdo completo y suficiente.

---

<sup>156</sup> TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, (2014) "Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos" Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile, pp 17-18.

De esta forma, la autonomía de la voluntad de los padres es cada vez más amplia en el Derecho de Familia, permitiendo e incentivando los acuerdos en estas materias.

En caso de tener que recurrir a la justicia, la única causal existente es el interés superior del niño, principio rector en materia de familia, que supone que el juez de familia debe atribuir el cuidado personal de los niños al padre que garantice de mejor forma el bienestar de sus hijos, procurando el pleno respeto de sus derechos fundamentales.”<sup>157</sup>

En similar sentido, dando prioridad a los acuerdos de los padres, opina la juez de familia doña Gloria Negroni, “La modificación introducida por la Ley N° 20.680, fortalece también la resolución del conflicto mediante el acuerdo, dándole prioridad al mismo, de tal manera que si los padres quieren asumir un régimen de cuidado compartido, sólo lo pueden regular mediante un acuerdo, el juez no podría imponérselos. Si bien la modificación es muy reciente, junio de 2013, hoy a 10 años de la publicación de la Ley de Matrimonio Civil, las cifras hablan de un 62% de causas de divorcio tramitadas bajo la modalidad de divorcios de común acuerdo, lo que da cuenta de una sociedad que comienza a percibir los beneficios de la solución de sus conflictos vía los acuerdos, tanto respecto de la oportunidad de los mismos, ya que la solución colaborativa es más rápida, como por la disminución de la adversarialidad y la confrontación entre las partes, ya que para el niño la familia continúa a través de cada uno de sus padres y mediante ellos con sus respectivas familias extensas, los vínculos se refuerzan con los acuerdos y se debilitan o destruyen a través de los juicios.”<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> En sentido contrario el profesor LEPIN MOLINA, Cristian Luis, (2014) “Modificaciones a los efectos de la filiación. Una cuestión de principios”, Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile. pp. 167-168.

<sup>158</sup> En similar sentido al profesor Cristian Lepin Molina, la juez de familia NEGRONI VERA, Gloria, (2014) “Corresponsabilidad parental: un cambio de enfoque radical”, Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile. pp. 121.

Respecto de que el principio de corresponsabilidad parental y el cuidado personal compartido no serían sinónimos, se pronuncia María Sara Rodríguez, quien señala que la figura de la custodia compartida es una forma de ejecutar el principio de corresponsabilidad parental, sin embargo no se identifica únicamente con la misma, pues existirían distintas formas de ejercitar la corresponsabilidad parental, sin necesariamente pactar un cuidado personal compartido: “La tuición compartida es una forma de ejercitar la corresponsabilidad parental después de la separación. Pero ambos conceptos no se identifican. La corresponsabilidad no exige cuidado compartido como único régimen posible de tuición durante la separación. La corresponsabilidad puede ejercitarse de diversas formas. Por ejemplo, mediante tuición exclusiva (del padre o la madre) y patria potestad conjunta. Mediante tuición exclusiva (del padre o la madre), relación directa y regular (del hijo con el padre o madre privado del cuidado personal), y patria potestad conjunta o exclusiva.”<sup>159</sup>

Por otra parte, importante resulta destacar, respecto a la eventual procedencia de un cuidado personal compartido en sede judicial, la opinión vertida por el Sr. Chahuan, como uno de los gestores de una de las mociones parlamentarias que dieron origen a la reforma, quien para la Comisión de Constitución, señala que estima que debiera poder establecerse a solicitud de alguno de los progenitores, un cuidado personal compartido, en el evento de concurrir ciertas y determinadas circunstancias, con lo cual concuerdo conforme he venido planteando:

“Asimismo, considero de suma importancia incorporar la facultad judicial de modalidad de cuidado personal compartido cuando sea solicitado por uno de los progenitores, es decir, cuando exista interés por ejercerlo de manera

---

<sup>159</sup> RODRIGUEZ PINTO, María Sara, (2014) “Nuevas normas sobre cuidado personal, relación directa y regular, y patria potestad en el Código Civil chileno. Reformas introducidas por la Ley N° 20.680 de 2013”, Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N°1, Universidad de Chile, pp 80.

conjunta, y establecer criterios específicos y objetivos tanto para radicar como para alterar el cuidado personal.”<sup>160</sup>

Además concluye indicando, que resulta ser un error poner el acento en la residencia necesariamente, para efectos del establecimiento de un cuidado personal compartido, pues aquel debiera enfocarse más bien en las labores de protección, educación, crianza y participación de ambos padres en la vida de los hijos en común.

Respecto a que el cuidado personal compartido, solo pueda establecerse mediante acuerdo entre los padres, comparto plenamente el criterio, de que aquello resulta ser manifiestamente insuficiente, conforme al espíritu inicial de la Reforma.

Plantear el problema, enfocándolo mayoritariamente en hipótesis de acuerdos entre los progenitores, me parece claramente poco acertado.

La razón de lo anterior radica en que la idea de legislar una determinada situación, cobra relevancia justamente en aquellos casos en que los padres no están de acuerdo, debiendo entonces intervenir legislativamente.

Cabe preguntarse entonces y en este sentido, en que soluciona realmente la reforma, aquellas situaciones en que los padres no llegan a consensos, si la única forma de pactar un cuidado personal compartido es por intermedio de un acuerdo. Basta entonces, como señala el profesor Mauricio Tapia, que uno de los progenitores se oponga, para dar por frustrada cualquier posibilidad en este sentido, lo que empeora con la atribución legal supletoria, en que per se uno de los padres tiene el cuidado personal. Entonces, que incentivo podría tener dicho progenitor en llegar a acuerdo alguno en este sentido, si per se y de pleno derecho detenta la custodia de los hijos en común, solo por residir con ellos.

---

<sup>160</sup> Historia de la ley 20.680. Discusión en Sala. pp 555.

Lo que ocurre entonces, indefectiblemente es que el padre no custodio que desee mayor injerencia en la crianza y educación de su hijo, deberá demandar un cuidado personal exclusivo, pues tampoco tiene acciones específicas para hacer efectivo el principio de corresponsabilidad parental, volviendo entonces a un escenario judicial altamente contencioso, que es justamente lo que se pretende evitar.

Respecto del pronunciamiento judicial en estas materias, si bien, la posición mayoritaria es denegar la intervención judicial para efectos de regular en sede judicial la custodia compartida, si han existido criterios diversos.

En este sentido, la Excelentísima Corte Suprema, por intermedio de un recurso de casación en el fondo, le ordena al Juzgado de Familia de Melipilla, admitir a tramitación una demanda de cuidado personal compartido. Hago hincapié en este punto, porque dicho juicio, termina a través de un acuerdo de cuidado personal compartido, suscrito entre ambas partes, que pone termino al proceso, lo que viene en reforzar la opinión de que la intervención de un tercero imparcial, puede lograr que los padres alcancen acuerdos, siendo mucho mejor esta vía, a efectos de aminorar el quiebre, que discutir un cuidado personal exclusivo.

La Corte Suprema, le ordena al tribunal de primera instancia entrar a conocer de la acción interpuesta, en razón de que aquella no estaría rechazada de forma categórica en la ley, y razonar en sentido contrario implicaría una vulneración al principio de inexcusabilidad consagrado en el inciso 2° del artículo 76 de la Carta Fundamental, lo anterior en fallo de fecha 29 de septiembre de 2015, en causa Rol de Corte N° 22881 – 2014: “5° Que, por lo tanto, si bien el control de admisibilidad en los términos señalados en el inciso 3° del artículo 54-1 de la Ley N° 19.968 dice relación con el derecho sustantivo aplicable al caso concreto, no puede ejercerse cuando la pretensión que se formula no está rechazada de forma categórica en la ley de modo tal que impida

de manera absoluta, explícita y directa, adoptar cualquier decisión de orden jurisdiccional que pueda solucionar el conflicto jurídico planteado de orden familiar, que, en ese contexto, necesariamente habrá de ser resuelto en la sentencia definitiva que debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, tal como lo garantiza el inciso 5° del numeral 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Una conclusión en sentido contrario, además, contraría la regla de la inexcusabilidad consagrada en el inciso 2° del artículo 76 de la Carta Fundamental y en el inciso 2° del artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, pues, en definitiva, el tribunal aparece rechazando la intervención reclamada en un asunto que por ley se encuentra entregado a su conocimiento y resolución;

6° Que, por consiguiente, se debe concluir que los jueces del fondo al confirmar la resolución apelada incurrieron en el error de derecho denunciado; razón por la que el recurso debe ser acogido.”<sup>161</sup>

Lo primero que resulta interesante en el fallo que comentamos, es que la Excelentísima Corte Suprema señaló que no puede declararse inadmisibles una demanda de esta naturaleza, por tratarse del ejercicio de una acción que no estaría prohibida de manera categórica en nuestra legislación. Además, señala que el tribunal aparece rechazando la intervención reclamada en un asunto que por ley se encuentra entregado a su conocimiento y resolución.

Según el razonamiento descrito para este caso, la Corte Suprema estima que se trata entonces, de una acción que no se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento jurídico y que además es de competencia de los Juzgados de Familia. Podría sostenerse entonces, que en este caso, la Corte Suprema estaría autorizando la revisión judicial del cuidado personal compartido.

---

<sup>161</sup> Sentencia Excelentísima Corte Suprema, de fecha 29 de septiembre 2015, en causa Rol de Corte N° 22881 – 2014, considerando quinto y sexto.

En sentido diverso, se ha pronunciado a posterioridad el mismo tribunal, revocando un fallo de la Corte de Apelaciones de Coyhaique en que se confirma la sentencia de primera instancia, en virtud de la cual el tribunal de familia de esa ciudad resuelve conceder el cuidado personal compartido a ambos progenitores. La Corte Suprema estima que tal pronunciamiento resultaría absolutamente errado, pues solo es posible establecer el cuidado personal compartido cuando los padres están de acuerdo. A este respecto la Cuarta Sala del máximo tribunal, con fecha diecisiete de diciembre de dos mil quince, bajo los autos Rol de Corte N° 6320-15 “Séptimo: Que, del modo antes expresado, queda claro que la determinación de los sentenciadores en relación a fijar el cuidado compartido a favor del menor de autos, no tomó en consideración el inciso tercero del artículo 225 que señala expresamente que “En cualquiera de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido”. Del cual se deduce sin ninguna duda, que el juez no tiene atribución para fijar como forma de ejercer el cuidado personal de un hijo, el de hacerlo en forma de cuidado compartido, ya que la ley establece claramente todas las posibles soluciones que puede tomar el juez, en los casos sometidos a su decisión.”<sup>162</sup>

Cabe destacar en este sentido, que los pronunciamientos posteriores de la Corte Suprema respecto a lo que venimos analizando han sido concordantes con este último fallo citado, en el sentido de estimar que solo es posible establecer una custodia compartida por acuerdo de los padres.

---

<sup>162</sup> Sentencia Excelentísima Corte Suprema, de fecha 17 de diciembre de 2015, en causa Rol de Corte N° 6320-15, considerando séptimo



**CUARTA PARTE REGULACIÓN JURIDICA DEL CUIDADO PERSONAL  
COMPARTIDO EN EL DERECHO COMPARADO**

**CAPÍTULO 1 UNA MIRADA INTERNACIONAL DEL CUIDADO PERSONAL  
COMPARTIDO**

**1.1. Una mirada internacional**

Resulta interesante, a propósito de todo lo estudiado, analizar brevemente como se ha regulado el ejercicio del cuidado personal en el derecho comparado.

En lo atinente a lo que hemos venido reseñando, respecto a la conveniencia del establecimiento de un cuidado personal compartido en sede judicial, así como también el tratamiento que se le ha dado a lo que se denomina Autoridad Parental, como el conjunto de derechos y obligaciones tanto personales como patrimoniales de los padres respecto de sus hijos, me parece pertinente destacar la legislación española, argentina y francesa.

Como se verá, es plenamente posible, sobretodo, destacar en este sentido a la normativa Argentina, legislar con éxito desde un planteamiento de igualdad, teniendo como consideración primordial el principio de interés superior del niño.

Legislar partiendo de la base de la distribución equitativa de roles, desde el cuidado personal compartido, que asimismo la residencia sea solo uno de los elementos del cuidado personal, determinándose el alcance de todo su contenido, avanzando en este sentido hacia una legislación que realmente concuerde con las nuevas realidades sociales, y que haga efectivos los principios y derechos que consagra, si es posible.

## **1.2. Regulación del régimen jurídico del cuidado personal en España.**

El tratamiento del cuidado personal compartido en España, se instauró positivamente en el Código Civil Español por intermedio de una reforma que tomó lugar en el año 2005. La Ley 15/2005, de 8 de julio de 2005 consagró el régimen del cuidado compartido de los hijos, modificando así el artículo 92 del Código Civil Español.

Prescribe el citado artículo: “Art. 92.

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

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

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que

tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

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

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

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.”<sup>163</sup>

De esta manera, el cuidado personal compartido en España, se puede establecer de forma convencional en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento, según lo dispuesto en el numeral 5 del citado artículo. De manera excepcional el Juez lo puede establecer, a petición de una de las partes, con informe

---

<sup>163</sup> Artículo 92 Código Civil Español.

favorable del Ministerio Fiscal, cuando esta sea la forma de proteger de la mejor manera el interés superior del niño.

Es importante señalar que la intervención judicial se produce a instancia de parte, “No se faculta al juez para establecer de oficio el cuidado compartido de los hijos. El establecimiento del sistema requiere, al menos, la solicitud de uno de los padres, con informe favorable del Ministerio Fiscal, fundado en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (artículo 92 N° 8 del Código Civil Español).”<sup>164</sup>

En este sentido el profesor Rodrigo Barcia, efectuando un estudio del cuidado personal en el derecho comparado hace hincapié en que “Sin perjuicio de lo anterior, existen importantes fallos del TS que han acelerado el proceso de establecimiento del cuidado personal compartido como la regla general. Así, las sentencias precedentes han interpretado el artículo 92.8° del CCE, resolviendo que el cuidado personal compartido con oposición de uno de los padres es una medida de excepción, solo en atención a que los padres acuerden el cuidado personal compartido.”<sup>165</sup>

Ahora bien, la regulación de estos temas en el caso particular de Cataluña se diferencia del resto del sistema español, donde los jueces deben acoger en la generalidad de los casos la tuición compartida: “Al analizar el caso particular de Cataluña, donde a diferencia del marco legal español, los jueces deben acoger con carácter general la fórmula de la custodia compartida, salvo en casos excepcionales, también la cifra de cuidados compartidos es más alta

---

<sup>164</sup> ALASCIO CARRASCO, Laura y MARIN GARCIA, Ignacio, (2007), “Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC”, Revista para el análisis del Derecho, señala: “la tendencia era atribuir la guarda y custodia del hijo a uno de los padres, preferentemente a la madre, con el correlativo uso de la vivienda familiar y el pago por parte del padre de una pensión de alimentos”, (Barcelona), Volumen 1, N° 1, Facultad de Derecho, Universitat Pompeu Fabra. pp.4.

<sup>165</sup> BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2013) “Facultades y derechos compartidos respecto de los hijos: una mirada desde el derecho comparado” Revista de Derecho (Coquimbo), Volumen 20, N° 1, Universidad Católica del Norte, pp. 16.

en divorcios amistosos, mientras que se ve reducida cuando se dilucida en uno contencioso. En particular, los jueces dan cuenta de que en caso de divorcios contenciosos donde hay menores de hasta 5 años, la custodia compartida se considera siempre una excepción.”<sup>166</sup>

Garantiza también el Código Civil Español, el derecho de todo niño a ser oído, “De acuerdo a lo consagrado en el número 2 del artículo citado se reconoce el derecho del menor a ser oído por el juez cuando este tenga que adoptar alguna medida que lo involucre y que diga relación con su custodia, cuidado y educación”<sup>167</sup>

### **1.3. Regulación del régimen jurídico del cuidado personal en Argentina.**

La legislación actual Argentina, bastante más avanzada según mi criterio, regula lo que denomina Responsabilidad Parental, en los artículos 638 y siguientes del Código Civil y Comercial de la República Argentina.

El concepto de responsabilidad parental engloba los derechos y obligaciones de los padres ya sea tanto en el aspecto personal, como patrimonial de sus hijos. Contrario a lo que sucede en Chile en que se divide el cuidado personal de la patria potestad, como instituciones jurídicas diferentes.

Se inspira la responsabilidad parental Argentina, como bien lo adelantara la abogada y académica Argentina Martina Vido pre reforma, en tres principios: el interés superior del niño; la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, y el derecho del niño a ser

---

<sup>166</sup> Desde 2010, tres regiones (Valencia, Cataluña y Aragón) disponen de una ley especial donde se prefiere el cuidado compartido: los tribunales se acogerán con carácter general a la fórmula de la custodia compartida, salvo en casos excepcionales. Véase <http://www.boe.es/boe/dias/2010/08/21/pdfs/BOE-A-2010-13312.pdf> (Agosto, 2012).

<sup>167</sup> NAVEA ZUÑIGA, María Fernanda, PEREZ MOENNE LOCCOZ, Gabriela Colette. 2014. Cuidado Personal en Chile, Análisis del artículo 225 del Código Civil antes y después de la dictación de la ley 20.680. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago, Universidad Finis Terrae, Facultad de Derecho. pp 91.

oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Señalaba la citada autora, previo a la reforma del Código Civil y Comercial Argentino, “En primer lugar, se modifica y adecúa toda la terminología, comenzando con la reformulación de la expresión de la llamada “patria potestad” a la que ahora ya con naturalidad denominamos “responsabilidad parental”. Esto no es menor teniendo en cuenta que la noción de “patria potestad” “potestas” implica necesariamente una estructura familiar jerárquica, verticalista y la dependencia absoluta del niño o niña hacia esa estructura. En cambio, al hablar de responsabilidad, hablamos de un conjunto de deberes y facultades que acompañan y coadyuvan al máximo desarrollo integral de los hijos y es así como el Proyecto la define expresamente.

De este modo también enumera los principios generales que van a regirla siendo estos: el interés superior del niño; la autonomía progresiva del hijo y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta”<sup>168</sup>

En relación al cuidado personal la legislación argentina establece que se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo.

En caso de separación, el cuidado personal podrá ser ejercido por uno solo de los padres o por ambos de manera compartida.

Asimismo se establecen distintas modalidades en el ejercicio del cuidado personal compartido en cuanto puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos

---

<sup>168</sup> VIDO, MARTINA (2014) “El cuidado personal compartido en Argentina: afianzando la idea de coparentalidad participativa y responsable” Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile. pp. 204.

comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado. Es decir, la alternación de la residencia, no constituye un elemento de la esencia del cuidado personal compartido, pudiendo radicarse en uno solo de los padres, sin que por esta razón el otro pierda la debida injerencia en los cuidados del niño o niña.

Se consagra también normativamente en el artículo 651 del Código en comento, que el juez de oficio, a pedido de uno solo de los padres, o a solicitud de ambos, debe otorgar como primera opción un cuidado personal compartido indistinto, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo. Al efecto la norma prescribe “Reglas generales. A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo.”<sup>169</sup>

El cuidado personal unilateral pasa a ser una norma de carácter excepcional.

Se otorga asimismo a ambos padres un amplio margen para manejar sus relaciones conforme a la autonomía de sus voluntades, diseñando lo que se denomina plan de parentalidad. Martina Vido a este respecto, “Otra de las grandes modificaciones radica en la posibilidad de brindar un amplio margen a la autonomía de la voluntad de los progenitores previendo la posibilidad de que ambos conjuntamente elaboren el llamado “plan de parentalidad” que contenga lo vinculado al cuidado del o los hijos. El proyecto propone que dicho plan de parentalidad contenga lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor, responsabilidades que cada uno asume, régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas que puedan resultar significativas para ese grupo familiar y lo relativo al régimen de relación y comunicación con el hijo cuando

---

<sup>169</sup> Artículo 651 del Código Civil y Comercial de la República Argentina.

este reside con el otro progenitor por haber optado por una modalidad de cuidado unipersonal.

Prevé además, que este plan pueda ser modificado en tanto el o los hijos vayan creciendo y atravesando diferentes etapas o cuando las necesidades del grupo familiar así lo requieran. Asimismo, dispone expresamente que sean los hijos que en virtud de su autonomía progresiva puedan ir participando en la elaboración de ese plan de parentalidad y sus eventuales modificaciones.”<sup>170</sup> Esto se vincula con la idea de que en el plano intrafamiliar, el binomio adulto-niño pasa a presentarse así ya no como una acción de tipo unilateral en donde el niño o niña asume un lugar de objeto de representación y control discrecional, sino como una interacción entre personas, sujetos de derecho donde el niño o niña abandona el rol diseñado desde la cosificación para alimentar su protagonismo.”<sup>171</sup>

Finalmente se establece que de no existir acuerdo en cuanto al plan de parentalidad, o en caso de que aquel no se haya homologado, el tribunal determinará el régimen de cuidado, debiendo priorizar la modalidad de cuidado personal compartido indistinto, a no ser de que por razones fundadas se aconseje otro régimen. Al respecto el artículo 656 del cuerpo legal en comento, “Inexistencia de plan de parentalidad homologado. Si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado. Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas

---

<sup>170</sup> Vido, Martina (2014) “El cuidado personal compartido en Argentina: afianzando la idea de coparentalidad participativa y responsable” Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile. pp. 204 – 205.

<sup>171</sup> Vido, Martina (2014) “El cuidado personal compartido en Argentina: afianzando la idea de coparentalidad participativa y responsable” Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile. pp. 205, cita a SPAVENTA, Verónica (2012) “La incidencia del concepto de capacidad progresiva en la relación paterno-materno filial”, Revista Derecho de Familia N°45, Abeledo Perrot, pp.123.



del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición.”<sup>172</sup>

#### **1.4. Regulación del régimen jurídico del cuidado personal en Francia.**

La Ley 2002-305 de fecha 4 de marzo de 2002 instauró el principio del ejercicio compartido o conjunto de la autoridad paterna, a través únicamente de la sola determinación de la filiación.

El ejercicio del cuidado personal, como el ejercicio de los derechos y obligaciones patrimoniales respecto de los hijos en común se engloba en el concepto de patria potestad, y en caso de separación entre ambos padres siempre es compartido, como regla de aplicación general.

Señala el artículo 371 -1 del Código Civil Francés “La patria potestad constituye un conjunto de derechos y deberes cuya finalidad es preservar el interés del hijo.

La ejercen los progenitores hasta la mayoría de edad o la emancipación del hijo, con el objeto de velar por su seguridad, salud y moralidad, garantizar su educación y permitir su desarrollo, con el respeto debido a su persona.

En función de cuál sea la edad y grado de madurez del hijo, los progenitores deberán hacerlo partícipe de las decisiones que le conciernan.”<sup>173</sup>

El ejercicio de la patria potestad corresponderá a ambos padres en conjunto señala el artículo 372 del Código en comento, “El padre y la madre ejercerán la patria potestad en común.

No obstante, cuando la filiación se establezca respecto de uno de ellos transcurrido más de un año tras el nacimiento de un niño cuya filiación ya se

---

<sup>172</sup> Artículo 656 Código Civil y Comercial de la República Argentina.

<sup>173</sup> Artículo 371 -1 Código Civil Francés.

hubiese establecido respecto del otro, tan solo podrá ejercer la patria potestad este último. Esto mismo será de aplicación cuando la filiación se declare judicialmente respecto del segundo progenitor del niño.

Sin embargo, podrá ejercerse en común la patria potestad en caso de declaración conjunta del padre y la madre dirigida al Secretario judicial jefe del Tribunal de Grande Instance, o en virtud de resolución del Juez de Familia.”<sup>174</sup>

Ahora bien, como señalaba, en caso de separación la legislación francesa concede a ambos progenitores el ejercicio de la patria potestad compartida, como norma de orden general. “Cabe señalar, que la regla general consagrada en el artículo 372 inciso 1° no se ve afectada en caso alguno frente a la separación de los padres así lo establece el artículo 373-2 CC”<sup>175</sup>

En este sentido, prescribe la legislación francesa, “La separación de los progenitores no afectará en modo alguno a las normas de atribución del ejercicio de la patria potestad.

Tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el hijo y respetar los vínculos de éste con el otro progenitor.

En la medida en que suponga una modificación de las modalidades de ejercicio de la patria potestad, cualquier cambio de residencia de uno de los progenitores deberá comunicarse con la debida antelación al otro progenitor. En caso de desacuerdo, el progenitor más diligente podrá acudir al Juez de Familia para que se pronuncie en función de lo que dicte el mejor interés del hijo. El juez dividirá los gastos de desplazamiento y ajustará de forma acorde el importe de la contribución a la manutención y la educación del hijo.”<sup>176</sup>

---

<sup>174</sup> Artículo 372 Código Civil Francés.

<sup>175</sup> NAVEA ZUÑIGA, María Fernanda, PEREZ MOENNE LOCCOZ, Gabriela Colette. 2014. Cuidado Personal en Chile, Análisis del artículo 225 del Código Civil antes y después de la dictación de la ley 20.680. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago, Universidad Finis Terrae, Facultad de Derecho. pp 85.

<sup>176</sup> Artículo 373-2 Código Civil Francés

Ahora bien, se autoriza la revisión judicial de la patria potestad, cuando así lo exija el interés superior del niño, y en este caso el juez de la instancia podrá atribuírsela a uno solo de los progenitores “Cuando así lo dicte el interés del hijo, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores.

No podrá denegarse al otro progenitor el ejercicio del derecho de visita y alojamiento, salvo por motivos de gravedad.

De acuerdo con el interés del hijo, el Juez de Familia podrá organizar el derecho de visita en un espacio de encuentro designado a tales efectos cuando ello sea necesario para garantizar la continuidad y efectividad de los vínculos del hijo con el progenitor que no posea el ejercicio de la patria potestad.

Cuando lo dicte el interés del hijo o la entrega directa de este al otro progenitor suponga una situación de peligro para alguno de ellos, el juez organizará las modalidades aplicables de tal forma que la entrega presente todas las garantías necesarias. Podrá dictar que dicha entrega se lleve a cabo en un espacio de encuentro designado por él, o con la asistencia de un tercero de confianza o del representante de una persona jurídica cualificada.

El progenitor que no posea el ejercicio de la patria potestad mantendrá el derecho y el deber de velar por la manutención y la educación del hijo. Deberá informársele de las decisiones importantes relativas a la vida de este último. Deberá cumplir la obligación imputable a su persona en virtud del artículo 371-2.<sup>177</sup>

Por otra parte se establece que se privará del ejercicio de la patria potestad al padre o la madre que no estén en condiciones de manifestar su voluntad por causa de incapacidad, ausencia o cualquier otra.

---

<sup>177</sup> Artículo 373-2-1 Código Civil Francés.

Ahora bien, en caso de desacuerdo entre ambos progenitores, especialmente en cuanto a las modalidades o ejercicio de la patria potestad conjunta, cualquier de los progenitores podrá acudir al juez de familia, para efectos de que dirima la controversia y se pronuncie en función de lo que dicte el mejor interés del hijo.

Aparece de manifiesto que el principio de interés superior del niño resulta gravitante en el derecho civil francés, respecto de cualquier decisión o pronunciamiento judicial en estas materias.

Finalmente, también se establece la posibilidad de la regulación convencional de la patria potestad, por intermedio de un convenio suscrito por ambos padres, en que se solicita al juez de familia su homologación. En virtud de este convenio, similar al plan de parentalidad de la legislación argentina, los padres pueden regular las modalidades del ejercicio de la patria potestad y la contribución a la manutención y educación del hijo.

El juez de familia aprobará dicho convenio salvo cuando constate que este no preserva suficientemente el interés del hijo o que el consentimiento de los progenitores no se prestó libremente.

Ahora bien, se establecen también sistemas de residencia alternada o en un solo domicilio, que en caso de desacuerdo el juez también puede determinar. A este respecto el artículo 373-2-9 de la norma en comento, “En aplicación de los dos artículos anteriores, la residencia del hijo podrá establecerse en el domicilio de cada uno de los progenitores de forma alterna, o bien en el domicilio de uno de ellos.

A solicitud de cualquiera de los progenitores, o en caso de desacuerdo entre ambos sobre las modalidades aplicables a la residencia del hijo, el juez podrá dictar con carácter provisional la residencia alterna de este durante el periodo que decida. A la extinción de dicho periodo, el juez se pronunciará

definitivamente en torno a la residencia alterna del hijo en el domicilio de cada uno de los progenitores, o bien la residencia en el domicilio de uno de ellos.

Cuando la residencia del hijo se establezca en el domicilio de uno de los progenitores, el Juez de Familia se pronunciará en torno a las modalidades aplicables al derecho de visita del otro progenitor. Cuando lo dicte el interés del hijo, dicho derecho de visita podrá ejercerse en un espacio de encuentro designado por el juez.

Cuando lo dicte el interés del hijo o la entrega directa de este al otro progenitor suponga una situación de peligro para alguno de ellos, el juez organizará las modalidades aplicables de tal forma que la entrega presente todas las garantías necesarias. Podrá dictar que dicha entrega se lleve a cabo en un espacio de encuentro designado por él, o con la asistencia de un tercero de confianza o del representante de una persona jurídica cualificada.<sup>178</sup>

La intervención judicial, prescribe la ley francesa siempre tratará de instar a las partes al arribo de consensos en cuanto al ejercicio de la patria potestad, y asimismo previo a la adopción de cualquier decisión relativa a estas materias, se le otorga al juez la posibilidad de encargar a una persona cualificada la realización de una investigación en materia social que tendrá por objeto recabar información sobre la situación de la familia y las condiciones en que viven y son educados los hijos.

Finalmente, en cuanto al pronunciamiento judicial de la patria potestad la ley le otorga al juez ciertos criterios que debe considerar a este respecto, que son:

1o La práctica seguida anteriormente por los progenitores o los acuerdos que hubiesen podido suscribir con anterioridad;

---

<sup>178</sup> Artículo 373-2-9 Código Civil Francés

2o Los sentimientos expresados por el hijo menor de edad en las condiciones previstas en el artículo 388-1;

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

4o El resultado de los peritajes que hayan podido efectuarse, teniendo en cuenta, en particular, la edad del hijo;

5o La información recabada en el marco de las investigaciones y contra-investigaciones en materia social previstas en el artículo 373-12 que hayan podido realizarse;

6o La presión o violencia, de carácter físico o psicológico, ejercidas por uno de los progenitores sobre la persona del otro.

En este sentido “de acuerdo a lo mencionado anteriormente, es posible concluir que la ley francesa establece que el padre y la madre ejercerán en común la patria potestad (Atribución Legal). Luego, consagra que en caso de separación de los padres, esta no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la patria potestad dando la posibilidad a que ellos puedan acordar un convenio, que fija la organización del ejercicio de la patria potestad y de la contribución a la manutención y educación de los hijos (Atribución Convencional). Asimismo consagra que “La patria potestad podrá ejercerse en común en caso de declaración conjunta de ambos padres ante el secretario judicial del Tribunal de grande instance o por decisión del jugeaux affaires familiales”. Es decir los padres de común acuerdo pueden fijar el cuidado personal compartido. Finalmente, se puede señalar, que en caso de desacuerdo de los padres la ley francesa reglamenta los pasos que debe seguir

por el juez para determinar quién de los padres ejercerá la patria potestad y por ende, el cuidado personal de los hijos.” (Atribución Judicial).<sup>179</sup>

---

<sup>179</sup> NAVEA ZUÑIGA, María Fernanda, PEREZ MOENNE LOCCOZ, Gabriela Colette. 2014. Cuidado Personal en Chile, Análisis del artículo 225 del Código Civil antes y después de la dictación de la ley 20.680. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago, Universidad Finis Terrae, Facultad de Derecho, pp 89.

**QUINTA PARTE PROPUESTAS A EFECTOS DE INTRODUCIR MEJORAS  
AL ESTATUTO ACTUAL DEL CUIDADO PERSONAL**

**CAPÍTULO 1 CONCLUSIONES ANÁLISIS CRITICO**

**1.1. Análisis crítico de las modificaciones actuales del Código Civil y otros cuerpos legales, a raíz de la entrada en vigencia de la ley N° 20.680.**

**1.1.1 Principio de corresponsabilidad parental**

Como hemos analizado latamente en capítulos anteriores, veíamos que el principio de corresponsabilidad parental que se consagra positivamente por intermedio de la reforma, no obstante constituirse como un avance en estas temáticas, adolece de falta de contenido específico y acciones para exigir su cumplimiento, lo que lo convierte en un principio de difícil ejecución, en la práctica.

Esta dificultad, cobra relevancia, en caso de desacuerdo entre los padres, especialmente para aquel progenitor que no detenta el cuidado personal, quien no cuenta con acciones para demandar la exigencia de la corresponsabilidad que la asiste por ley, la pregunta es entonces como hacerlo efectivo, en una escenario de controversia.

Veíamos también que la idea de legislar partiendo de la base de los consensos de los padres, no parece muy adecuada, en razón de que el escenario de los acuerdos, generalmente está libre de mayores dificultades, en la medida de que se respeten y garanticen los derechos fundamentales básicos y el principio de interés superior del niño.

Me parece más adecuado intentar salvaguardar y asegurar derechos fundamentales, justamente en aquellas situaciones en que no existe acuerdo, de manera tal que los hijos se vean lo menormente afectados por la ruptura de



los padres, y asimismo, consecuentemente con esto se asegure a ambos progenitores la debida y necesaria injerencia en la vida de sus hijos.

Hoy en día, no obstante el espíritu de la reforma, entiendo que aquello no se cumple en la práctica, siendo la corresponsabilidad parental un principio que va mucho más allá de una visita de fin de semana, o aun así, de una visita más prolongada, situación que no se reconoce en todos los casos por nuestros tribunales de justicia.

Lo anterior sumado a la atribución legal preferente del cuidado personal a aquel de los padres con el que los hijos estén conviviendo, en caso de desacuerdo, y frente a la imposibilidad de demandar un cuidado personal compartido, obliga necesariamente al otro progenitor, quien en este caso, si quisiera participar activamente en la vida de sus hijos, a accionar de cuidado personal exclusivo. Ciertamente este tipo de acciones son muchísimo más gravosas para la familia, y claramente acentúan cualquier conflicto que ya pudiera existir.

De existir en nuestro ordenamiento jurídico la debida garantía al principio que se consagra, quizás esto último no sería necesario, pues se resguardaría plenamente la debida injerencia y participación en la vida de los niños, de aquel progenitor no custodio, cuestión que como se ha señalado no ocurre.

### **1.1.2 Atribución legal del cuidado personal**

La norma de atribución legal supletoria del cuidado personal a aquel de los padres con quien los hijos estén conviviendo, conforme se ha analizado también genera en la práctica una serie de inconvenientes.

En primer lugar, y como primera aproximación estimo que lamentablemente, en caso de desacuerdo esta norma incentiva la disputa de los hijos, para efectos de configurar la situación de residencia y así detentar el cuidado personal de los mismos.

Como veíamos tampoco se reconoce judicialmente por todos los tribunales, perdiendo con esto, uno de los fines que se tuvo en vista para su establecimiento, cual es solucionar el problema práctico de quien se hace cargo de los niños pos separación.

Consecuentemente con esto, al no ser reconocida dentro del marco de un proceso judicial voluntario, que debería limitarse a constatar la residencia de los padres con los niños, para efectos de declarar algo que la ley ya atribuye de pleno derecho, se incentiva justamente todo lo que se pretende evitar, que es precisamente la judicialización del asunto.

Poner el acento en la residencia tampoco me parece adecuado, desde un punto de vista de riesgos, pues cualquiera de los padres, sin ser el más idóneo, o incluso siendo un peligro eventualmente, puede configurarla, aun a la fuerza, dejando a los hijos expuestos a situaciones que podrían llegar a ser peligrosas.

Por esta razón parecía más apropiada la propuesta del Senado, según la historia de la ley, que otorgaba al juez un plazo de 60 días para decidir al respecto, propuesta que como veíamos quedó sin efecto en la Comisión creada para dirimir las diferencias entre ambas cámaras.

La atribución legal supletoria entonces, basada únicamente en el hecho de convivir o no con los hijos, me parece una norma que en nada viene a solucionar el problema práctico pos separación. Junto con eso, incentiva la disputa de los hijos, tampoco se ha reconocido por todos nuestros tribunales sin forma de juicio, razón por la cual no es efectivo que desincentiva la judicialización, y según mi criterio establece una diferencia entre los padres, según cual sea el que vive con los hijos, que no se sustenta en ningún criterio idóneo, pudiendo con esto, incluso poner a los niños en peligro, respecto de algún progenitor que pudiera utilizar la fuerza para configurar esta situación.

### **1.1.3 Cuidado personal compartido**

La consagración positiva del cuidado personal compartido solo por acuerdo entre los padres me parece también insuficiente.

Lo anterior significa, claramente y sin lugar a dudas como lo recalca el profesor Mauricio Tapia, que se le otorga un derecho a veto a cualquiera de los padres, quien en caso de desacuerdo frustra cualquier alternativa de arribar a un cuidado personal compartido.

Ahora bien, y en este punto reitero que la idea de legislar estas materias, en plano de igualdad, en miras de un derecho de familia que realmente garantice el mejor bienestar de los hijos, cobra relevancia cuando no existen acuerdos, razón por la cual no puede legislarse pensando únicamente y como regla general en acuerdos, porque de estar presentes estos, casi se torna innecesaria la intervención judicial, que creo constituye un error de la reforma.

Me parece perfecto darle libertad a los progenitores para regular sus temas de familia, pero debemos apuntar a una legislación que se ponga en todos los casos, que realmente solucione el sin número de injusticias que se producen día a día en los tribunales de Familia, y que conozco perfectamente bien, en mi rol de abogada litigante especializada en el área, entre otras, el número no menor de denuncias falsas en sede proteccional y violencia intrafamiliar, para alejar a los hijos de sus padres o madres, la inoculación de los padres para con sus hijos, la utilización de los niños para obtener beneficios económicos, la falta de preparación e idoneidad técnica de algunos de los organismos intervinientes para realizar pericias, los bajos estándares de defensa proporcionados en algunos casos a las personas de escasos recursos, etc.

El proyecto original de reforma si contemplaba al menos la incorporación positiva de la situación de las denuncias falsas y las inoculaciones de los hijos

(o síndrome de alienación parental), cuestión que quedó marginada, y que me parece entre paréntesis muy importante regular.

Si se estableciera como norma general el cuidado personal compartido, se le reconociera a los padres una real igualdad de derechos, y en caso de desacuerdo se autorizara la intervención judicial para efectos de establecerlo bajo ciertos criterios, es muy probable, según mi criterio, que la población comenzaría a tomar conciencia de que los hijos necesitan de ambos padres, pues existe una legislación que así lo reconoce, y en casos en que ambos padres estén habilitados y no representen ningún peligro para sus hijos, sería la mejor solución.

Ahora bien, vincular el cuidado personal compartido únicamente a un régimen de residencia alternada también resulta ser un error. Es perfectamente posible, que el hijo tenga su residencia principal con uno de los padres y un contacto permanente con el otro, sin que por esto, este último deje de participar de todos los aspectos que implican criar a un niño, que van muchísimo más allá de la residencia.

Criar y educar a un hijo, implica decidir respecto del espectro valórico y moral que se le inculcará, que religión profesara, o sino profesará ninguna, que educación tendrá, a que Colegio asistirá, cuál será su sistema de salud, si requiere o no atención psicológica o psicopedagógica, etc, todos aspectos respecto de los cuales puede que no necesariamente exista acuerdo, pero que sin embargo cada padre, en condiciones normales, y con adecuadas habilidades, tiene el derecho de decidir, y no de manera marginal fin de semana por medio, y en fechas importantes.

Es por esta razón, y por todas las que han sido expuestas a lo largo de este trabajo, que la alternativa del cuidado personal compartido, me parece la más adecuada, sin lugar a dudas.

## CAPÍTULO 2 PROPUESTAS

### **2.1. Hacia un cuidado personal compartido, regulado en sede judicial.**

De acuerdo a todo lo desarrollado en el presente trabajo de investigación, y en concordancia con las deficiencias advertidas en el cuerpo legal en comento, me parece sin lugar a dudas, que debiera modificarse nuevamente la legislación en varios sentidos.

En primer lugar, entiendo que a todas luces debiera abrirse la posibilidad para que el juez de familia intervenga pudiendo pronunciarse respecto de un cuidado personal compartido. La acción de cuidado personal compartido es mucho menos gravosa que una acción de custodia exclusiva, y obliga a los padres a adoptar acuerdos en pos del bienestar de sus hijos, olvidando sus diferencias personales.

Frente a dos padres idóneos, sin la concurrencia de situaciones vulneradoras o de riesgo, la decisión siempre debiera ser que ambos ejerzan el cuidado personal de forma compartida. Ahora bien, me parece del todo acertada en este punto la legislación Argentina, en cuanto a establecer dos alternativas de cuidado personal compartido, ya sea con residencia indistinta o alternada.

Respecto particularmente a la residencia, debiera estarse a lo que fuera más óptimo para resguardar el interés superior del niño, entendiendo que no en todos los casos la residencia alternada es negativa. Lo que interesa es que la residencia no sea lo determinante y lo que constituye el cuidado personal, sino el conjunto de derechos y obligaciones que les asiste a los padres para con sus hijos en todo orden de cosas, como ya veníamos señalando.

Debiera definirse asimismo claramente que es el cuidado personal, cuál es el contenido específico del mismo, que derechos y obligaciones contempla, y

en este punto resulta ser también muy acertado el concepto de responsabilidad parental del derecho argentino, que engloba los derechos y obligaciones de los padres ya sea tanto en el aspecto personal, como patrimonial de sus hijos.

En caso de separación, refiriéndome con aquello, al tiempo inmediato, mientras no medie acuerdo, ni resolución judicial, es de mi parecer sostener que la norma de atribución legal supletoria debiera ser el cuidado personal compartido de ambos progenitores, con independencia de la residencia. Es decir, no obstante el estado de separación, y con quien residan los niños, ambos padres debieran conservar su cuidado conjunto, o al menos establecer legalmente, que no obstante el estado de separación, los padres mantendrán iguales derechos y obligaciones en cuanto a la crianza y educación de sus hijos que de no mediar aquella, tomando por ejemplo, en este caso la propuesta del senado.

El actual inciso tercero del artículo 225 del Código Civil no tiene tal redacción, y genera como hemos visto, una serie de inconvenientes prácticos a la época de su aplicación.

Ahora bien, de existir situaciones de riesgo, ya sea por maltrato, abuso u otra causa, existe el procedimiento especial, por medidas de protección que contempla la ley 19.968 que Crea Los Tribunales de Familia, que permite decretar medidas cautelares en carácter de urgente con la sola audiencia de la parte que se presenta, lo que salvaguardaría cualquier alternativa que ponga en riesgo la integridad psíquica o física de un niño sujeto al cuidado personal de ambos padres. En estos casos graves y urgentes, el juez de familia puede adoptar cautelares de inmediato concediendo el cuidado personal provisorio, solo a uno de ellos, estableciendo la obligación del ofensor de abandonar el hogar común, entre otras cosas, lo que permite garantizar los derechos de los niños en situaciones de riesgo.

Asimismo, eliminaría el principio de corresponsabilidad parental y lo reemplazaría por el de autoridad paterna, agrupando como bien señala el profesor Mauricio Tapia, en este concepto el conjunto de derechos y obligaciones tanto personales como patrimoniales de los padres respecto de sus hijos, subsistente tanto en época de convivencia como en estado de separación.

Resulta interesante finalmente hacer referencia a que recientemente con fecha 7 de mayo del año 2019, bajo el Boletín N° 12.613-18, ingresó a la Cámara de Diputados una moción parlamentaria, que busca modificar el actual artículo 225 del Código Civil, en el sentido de darle atribuciones al juez de familia para pronunciarse respecto de un cuidado personal compartido.

Se proponen en este sentido, dos modificaciones al estatuto legal vigente, a través de un artículo único, incorporando al artículo 225 un inciso cuarto nuevo, en el siguiente tenor:

“Podrá el juez, en el caso de no existir acuerdo de los padres y a petición de uno de ellos ordenar el cuidado personal compartido de los hijos cuando el padre o madre que detente el cuidado del niño, niña o adolescente, se negare al acuerdo sin causa justificada. El ejercicio del cuidado personal compartido se determinará conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2 sobre régimen y ejercicio del cuidado personal. Para los efectos de la fluidez de vínculo familiar, en los periodos en que el niño, niña o adolescente se encuentre con uno de sus padres, el otro tendrá el derecho y el deber de mantener con el menor una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia acordada directamente entre los padres basándose en las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con la que el juez estimare conveniente para el desarrollo integral del hijo.”<sup>180</sup>

---

<sup>180</sup> Oficio N° 128-2019, Informe Proyecto de Ley N° 19-2019, Corte Suprema, 19 de junio de 2019, pp. 2-3.

Respecto a esta moción parlamentaria informó la Corte Suprema, “Pese a que la norma considera algunos de los presupuestos señalados por la doctrina para la determinación judicial de la custodia compartida (el requerimiento de uno de los padres), condiciona su aplicación a la actitud reticente de uno de los padres, por lo que su fundamento pareciera encontrarse más cerca de sancionar la conducta de las partes, que el de constituir un mecanismo para concretar el interés superior del niño o niña. Tal como se ha señalado tanto por la doctrina como por los legisladores, esta solución resulta inapropiada, pues desnaturaliza la institución del cuidado personal compartido y se convierte en un mecanismo de difícil aplicación práctica.

Ahora bien, si se considera esta facultad como un mecanismo enfocado únicamente en darle libertad al juez al momento de determinar el régimen de cuidado personal, la propuesta pareciera ser acertada. En efecto, dicha solución permitiría una mayor concreción del principio de interés superior del niño cuando el juez considere que este se satisface de mejor manera mediante una custodia compartida, lo que va también en línea con la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema en la cual se ha declarado que “el interés superior del niño es el único elemento que ha de primar a la hora de decidir sobre el cuidado personal del hijo”. Asimismo el hecho de que el cuidado personal compartido comparta – en este aspecto- la regulación aplicable al cuidado personal exclusivo, tiene un importante efecto simbólico y promocional, pues implica dejar en pie de igualdad a ambos regímenes, sin establecer restricciones adicionales a la imposición de uno u otro. Por último, permite también consagrar la igualdad entre padre y madre, pues su determinación por parte del juez implica reconocer que ambos son hábiles para ejercer el cuidado de su hijo o



hija, sin que exista justificación para establecer más derechos y / o responsabilidades para uno u otro.”<sup>181</sup>

---

<sup>181</sup>Oficio N° 128-2019, Informe Proyecto de Ley N° 19-2019, Corte Suprema, 19 de junio de 2019, pp 8-9.

## **CONCLUSIONES**

El presente trabajo, ha tenido por objeto efectuar un análisis pormenorizado de las distintas modificaciones introducidas a nuestra legislación nacional por intermedio de la promulgación de la ley 20.680, en lo atinente al propósito de este estudio.

Junto con lo anterior, se ha pretendido ilustrar respecto del cambio social y cultural, en virtud del cual se ha reclamado la intervención del legislador, a efectos de adecuar y hacer concordante las normativas del derecho de familia con la realidad social.

Hoy en día, si bien todavía existen familias que se constituyen desde la distribución de roles por género, no es menos cierto que existe también un justo reclamo social en orden a intervenir en mayor medida, y en igualdad de condiciones en la vida de los hijos en común, cuestión que ha inspirado la creación de esta ley.

Podemos observar también, que no obstante la extensa discusión parlamentaria, y la participación de distintos representantes del mundo académico, judicial, asociativo, entre otros, el espíritu inicial de la ley 20.680, no alcanza a representarse fielmente en su texto final, imagino en este punto, que no resulta ser una cuestión de simple ocurrencia la conversión de una legislación absolutamente desigual como la antigua, a una legislación igualitaria, equitativa, y cuyo eje principal siempre sea el interés superior del niño.

Han de seguir reclamándose entonces, principios dotados de contenido específico y acciones de cumplimiento, que realmente garanticen lo que se ha pretendido, como también la posibilidad, que ya la Corte Suprema empieza a

compartir, en orden al establecimiento de un cuidado personal compartido en sede judicial.

Me parece sumamente acertado enfocar cualquier decisión del aparato jurisdiccional siempre desde el principio de interés superior del niño, y por qué no entonces, en este sentido, darle libertad al juez para pronunciarse por un cuidado personal compartido, de no mediar riesgo o peligro alguno para los hijos en común.

Entiendo y comparto plenamente la opinión, que de existir esta alternativa, los conflictos familiares podrían disminuir, o al menos morigerarse. Un escenario judicial, en que el eje es la disputa de los niños, siempre resulta ser sumamente gravoso, tomando en especial consideración, que desde ya un escenario de separación resulta ser sumamente doloroso per se, para todo el grupo familiar.

Como veíamos, dadas las deficiencias de la legislación actual, que contempla como norma general los acuerdos, y legislar para los acuerdos, no se salvaguarda como se debiera el escenario de conflicto, de desavenencia, que es justamente aquel que debe legislarse, de manera tal de resguardar y garantizar en dicho contexto el pleno respeto a las garantías y derechos fundamentales tanto de los hijos como de sus padres.

En mi ejercicio profesional, como abogada litigante en derecho de familia, he tomado conocimiento plenamente de lo lesivo que resulta ser un escenario de desigualdad, y de la urgencia de que se legisle estableciendo derechos y obligaciones que realmente sean eficaces, o que al menos garanticen el debido cumplimiento de los principios informantes del derecho de familia.

## **BIBLIOGRAFIA**

1. ACUÑA SAN MARTIN, Marcela (2015) “Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto” Revista de Derecho (Valdivia), Volumen 28, N° 1, Universidad Austral de Chile.
2. ALASCIO CARRASCO, Laura y MARIN GARCIA, Ignacio, (2007), “Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC”, Revista para el análisis del Derecho (Barcelona), Volumen 1, N° 1, Facultad de Derecho, Universitat Pompeu Fabra.
3. ANGEL ALVARADO, Jacqueline Marcela. 2014. El interés superior del niño a la luz del artículo 225 – 2 del Código Civil. Memoria para optar al grado de Magister en derecho Familia (s) y derecho de la Infancia y la Adolescencia. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
4. APARICIO ARIAS, Loreto Irena, FAUNÉ DÍAZ, Paulina Constanza. 2012. Análisis jurisprudencial de la aplicación del interés superior del niño como principio rector en materia de cuidado personal y relación directa y regular. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
5. ARANCIBIA OBRADOR, María José (2015) “Algunos comentarios a la ley no. 20.680 que modificó el cuidado personal” Revista Temas de Derecho, Volumen 28/30, N°1 Universidad Gabriela Mistral.
6. ASCENCIO DE LA FUENTE, Javiera Francisca 2008. Cuidado personal de los hijos (as) y orientación sexual de los progenitores. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- 7.- AVILES BARRAZA, Fernanda Paz, CORRO CALDERON, Carlos Felipe Andrés, HENRIQUEZ MARINO, Diana 2016. Análisis del nuevo escenario en materia de cuidado personal del menor para trabajo en clínica, a raíz de la reforma legal Ley No. 20.680 del año 2013. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- 8.- BARCIA LEHMAN, Rodrigo (2014), Informe en derecho sobre inconstitucionalidad de la asignación del cuidado personal, presentado en Tribunal Constitucional, en causa rol 2699 – 14.
9. BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2013) “Facultades y derechos compartidos respecto de los hijos: una mirada desde el derecho comparado” Revista de Derecho (Coquimbo), Volumen 20, N° 1, Universidad Católica del Norte.

10. BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2017) “La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres” Revista *Ius et Praxis*, Volumen 20, N° 2, Universidad de Talca.
11. BARROS ARAVENA, Fernando Andrés. 2013. Del cuidado personal, igualdad entre padres e interés superior del niño. Tesis para optar al grado de Magister en Derecho. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
12. BAVESTRELLO BONTÁ, Irma (2003), Derecho de Menores, segunda edición actualizada, Santiago de Chile, LexisNexis.
13. CATALAN BARKER, Pamela (2011), Divorcio Destructivo y Síndrome de Alienación Parental, desde una mirada sistémica, Santiago de Chile, Editorial Académica española.
14. CORNEJO AGUILERA, Pablo (2014) “La reforma de la patria potestad por le Ley N° 20.680: Una revisión todavía inconclusa”, Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile.
15. CORNEJO MONTECINOS, Victoria Alejandra 2017. Facultades y Deberes del Progenitor No Custodio. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
16. ETCHEBERRY COURT, Leonor (2014) “Comentario de jurisprudencia derecho de familia: Corte Suprema, cuidado personal, 13 de febrero de 2014, rol 10358 – 2013” Revista chilena de derecho privado, Volumen 1, N° 1, Universidad Diego Portales.
17. GARRIDO CHACANA, Carlos (2014), Cuidado personal: relación directa y regular, patria potestad y salida del país, Editorial Metropolitana, Santiago, Chile.
18. GIL DOMINGUEZ, A.; FAMA, M. V y HERRERA, M. (2006), Derecho Constitucional de Familia, Ediar, T.I, Buenos Aires, Argentina.
19. GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2014) “La relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la ley N°20.680”, Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile.
20. HERRERA, Marisa; LATHROP, Fabiola (2016) “Parental Responsibility: A comparative Study of Latin American Legislation” International Journal of Law, Policy and the family, Volumen 30, N° 3, Oxford Academic.
21. LASARTE, Carlos, (2014) “Crisis parentales y custodia de los hijos en España”, Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile.

22. LATHROP GOMEZ, Fabiola (2010) "Constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil Chileno" Revista *Ius et Praxis*, Volumen 2, N° 1, Universidad de Talca, pp 4.
23. LATHROP GOMEZ, Fabiola (2013), *El cuidado personal y la relación directa y regular, Estudio exploratorio en los tribunales de familia de la región metropolitana, Santiago, Chile, Legal Publishing Chile.*
24. LATHROP GOMEZ, Fabiola (2010) "El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo Derecho Chileno de Familia" Revista chilena de derecho privado, Volumen 1, N° 1, Universidad Diego Portales.
25. LATHROP GOMEZ, Fabiola (2005), *Cuidado personal de los hijos Análisis de Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia, Santiago, Chile, Editorial PuntoLex S.A.*
26. LEICHTLE SAGNER, Rodrigo Alejandro 2006. *Delimitación entre los deberes de cuidado personal de la crianza y de educación, con el cuidado personal o tuición: hacia la coparentalidad en el ordenamiento jurídico chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.*
27. LENNON GONZALEZ, Viviane I; LOVERA PARMO, Domingo A (2011) "¿Cuidado personal a partir del régimen de relación directa y regular?: La importancia del derecho internacional y comparado." Revista chilena de derecho privado, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile.
28. LEPIN MOLINA, Cristian Luis, (2015), *Jurisprudencia de derecho familiar: Tribunal Constitucional, Legal Publishing Chile, Santiago, Chile.*
29. LEPIN MOLINA, Cristian Luis, (2014) "Modificaciones a los efectos de la filiación. Una cuestión de principios", Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile.
30. LONCOMILLA SANDOVAL, Mariano, ARISTEGUI IVANOVIC, Nicolás. 2010. *Síndrome de Alienación Parental (SAP) en relación al cuidado personal de los menores y la relación directa y regular con estos. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales. Santiago, Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho.*
31. MESIAS TORO, Joaquín Antonio 2017. *Análisis crítico del cuidado personal compartido conforme a la ley No .20680 ¿interés del hijo o de los progenitores?. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.*

32. MIRANDA FARIAS, Catherine Anushka 2016. Cuidado personal del niño, niña y adolescente y principio de corresponsabilidad parental en el derecho de familia en Chile. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
33. MUÑOZ MARTEL, Karin Soledad 2011. Análisis jurisprudencial en materia de cuidado personal y relación directa y regular. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
34. NAVEA ZUÑIGA, Maria Fernanda, PEREZ MOENNE LOCCOZ, Gabriela Colette. 2014. Cuidado Personal en Chile, Análisis del artículo 225 del Código Civil antes y después de la dictación de la ley 20.680. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago, Universidad Finis Terrae, Facultad de Derecho.
35. NEGRONI VERA, Gloria, (2014) “Corresponsabilidad parental: un cambio de enfoque radical”, Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile.
36. NOGUEIRA ALCALA, Humberto, 2006, El Derecho a la Igualdad ante la ley, La no discriminación y Acciones Positivas, Universidade da Coruña.
37. ORREGO ACUÑA, Juan Andrés (2014), Criterios Jurisprudenciales recientes en derecho de familia, Editorial Metropolitana, Santiago, Chile.
38. PEREZ DÍAZ, Carlos (2014) “La excepción de cosa juzgada en los juicios de cuidado personal de los hijos: su aplicación bajo el imperio de la ley No. 20.680” Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile.
39. QUINTANA VILLAR, Maria Soledad (2014) “La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual” Revista de derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen 43, N° 4, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
40. REA-GRANADOS, Sergio Alejandro (2016) “Evolución del derecho internacional sobre la infancia”, 29 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il.14-29.edis> doi:10.11144/Javeriana.il14-29.edis
41. RODRIGUEZ PINTO, Maria Sara, (2014) “Nuevas normas sobre cuidado personal, relación directa y regular, y patria potestad en el Código Civil chileno. Reformas introducidas por la Ley N° 20.680 de 2013” Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile.
42. RODRIGUEZ PINTO, Maria Sara; CORRAL TALCIANI, Hernán (2011) El cuidado personal de niños y adolescentes: en el nuevo derecho chileno de familia, Santiago de Chile, Legal Publishing Chile.

43. RODRIGUEZ P, Maria Sara (2011) “La atribución del cuidado personal de los niños en el nuevo derecho chileno de familia” *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*, Volumen 4, N° 4, Universidad de Chile.
44. RODRIGUEZ P, Maria Sara (2009) “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos e intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia” *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 36, N° 3, Pontificia Universidad Católica de Chile.
45. ROIZBLATT, Arturo (2004), *Enfrentar la separación y construir una nueva familia*, Santiago de Chile, Editorial Randmon House Mondadori.
46. ROMAN GOMEZ, Carla Francisca 2011. *Criterios de atribución en materia de cuidado personal y relación directa y regular: análisis práctico. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales*. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
47. SAN MARTIN ACUÑA, Marcela (2013) “El principio de corresponsabilidad parental” *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Volumen 2, N° 2, Universidad Católica del Norte.
48. SCHMIDT HOTT, Claudia (2014) “Algunas reflexiones acerca de la ley N° 20.680 sobre relación parental, con especial referencia a la corresponsabilidad patrimonial”, *Revista de Derecho de Familia*, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile.
49. SCHMIDT HOTT, Claudia (2001) “Relaciones filiales personales y patrimoniales” en la filiación en el nuevo derecho de familia, SCHMIDT HOTT, CLAUDIA, y VELOSO VALENZUELA, Paulina, Santiago de Chile, Conosur
50. SPAVENTA, Verónica (2012) “La incidencia del concepto de capacidad progresiva en la relación paterno-materno filial”, *Revista Derecho de Familia* N°45, Abeledo Perrot.
51. TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, (2014) “Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos”, *Revista de Derecho de Familia*, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile.
52. TORO GONZALES, Raul (2010) “Cuidado personal y relación directa y regular”. *Revista de Derecho de Familia*, Volumen 2, N° 2, Universidad de Chile.
53. TURNER SAELZER, Susan (2004) “Sentencia sobre determinación de la Titularidad del Cuidado Personal de los hijos menores (Corte de Apelaciones de Santiago)” *Revista de Derecho Valdivia*, Volumen 17, Universidad Austral de Chile.



54. VALDIVIA PAREDES, Rodolfo Antonio 2007. El deber de cuidado personal: un análisis de las instituciones, principios y jurisprudencia relacionadas con la entrega del cuidado personal del niño o adolescente. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

55. VELOSO, Paulina (2011) “Algunas reflexiones sobre la titularidad del cuidado personal” Revista del Magister y Doctorado en Derecho, Volumen 4, N° 4, Universidad de Chile.

56. VIDO, Martina (2014) “El cuidado personal compartido en Argentina: afianzando la idea de coparentalidad participativa y responsable” Revista de Derecho de Familia, Volumen 1, N° 1, Universidad de Chile.

### **Jurisprudencia.**

1.- Sentencia Excelentísima Corte Suprema de Justicia, de fecha 29 de julio de 2008, en causa Rol de Corte N° 3469 – 2008, considerando quinto y sexto.

2.- Resolución n° 29314 Excelentísima Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta) de fecha 16 de Agosto de 2010, en causa Rol de Corte N° 4307/2010 (Casación), considerando cuarto y séptimo.

3.- Resolución n° 7607 Excelentísima Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta), de fecha de 15 de Marzo de 2010, en causa Rol de Corte N° 459/2010 (Casación), considerando décimo y undécimo.

4.- Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional de España, causa Rol N° 144 de 1988, transcrita por Francisco Rubio Llorente et al, Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial) (Barcelona, Ed. Ariel, 1995) pp. 111.

5.- Sentencia Tribunal Constitucional, treinta de mayo de dos mil trece, Rol N° 2306-12-INA, considerando decimocuarto a decimosexto.

6.- Resolución n° 33165 Excelentísima Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta) de fecha 6 de Septiembre de 2010, en causa Rol de Corte N°4305/2010 (Casación), considerando octavo.

7.- Sentencia Excelentísima Corte Suprema, de fecha 4 de septiembre de 2014, en causa Rol de Corte N°21.334-14, considerando tercero.

- 8.- Sentencia Excelentísima Corte Suprema, de fecha 6 de junio de 2016, en causa Rol de Corte N° 32.128-15, considerando segundo y tercero.
- 9.- Sentencia Tribunal Constitucional, de fecha 16 de junio de 2015, en causa Rol 2699 – 14, considerando decimosexto.
- 10.- Sentencia Segundo Juzgado de Familia de Santiago, de fecha 7 de octubre de 2015, en causa Rit C – 5904 – 2015.
- 11.- Sentencia Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, de fecha 24 de febrero de 2016, en causa Rit V – 455 – 2015.
- 12.- Sentencia Excelentísima Corte Suprema, de fecha 10 de mayo de 2016, en causa Rol de Corte N°37486 – 2015, considerado cuarto.
- 13.- Sentencia Excelentísima Corte Suprema, de fecha 6 de octubre de 2014, en causa Rol de Corte N° 3666-2014, vistos.
- 14.- Sentencia Excelentísima Corte Suprema, de fecha 29 de septiembre 2015, en causa Rol de Corte N° 22881 – 2014, considerando quinto y sexto.
- 15.- Sentencia Excelentísima Corte Suprema, de fecha 17 de diciembre de 2015, en causa Rol de Corte N° 6320-15, considerando séptimo

### **Leyes y Códigos.**

- 1.- Código Civil Chileno, anterior a la reforma de la ley 20.680, incluye modificaciones introducidas por la Ley 19.585 sobre Filiación
- 2.- Código Civil chileno.
- 3.- Código Civil y Comercial de la República Argentina.
- 4.- Código Civil Francés.
- 5.- Código Civil Español.
- 6.- Ley N° 16.618, “Ley de Menores”.
- 7.- Convención Internacional sobre los derechos del niño.
- 8.- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- 9.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas.

10.- Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

11.- Historia de la ley 20.680.

**Otros documentos.**

1. Oficio N° 128-2019, Informe Proyecto de Ley N° 19-2019, Corte Suprema, 19 de junio de 2019.