



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO

COMPARTIR EL CUIDADO PERSONAL ¿ES COMPARTIR LA PENSIÓN ALIMENTICIA?

MARIETTA EGGERS FROHLICH

CLAUDIA MARCHANT POBLETE

ANIV MARTINEZ NOME

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para
optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

Profesor Guía: Gloria Negroni Vera

Santiago, Chile

2019

*A nuestros hijos,
quienes no dejan de observar
que siempre se puede seguir
creciendo y ser una mejor
persona.*

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I: DERECHOS HUMANOS.....	7
1. Los Derechos Humanos como principios rectores.....	7
2. Derechos del Niño.....	8
3. Legislación Interna.....	14
4. Interés Superior del Niño.....	15
4.1 Concepto Interés Superior del Niño.....	15
4.2 Derecho del niño a ser escuchado.....	17
4.3 Interés Superior del Niño, una consideración primordial.....	18
4.4 Subsecretaría de la Niñez.....	20
4.5 Defensoría de los Derechos de la Niñez.....	20
4.6 Caso emblemático respecto de vulneración de derechos.....	21
CAPÍTULO II: AUTORIDAD PARENTAL.....	23
1. Cambios introducidos en nuestra legislación.....	23
1.1 Ley 19.585.....	25
1.2 Ley 20.680.....	27
2. Autoridad parental.....	31
2.1 Cuidado personal.....	31
2.1.1 Cuidados cotidianos respecto a la responsabilidad parental.....	33
2.1.2 Quien ejerce este derecho.....	34
2.1.3 Régimen directo y regular.....	36
2.1.4 Alimentos.....	37
2.1.5 Roles-estereotipos.....	38
2.1.6 Derecho comparado.....	40
2.2 Patria potestad.....	43

3. Coparentalidad.....	45
------------------------	----

CAPÍTULO III: CORRESPONSABILIDAD PARENTAL.....	47
--	----

1. Corresponsabilidad parental.....	47
1.1 Activa.....	49
1.2 Equitativa.....	50
1.3 Permanente.....	51
2. Principio de la corresponsabilidad parental.....	51
3. Cuidado personal compartido.....	53
3.1 Acuerdo cuidado personal compartido.....	54
3.2 Criterio y circunstancias para establecer este régimen.....	56
4. Principales problemas de la legislación actual.....	58
5. Inadmisibilidad de demanda de cuidado personal compartido.....	59
6. Corresponsabilidad parental en Chile.....	60
7. Jurisprudencia.....	61
8.1 Jurisprudencia de prescripción de alimentos.....	63

CAPÍTULO IV: OPCIONES DEL PROGENITOR NO CUSTODIO.....	65
---	----

1. Materias a regular.....	68
1.1 Régimen comunicacional.....	68
1.2 Alimentos.....	70
1.3 Decisiones más importantes en la vida del niño.....	72
2. Acuerdo dependiente exclusivamente de la voluntad de las partes.....	72
3. Soluciones colaborativas al conflicto.....	74
4. Interdisciplinariedad.....	81

CONCLUSIÓN.....	84
-----------------	----

BIBLIOGRAFÍA.....	88
-------------------	----

INTRODUCCIÓN

La Ley 20.680 *"Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objetivo de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados"*, conocida también como ley *"amor de papá"* o ley de *"tuición compartida"*, introdujo modificaciones al Código Civil, a la ley de menores y la ley de matrimonio civil, igualando los derechos de ambos progenitores, respecto al cuidado personal de los hijos y patria potestad.

Promulgada el 16 de junio de 2013 y publicada en el Diario Oficial el día 21 de junio de 2013, teniendo como principal argumento "el interés superior del niño", se introducen modificaciones al Código Civil, en consideración básicamente a los diferentes tipos de familia que hoy presenta nuestra sociedad.

La demanda social del país "en su mayoría padres no custodios" por leyes que velen de mejor manera por el interés de los hijos respecto de la presencia de los padres luego de una ruptura, matrimonial o no matrimonial, ha sido una de las labores que debe agradecerse a organizaciones tales como *"Amor de Papá"*, quienes desde su origen apuntaron a que los principios *"interés superior de los niños"* e *"igualdad constitucional"* se pudieran ejercer efectivamente al momento de enfrentar los padres una separación.

La Ley 20.680, establece un derecho igualitario hacia ambos progenitores basados en el principio de corresponsabilidad, en relación a ejercer el cuidado personal de los hijos, previo acuerdo. Es decir, de común acuerdo ellos podrán determinar a quién le corresponderá el cuidado personal o si les corresponderá a ambos. Pero a su vez, esta ley señala que, en caso de no haber acuerdo, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo.

La gran controversia que se podría plantear con la introducción de esta nueva ley, es que el padre quien detente la custodia personal de los hijos, no consentirá en el acuerdo, por temor a ver disminuida su pensión de alimentos, ante la solicitud del padre no custodio de querer alternar el cuidado personal.

Al no haber acuerdo, salvo en ciertas excepciones, el juez no tiene herramientas para modificar el régimen otorgando una custodia personal compartida, dado que carece de facultades para ello. Ante esta situación específica, nos encontramos que la percepción que tienen los padres tras la introducción de esta nueva ley es muy similar a la de antes de su entrada en vigencia, ya que el padre no custodio dependerá casi en forma exclusiva del consentimiento del otro progenitor “siendo en su gran mayoría las madres las que detentan el cuidado personal”.

Al establecerse el régimen de cuidado personal compartido o al modificar el régimen existente ampliándolo hacia este nuevo régimen, surge de inmediato el temor del padre custodio, respecto de ver disminuida la pensión alimenticia proporcional al tiempo compartido con los hijos.

A medida que vayamos desarrollando nuestro planteamiento, veremos la importancia de esta nueva ley y su enfoque a encontrar soluciones colaborativas, las cuales juegan un rol basado principalmente en la proactividad, tratando de solucionar el conflicto entre las partes, a través de los principios de colaboración e interés superior del niño.

Asimismo, veremos que el cuidado personal compartido, o el régimen comunicacional amplio, y la pensión alimenticia no son temas directamente proporcionales, sino que este último depende casi exclusivamente de la capacidad económica de los padres y no del tiempo que los hijos permanezcan con cada uno de ellos.

CAPÍTULO I: DERECHOS HUMANOS

1. Los Derechos Humanos como principios rectores:

En la Carta fundacional de la ONU encontramos que los derechos humanos son objetivos esenciales y principios rectores de esta organización, por ello el desarrollo y protección de dichos derechos .

“Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.

Los derechos humanos universales están a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos”.

¹

Existen organismos regionales para velar por el cumplimiento de dichos derechos. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos es un escenario regional constituido por los Estados que integran la Organización de Estados Americanos (OEA). ²

¹ <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>

² <http://www.oea.org/es/>:

La OEA fue creada en 1948 cuando se subscribió, en Bogotá, Colombia, la Carta de la OEA que entró en vigencia en diciembre de 1951. Posteriormente, la Carta fue enmendada por el Protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967, que entró en vigencia en febrero de 1970; por el Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985, que entró en vigencia en

Existen dos instancias para ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuya principal función es promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien determina la responsabilidad internacional de los estados. Tras cumplir ciertos requisitos y una vez agotados los recursos internos disponibles en la nación correspondiente, cualquier persona puede presentar peticiones o quejas respecto a las violaciones de estos derechos.

En el año 1969, Chile se suscribe la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada también “*Pacto de San José de Costa Rica*”, siendo en el sistema interamericano, una de las bases del sistema para promover y proteger los derechos humanos. La Convención Americana entró en vigencia el año 1978. Años más tarde, con fecha 21 de agosto de 1990, Chile ratifica dicha convención.

En el año 1993, en la ciudad de Viena, capital de Austria, se celebró la Conferencia Mundial de Derechos Humanos. En dicha conferencia se dispuso que independiente al sistema político, económico y cultural de cada estado, éste tendría el deber de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales.³

2. Derechos del Niño:

Antiguamente, los derechos de los niños no se encontraban reconocidos, eran considerados adultos pequeños que incluso debían trabajar.

noviembre de 1988; por el Protocolo de Managua, suscrito en 1993, que entró en vigencia en enero de 1996, y por el Protocolo de Washington, suscrito en 1992, que entró en vigor en septiembre de 1997.

Hoy en día, la OEA reúne a los 35 Estados independientes de las Américas y constituye el principal foro gubernamental político, jurídico y social del Hemisferio. Además, ha otorgado el estatus de Observador Permanente a 69 Estados, así como a la Unión Europea (UE).

³ www.un.org/es/development/devagenda/humanrights.shtml:

El 25 de junio de 1993, los representantes de 171 Estados adoptaron por consenso la Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos.

Los primeros instrumentos internacionales en materia de infancia se empezaron a generar en el siglo XIX.⁴ En Francia, de manera muy progresiva, se empezaron a ofrecer garantías para los niños. Las primeras garantías fueron protección en el lugar de trabajo del niño y 40 años más tarde se les garantizó el derecho a la educación. En el siglo XX, estas garantías se extienden hacia el área social, jurídica y sanitaria, expandiéndose a toda Europa.

Tras la creación de la Liga de las Naciones⁵, la comunidad internacional elabora el comité para la Protección de los Niños.

En el año 1924, la Liga de las Naciones aprobó la “*Declaración de los Derechos del Niño*”, también llamada la “*Declaración de Ginebra*”, convirtiéndose en el primer tratado internacional sobre los Derechos de los Niños⁶. A lo largo de cinco capítulos la Declaración otorga derechos específicos a los niños, así como responsabilidades a los adultos.

En el año 1943 La Declaración de Derechos Humanos (ex Liga de Las Naciones) reconoce que la maternidad y la infancia deben tener cuidados y asistencias especiales.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, el año 1947 se crea la “*UNICEF*”⁷, para prestar socorro de emergencia a niños y jóvenes víctimas de esta guerra, amenazados por hambre y enfermedades.⁸

En forma posterior, la UNICEF alcanza una dimensión internacional, llegando hasta países en vía de desarrollo⁹.

Declaración de los Derechos del Niño:

⁴ <https://www.humanium.org/es/historia/>

⁵ La Liga de las Naciones luego se convertiría en la ONU

⁶ A lo largo de cinco capítulos la Declaración otorga derechos específicos a los niños, así como responsabilidades a los adultos.

⁷ Fondo de Las Naciones Unidas para la Infancia (Se le concedió el estatus de organización internacional permanente en 1953)

⁸ https://www.unicef.org/spanish/about/who/index_history.html

⁹ Promulga variadas iniciativas entre las cuales está el acceso a la educación, agua potable, alimentación, etc.

El 20 de noviembre del año 1959, de manera unánime por los miembros de la ONU, se aprobó la *“Declaración de los Derechos del Niño”*.

Ya en el preámbulo de la declaración, sobresale la idea de la protección que los niños necesitan:

“Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.¹⁰

Se proclama en dicha declaración la busca del reconocimiento de estos derechos, conforme a los siguientes diez principios¹¹:

1. *El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.*
2. *El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.*
3. *El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.*
4. *El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán*

¹⁰ Declaración de los Derechos del Niño A.G. res.. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 19, ONU Doc. A/4354 (1959).

¹¹ <https://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/>

proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

- 5. El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.*
- 6. El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.*
- 7. El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.*
- 8. El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.*
- 9. El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le*

dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

10. El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes”.

Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Los Derechos del Niño los podemos encontrar específicamente señalados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “*Pacto de San José de Costa Rica*” (suscrita por el Gobierno de Chile con fecha 22 de noviembre de 1969):

“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.¹²

Convención sobre los Derechos del Niño:

Y además, en la Convención sobre los Derechos del Niño (suscrita por el Gobierno de Chile con fecha 26 de enero de 1990):

“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.

¹² Art. 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”¹³

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

Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”¹⁴

En La Convención sobre los Derechos del Niño se establecen ciertos principios a favor de los niños:

1. Principio de igualdad¹⁵
2. Principio del interés superior del niño¹⁶
3. Principio del derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo¹⁷
4. El del respeto a la opinión de la persona menor de edad¹⁸

¹³ Art. 2 Convención sobre los Derechos del Niño

¹⁴ Art. 3 Convención sobre los Derechos del Niño

¹⁵ Recogido en el art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño y formulado como de no discriminación

¹⁶ Estipulado en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño

¹⁷ Contenido en el art. 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño

¹⁸ Desarrollado en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño

Este último principio es el que establece que el juez, que antes de tomar una decisión, debe escuchar al niño y teniendo en cuenta su edad y madurez, debe tomar en consideración la opinión que este señale.

Respecto al término "*niños*", para efectos de nuestra tesis, nos guiaremos por la definición señalada en el artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, independiente a que nuestro Código Civil clasifica a los menores de 18 años en diferentes grupos etarios¹⁹ :

*“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.*²⁰

3. Legislación Interna:

En nuestra legislación encontramos medidas de protección específicas hacia el niño, como lo son por ejemplo la Ley 19.585 *“Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación”* y la Ley 20.680 *“Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados”.*²¹

La gran importancia de la Ley 20.680, es que pasamos de un niño objeto de protección a un niño sujeto de derechos. Por primera vez se le da un enfoque de derecho, no se cosifica al niño. Por muchos años primó la doctrina situación

¹⁹ Art. 26 Código Civil:

“Llámase infante o niño todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos”.

²⁰ Art. 1 Convención sobre los Derechos del Niño

²¹ Ambas leyes serán explicadas en capítulo siguiente.

irregular, donde no se consideraba la opinión del niño²². Hoy día caminamos hacia la protección integral de los derechos.

Nicolás Espejo Yaksic²³ señala respecto de estos cambios introducidos a nuestra legislación: *“La idea de que los padres no tienen derechos sobre sus hijos, sino respecto del Estado y/o de terceros, es coherente con la noción fundamental de los derechos de los niños. Bajo la lógica del Derecho de Infancia moderno, los niños tienen un estatus legal dual: son considerados, a la vez, como portadores de derecho y sujetos de protección integral. Y son precisamente estos “derechos” los que revolucionan el derecho tradicional, modificando las relaciones tradicionales entre padres e hijos desde meras relaciones de potestad, poder o tutela, a relaciones de autoridad, legitimidad y apoyo.”*²⁴

4. Interés Superior del Niño:

Este principio constituye la principal consideración de los jueces ante la resolución de conflictos en el que se ven involucrados niños. Exige este criterio una consideración primordial apuntada hacia el interés superior del niño.

4.1 Concepto Interés Superior del Niño:

²² Ej. Ley 16.618 “Ley de Menores”.

²³ Abogado, Magister y Doctor en Derecho. Es Profesor Visitante del Kellogg College de la Universidad de Oxford y Asesor en Derechos Humanos del Secretariado General de Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York. Experto en derechos humanos, ha sido consultor permanente del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF); Co-Fundador y Director del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales y Representante para Chile del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Ha sido becario de la Fundación Ford y del British Council; profesor invitado en las universidades de Warwick, Galway, Católica de Chile, Adolfo Ibáñez y de Concepción. También ha desarrollado investigación y publicado en Chile y el extranjero en materia de derechos humanos, no-discriminación, derechos de la infancia, cohesión social y migraciones, entre otras materias.

²⁴ Espejo Yaksic, Nicolás, “El desafío de la responsabilidad parental en condiciones democráticas y pluralistas”

No existe un concepto propiamente tal. Es un concepto complejo, dado que es flexible, el cual deberá ser adaptado caso a caso, es decir, considerando la situación de cada niño en particular. No se puede generalizar, todas las experiencias y situaciones familiares son diferentes.

Anterior a la Convención sobre los Derechos del Niño, el concepto *“Interés Superior del Niño”* ya lo encontramos consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño del año 1959: ²⁵

“...Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Encontramos además el concepto plasmado en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, entre otros documentos:

“Los mismos derechos y obligaciones como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en cuestiones relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial” ²⁶.

Así como también tenemos este concepto plasmado en nuestra legislación, específicamente en el Código Civil:

“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres.” ²⁷

²⁵ Principio 2, mencionado en el punto 2 de este capítulo.

²⁶ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 16 párrafo 1 letra d.

²⁷ Art. 222 Código Civil

Según nuestra doctrina nacional, diferentes autores la definen de la siguiente manera:

Señala Jaime Couso²⁸ relacionado con este principio, que los tribunales presentaban una faculta paternalista, definiendo *“la facultad de definir como interés del niño a proteger aquél que el propio tribunal identificaba como necesario para su bienestar, independientemente de lo que el niño manifestara como su interés”*, para luego continuar agregando que *“esta facultad paternalista, que en ciertos casos es ineludible ejercer, permitió sin embargo convertir no pocas veces el argumento del interés superior del niño en un pretexto para decidir sobre la vida del niño conforme a las propias preferencias, preconcepciones morales o de normalidad o la propia ideología del juzgador de turno, a pesar de la neutralidad que el Derecho exige sobre casi todas estas cuestiones.”*²⁹ Por lo tanto, concluye que una vez reconocida la importancia del concepto *“interés superior del niño”* por la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, ya no se le debe dar este enfoque paternalista, sino como menciona Miguel Cillero³⁰ *“el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos”*.

4.2 Derecho del niño a ser escuchado:

“Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos

²⁸ Licenciado en Derecho de la Universidad Católica de Chile (1992) y abogado (1993), obtuvo su Título de Doctor en Derecho (1997) por la Universidad de Sevilla (España), Director del Departamento de Derecho penal y procesal penal y Co-Director del Magister en Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Diego Portales. Anteriormente fue Director del Programa de Máster en Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia, también Universidad Diego Portales.

²⁹ Couso Salas, Jaime *“El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía progresiva y derecho a ser oído”*

³⁰ Licenciado en Derecho por la Universidad de Chile. Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla). Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Chile). Director del Programa Justicia de Infancia de la Facultad de Derecho de la misma Casa de Estudios. Director Académico del Curso XIV de Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño.

los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”³¹

Consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño³², el derecho del niño a ser oído, es uno de los pilares que considera a los niños como sujeto de derecho en los tribunales (tanto en el conflicto de familia, como en el procedimiento de protección a sus derechos), dejándolo en igualdad de condiciones que un adulto respecto a que su opinión debe ser tomada efectivamente en cuenta en todas las decisiones que le afecten. Esto, considerando en todo momento la edad y madurez del niño.

No solamente indica la convención que el niño tiene derecho a ser oído, sino que expresamente señala que su opinión deberá ser considerada durante el proceso.

4.3 Interés Superior del Niño, una consideración primordial:

Otro gran cambio se produce al introducir la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos de Niño, año 2013, donde señala que el interés superior del niño sea una consideración primordial.

"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se

³¹ Art. 12 Convención sobre los Derechos del Niño

³² Decreto 830, Convención sobre los Derechos del Niño

atenderá será el interés superior del niño³³."

Al referirse a una "consideración especial", claramente se establece que dentro de todas las consideraciones que se deben tomar en cuenta, "el interés superior del niño" deberá estar por sobre las otras. De esta forma, se debe dar prioridad.

Durante una entrevista realizada al Dr. Miguel Cillero Bruñol, en el marco del XIV Curso de Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño, organizado por UNICEF y la Universidad Diego Portales de Chile, en la sede de la Academia de la Magistratura en Lima, señala lo siguiente:³⁴

"El punto de partida del análisis que se ha sostenido es que, el interés superior del niño como noción y como cláusula jurídica, debe ser interpretado en el marco del instrumento internacional que la contiene, es decir la Convención de los Derechos del Niño. Por lo tanto, esa interpretación debe ser consistente con el conjunto sistemático de protecciones que este instrumento consagra, junto al marco más general de protección que emanan de los Derechos Humanos.

Si así se considera, el interés superior del niño cambia en cuanto a su contenido tradicional de "bienestar del niño", el cual era definido a partir de la posición de quien tenía el poder de definirlo, o sea, el padre, el profesor, juez o presidente de la república; todas personas adultas que ocupaban un lugar de poder desde el cual determinaban qué era bueno para una persona por ser menor de edad".

Y ante la pregunta *¿Cómo se modifica esa interpretación a partir de la Convención?* Miguel Cillero responde:

"Lo que hace la Convención es convertir el interés superior del niño -con un contenido más específico- en la satisfacción y disfrute de sus derechos. Esta noción fundamentalmente impide que cualquier forma de protección hacia los niños se realice, "se justifique", a costa del cumplimiento de sus derechos. Este es

³³ Art. 3, Convención sobre los Derechos del Niño

³⁴ https://www.unicef.org/peru/spanish/Entrevista_Miguel_Cillero.pdf

un cambio fundamental, que al trasladarlo al ámbito familiar, al de políticas públicas, al ámbito de la justicia, pueden apreciarse transformaciones importantes en el entendimiento de dicho concepto, cobrando esta noción una gran relevancia. La aprobación, en 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX. “

4.4 Subsecretaría de la Niñez:³⁵

En nuestro país, continuando con la búsqueda de darle una consideración especial al interés superior del niño, con fecha 12 de abril del 2018, el Presidente de la República promulga ley que crea la Subsecretaría de la Niñez, una instancia dependiente del Ministerio de Desarrollo Social, quien velará por los derechos de los niños con el fin de promover y proteger su ejercicio de acuerdo con las garantías constitucionales. Esta institución que coordinará a todos los organismos que estén relacionados con el cuidado y protección del niño.

Actualmente, se trabaja además en impulsar medidas preventivas en favor de la infancia, como “Alerta Infancia”. Este sistema de alerta temprana se anticipará a los primeros síntomas de deserción educacional, droga, participación de delitos, entre otros. Así permitirá entender que le sucede al niño y/o al entorno que le rodea, es decir, a su familia.

4.5 Defensoría de los Derechos de la Niñez:³⁶

³⁵ <https://www.gob.cl/noticias/presidente-pinera-promulgo-la-ley-que-crea-la-subsecretaria-de-la-ninez/>

³⁶ <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/defensoria-de-los-derechos-de-la-ninez>

Tenemos además esta entidad pública, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyo objeto es la difusión, promoción y protección de los derechos del niño.

Respecto a su organización interna, *“los estatutos y sus modificaciones serán propuestos por el Defensor de la Niñez al Presidente de la República y su aprobación se dispondrá mediante decreto supremo expedido a través del Ministerio Secretaría General de la Presidencia”*.³⁷

Dentro de sus principales funciones, se encuentra promover el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño y los demás tratados internacionales relacionados con los derechos de los niños ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

También tiene ciertas atribuciones esta entidad, como por ejemplo, denunciar vulneraciones a los derechos de los niños, interponer acciones y presentar querellas cuando conozca de delitos en los cuales los niños sean las víctimas.

4.6 Caso emblemático respecto de INTERES SUPERIOR y DERECHO A SER OIDO:

Antes de pasar al capítulo siguiente, recordaremos un mediático caso que fue presentado ante la Corte Internacional de Derechos Humanos en noviembre del año 2004, en el cual se vulneraron varios de los derechos anteriormente mencionados, nos referimos al caso Atala Riffo. Tras fallo de la Corte Suprema en el cual le quitan el cuidado personal de sus tres hijas, la jueza Karen Atala Riffo, alega haber sido discriminada por su condición homosexual y demanda al Estado de Chile argumentando la violación de sus derechos esenciales y que además se vulneraron ocho artículos de la Convención Americana sobre

³⁷ Ley 21.067 “Crea la Defensoría de los Derechos de la niñez, Título II Organización”

Derechos Humanos, ratificada por Chile en 1990. Uno de sus principales argumentos fue la vulneración de interés superior del niño, al separarlas de su familia (discriminados por las condiciones de su madre) y la vulneración del derecho del niño a ser oídos.

Acogida la demanda, la Comisión recomienda al estado chileno tomar ciertas medidas para evitar la discriminación mencionada. En septiembre del año 2010, después de considerar que estas medidas no fueron cumplidas, demandando a Chile por *“el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que experimentó Karen Atala, debido a su orientación sexual”*.

Finalmente, tras ocho años de litigio, la Corte Interamericana falla señalando que Karen Atala efectivamente fue discriminada y ordena una indemnización económica y moral para ella y sus hijas, recuperando así la custodia de sus hijas.

“Para reparar a la jueza y sus hijas, Chile le debe pagar \$ 35 millones, brindar atención médica y psicológica gratuita, publicar la sentencia en el Diario Oficial, implementar cursos antidiscriminación para funcionarios públicos y realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por la discriminación que afectó a Atala y sus tres hijas. Sólo así se pondrá fin al caso.”³⁸

³⁸ La bitácora del caso Atala, <http://diario.latercera.com/edicionimpresa/la-bitacora-del-caso-atala/>

CAPÍTULO II: AUTORIDAD PARENTAL

1. Cambios introducidos en nuestra legislación:

La Constitución Política de la República de Chile, Constitución 1980, Capítulo I, Artículo 1º, inciso 2, señala lo siguiente: *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”*. Ésta se constituye por vínculos naturales, es decir, la unión libre entre dos personas o vínculos jurídicos, dentro de los cuales tenemos dos instituciones, el Matrimonio (Art 102 Código Civil, unión entre un hombre y una mujer) y el Acuerdo de Unión Civil (Ley 20.830, la cual le da reconocimiento jurídico a sus dos miembros, pudiendo ser estos de igual o diferente sexo).

Referente a la materia de filiación, ya sea matrimonial o no, trata de un vínculo inalterable del que emana un conjunto de deberes y derechos entre padres e hijos (incluido los hijos adoptados³⁹). Las estadísticas señalan como año a año van aumentando las familias que comparten los cuidados de sus hijos, por no vivir juntos ambos progenitores. Ya sea que uno de ellos tenga el cuidado personal de los hijos menores de edad o ambos hayan acordado el cuidado personal compartido.

La Real Academia Española define familia como *“grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas”* o como *“conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje”*.

Es una realidad que en la actualidad tenemos diferentes tipos de familias en nuestra sociedad⁴⁰:

³⁹ Art. 179 incisos 1º y 2º Código Civil

⁴⁰ <https://familiaesuelacomunidadwick.wordpress.com/2017/05/26/tipos-de-familia-y-su-composicion/>

- Familia Nuclear: formada por la madre, el padre y los hijos, es la típica familia clásica (descendencia biológica de la pareja o miembros adoptados por la familia).
- Familia Extendida: formada por parientes cuyas relaciones no son únicamente entre padres e hijos. Una familia extendida puede incluir abuelos, tíos, primos y otros consanguíneos o afines.
- Familia Monoparental: formada por uno solo de los padres (la mayoría de las veces la madre) y sus hijos. Puede tener diversos orígenes: padres separados o divorciados donde los hijos quedan viviendo con uno de los padres, por un embarazo precoz donde se constituye la familia de madre soltera y por último el fallecimiento de uno de los cónyuges.
- Familia Homoparental: formada por una pareja homosexual (hombres o mujeres) y sus hijos biológicos o adoptados.
- Familia Ensamblada o Reconstituida: está formada por agregados de dos o más familias (ejemplo: madre sola con hijos se junta con padre viudo con hijos). En este tipo también se incluyen aquellas familias conformadas solamente por hermanos, o por amigos, donde el sentido de la palabra “familia” no tiene que ver con parentesco de consanguinidad, sino sobre todo con sentimientos, convivencia y solidaridad, quienes viven juntos en el mismo espacio.
- Familia de Hecho: este tipo de familia tiene lugar cuando la pareja convive sin ningún enlace legal.

Podemos concluir que existen diferentes tipos de familias, pero en toda y cada una de ellas, al no convivir juntos ambos padres, nuestros legisladores

privilegiarán “*el interés superior del niño*” en el momento de determinar quien estará a cargo del cuidado personal de los menores de 18 años.

En materia de Familia tenemos dos grandes tipos de procedimientos, los procedimientos ordinarios y los especiales.

Dentro de los procedimientos ordinarios encontramos materias como alimentos, cuidado personal, filiación, divorcio, reparación judicial y bien familiar.

En los procedimientos especiales se encuentran violencia intrafamiliar y protección, adopción y contravencional.

(Además, tenemos los procedimientos voluntarios, como, por ejemplo, notificación de cese de convivencia).

El Derecho de Familia ha sido objeto de innumerables modificaciones en los últimos años. De todas las materias que regulan nuestras leyes, Familia ha sido la que más cambios ha experimentado a la fecha, esto dado a la constante búsqueda de garantizar a cada uno de sus miembros los derechos que reconoce nuestra Constitución y demás leyes, sin olvidar los Tratados Internacionales a los cuales Chile se ha suscrito.

En las últimas décadas, algunos de los cambios introducidos fueron por ejemplo la Ley 19.585 y años más tarde la Ley 20.680, marcando cada una de ellas cambios radicales para las respectivas épocas.

1.1 Ley 19.585:

Con fecha 26 de octubre del año 1998 se publica la Ley 19.585 “*Modifica el Código Civil y Otros Cuerpos Legales en Materia de Filiación*”, introduciendo grandes cambios en Derechos de Familia y Derecho Sucesorio a la Ley 16.618, llamada también “*Ley de Menores*”.

Esta ley consagra principios como igualdad, identidad e interés superior del niño y la libre investigación de la paternidad.

Reconoce la filiación no matrimonial, desapareciendo el concepto de hijos naturales. Este gran cambio determina un nuevo orden en la filiación, con lo que desaparecen las desigualdades y discriminaciones entre hijos legítimos e ilegítimos. Una vez determinada la filiación, los hijos pasan a tener derechos de alimentos y sucesorios respecto a sus ascendientes, siendo respecto a estos últimos, cabeza de orden en el primer orden de sucesión, ya sea que sus padres se encuentren o no casados. Todos los hijos son ahora asignatarios forzosos, llevando la misma cuantía cada uno de ellos.

Respecto a la patria potestad deja de tener una connotación puramente patrimonial y se pasa a considerar el aspecto personal. Esto conlleva a considerar el conjunto de derechos y obligaciones que existen en una relación de padre e hijo, por ejemplo, el deber de los padres por velar por los hijos, cuidarlos, alimentarlos y educarlos. Ambos padres ejercen conjuntamente la patria potestad, la madre deja de tener un rol subsidiario. La patria potestad no se ejerce en interés de los padres, sino respecto de los hijos. Esto implica que, si el menor posee suficiente discernimiento, el juez deberá oírlo.

Otro materia que se modifica es la tuición de los hijos, quedando supeditada al interés superior del niño. Sin embargo, esta ley mantiene el hecho de que el cuidado personal de los hijos menores de 18 años sean entregados a madre, pudiendo el juez decidir entregarle el cuidado personal al padre (o algún otro familiar cercano) por motivos calificados.

Si pudiéramos resumir el gran cambio que introduce esta ley, es la mirada que se le da al niño desde su postura, saliendo del sistema adulto céntrico existente.

1.2 Ley 20.680:

Con fecha 21 de junio del año 2013, se publica la Ley 20.680, la cual *“Introduce Modificaciones al Código Civil y a Otros Cuerpos Legales, con el Objeto de Proteger la Integridad del Menor en Caso de que los Padres Vivan Separados”*.

Dentro de los principales cambios, nuestro Código Civil introduce las siguientes modificaciones:

“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. “⁴¹

Como podemos observar, se le da una gran relevancia al concepto ya existente *“interés superior del hijo”*.

“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.”⁴²

Aparecen nuevos términos, los cuales se convierten en los principales ejes para determinar cada caso por parte de nuestros legisladores.

⁴¹ Se invierten los incisos del artículo 222 Código Civil

⁴² Se sustituye el inciso primero del artículo 224 Código Civil

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

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".⁴³

Se introduce este tercer régimen de vida que es el cuidado compartido.

"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." ⁴⁴*

⁴³ Se reemplaza el artículo 225 Código Civil

⁴⁴ Se incorpora el artículo 225-2 Código Civil

“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”.⁴⁵

“En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado. En este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido”.⁴⁶

Uno de los principales cambios que podemos observar con la introducción de esta última ley, es que, ante la ruptura de la relación de los progenitores, ya no existe un único modelo para que el juez determine como organizar el cuidado personal de los hijos menores de edad. Pasa a existir el modelo de cuidado personal compartido, además del modelo de cuidado personal detentado por uno de los padres de manera exclusiva (en la mayoría de los casos por la madre), ya existente, reconociendo así el Principio de Corresponsabilidad Parental. Es decir, se elimina la regla legal supletoria de preferencia materna y se reconoce que los padres, ambos, se encuentran en condiciones de igualdad al momento de poder optar al cuidado personal de sus hijos.

No queremos dejar de mencionar que nos llama profundamente la atención la palabra “menor” empleada en el título de esta nueva ley, dado que La Convención sobre los Derechos del Niño, dentro de los principios y mandamientos que estableció, señala expresamente que queda eliminado el término “menor” al referirse al niño, niña o adolescente y su condición de objeto del proceso. Pasan

⁴⁵ Se reemplaza el artículo 226 Código Civil

⁴⁶ Ley 19.947, Establece nueva Ley de Matrimonio Civil, en el artículo 3, se sustituye el inciso segundo del artículo 21

así los niños a ser consideradas personas en desarrollo, titulares de derechos y obligaciones, condición que es respetada por la legislación.

2. Autoridad parental:

“La autoridad parental debe ser entendida como el conjunto de derechos y deberes personales y patrimoniales de los progenitores respecto de sus descendientes, figura que resulta ser mucho más amplia y que nos lleva a comprender la facultad de administración y representación legal de los hijos - actual patria potestad- como uno de los tantos deberes-función que debe comprender hoy un concepto integral de autoridad parental.

Así las cosas, es necesario precisar una definición en el Código Civil, en términos de que los hijos no emancipados estarán sujetos a la autoridad parental de ambos progenitores, la que siempre deberá ser ejercida en beneficio de los niños y comprenderá los deberes y facultades de tenerlos bajo su cuidado, atenderlos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación íntegra y administrar sus bienes”.⁴⁷

En el concepto de autoridad parental podemos encontrar tres elementos, cuidado personal de los hijos, representación legal y la administración de bienes.

Recae únicamente sobre los hijos menores de edad o hijos declarados incapaces en caso de haber alcanzado la mayoría de edad. Es un ejercicio exclusivo de los padres y lo que define la titularidad de la autoridad parental es el lazo jurídico, no la constitución biológica, que existe entre los padres e hijos, siendo este de carácter inalienable, intransferible e imprescriptible.

2.1 Cuidado personal:

⁴⁷ <http://www.senado.cl/senado/site/artic/20130315/pags/20130315152318.html>

Nuestra legislación no señala una definición legal de cuidado personal, sin embargo, lo encontramos plasmado en el Código Civil, además de diferentes textos:

*“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”.*⁴⁸

*“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.”*⁴⁹

El departamento de Reformas Legales del Servicio Nacional de la Mujer define el cuidado personal compartido como lo siguiente:

*“El derecho y deber que los padres tienen de amparar, defender y cuidar la persona del hijo o hija menor de edad y participar en su crianza y educación.”*⁵⁰

Diferentes autores que describen este concepto, como por ejemplo, Fabiola Lathrop⁵¹ en su obra *“Cuidado personal de los hijos”* (2008):

“Aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que,

⁴⁸ Art. 224 inciso 1º Código Civil

⁴⁹ Art. 225 inciso 2º Código Civil

⁵⁰ Departamento de Reformas Legales Servicio Nacional de la Mujer, *“Cuidado personal compartido”*.

⁵¹ Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca, España; Profesora Academia Judicial; Miembro Comisión de Cursos de Actualización y Formación Profesional del colegio de Abogados de Chile.

basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos determinados.”

Además tenemos a Cristián Lepin Molina⁵², quien señala:

“Se refiere al conjunto de obligaciones y facultades derivadas de convivir o compartir la vida cotidiana de los hijos”.⁵³

2.1.1 Cuidados cotidianos respecto a la responsabilidad parental:

Marcela Acuña San Martín⁵⁴ señala lo siguiente:

“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.”⁵⁵

La relación paterno filial, respecto de los padres hacia los hijos, es una de las normas basales de la responsabilidad parental. En esta relación, se busca la mayor realización, tanto material como espiritual en el desarrollo de los hijos.

⁵² Abogado, Licenciado en Derecho, Magíster en Derecho Privado por la Universidad de Chile y Doctorando en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, ha sido Profesor de la Universidad de Chile en pre y postgrado, Director de la maestría en Derecho y miembro del Comité Académico de la maestría en Derecho de Familia, Coordinador Académico, y actual Subdirector de la Escuela de Postgrado, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

⁵³ Reformas a las Relaciones Paterno-Filiales. Análisis de la Ley N° 20.680.

⁵⁴ Abogada, último grado académico obtenido: Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España), ejerce docencia en el área disciplinaria de derecho civil en la Universidad de Talca.

⁵⁵ Acuña San Martín, Marcela, *“Cuidado personal y la obligación de alimentos”*

Entre los cuidados cotidianos del hijo, tenemos por ejemplo su educación, proveer sus necesidades acordes a su edad, establecimiento, entre otros. De inmediato surge la interrogante, de quien debe asumir esos gastos.

“Los gastos de educación, crianza y establecimiento de los hijos son de cargo de la sociedad conyugal, según las reglas que tratando de ella se dirán. Si no la hubiere, los padres contribuirán en proporción a sus respectivas facultades económicas.

En caso de fallecimiento del padre o madre, dichos gastos corresponden al sobreviviente.”⁵⁶

“En el estado de separación, ambos cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común a proporción de sus facultades. El juez en caso necesario reglará la contribución.”⁵⁷

2.1.2 Quien ejerce este derecho:

Por regla general lo ejercen los padres, de lo contrario, hay que distinguir:

- En el evento que uno de los padres fallezca: al padre o madre sobreviviente
- Si el hijo ha sido reconocido solo por uno de sus padres: al padre o madre que lo haya reconocido.
- Si el niño o niña no ha sido reconocido: es el juez quién determina.
- Si los padres viven separados: quien convive con el hijo, salvo que ambos padres hayan acordado lo contrario por escritura pública o por acta extendida ante oficial del registro civil, que debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento de hijo. Este acuerdo puede revocarse cumpliendo con las mismas solemnidades.

⁵⁶ Art. 230 Código Civil

⁵⁷ Art. 160 Código Civil

Podemos concluir que hasta antes de la introducción de la ley 20.680, el cuidado personal de los hijos era ejercido por: ⁵⁸

Regla general, si los padres viven juntos: corresponde a ambos padres.

Excepciones, padres viven separados:

1. Atribución convencional unilateral
2. Atribución legal unilateral y preferente a favor de la madre
3. Atribución judicial unilateral

Y una vez introducida esta ley, específicamente la modificación del artículo 225 del Código Civil, el cuidado personal de los hijos se establece su ejercicio de la siguiente manera:

Regla general, si los padres viven juntos: corresponde a ambos

Excepciones, padres viven separados:

1. Atribución convencional: unilateral⁵⁹ o compartida⁶⁰
2. Atribución legal: quien convive con hijos⁶¹
3. Atribución judicial: unilateral solamente⁶²

⁵⁸ Informe Ley de Corresponsabilidad (Ley N° 20.680)

⁵⁹ El padre o madre no custodio, no podrá desentenderse de las obligaciones parentales, las cuales subsistirán por dos motivos:

1. por los principios de corresponsabilidad y de interés superior del niño.
2. Art. 43 inciso 1° Ley 16.618, Ley de Menores “(...) *la pérdida o suspensión de la tuición de los menores no importa liberar a los padres o guardadores de las obligaciones que les corresponden de acudir a su educación y sustento*”.

⁶⁰ El cuidado personal compartido solamente puede ser determinado convencionalmente por medio de la formalización de la voluntad de los padres, por alguno de los medios señalados por nuestra legislación.

⁶¹ Art 225 inciso 3 Código Civil: “*A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo.*” (el antiguo art. 225 establecía preferencia explícita por la madre).

⁶² El juez puede determinar algo diferente en cualquier momento si lo estima conveniente, pero siempre teniendo presente:

1. las circunstancias especiales que pudiesen surgir;
2. el interés superior del niño, niña o adolescente;
3. la obligación de definir un régimen comunicacional de oficio con el padre no custodio;
4. la posibilidad de entregar el cuidado personal a un tercero, según el artículo 226 del Código Civil.

2.1.3 Régimen directo y regular:

Antes de entrar en vigencia la Ley 20.680, el padre o madre que no tenía el cuidado personal no se veía privado de mantener una relación directa y regular con sus hijos, pero en caso de no haber acuerdo entre los padres, el juez lo regulaba como un visita periódica, cuya frecuencia dependía de cuanto quisiera ejercer su derecho el padre no custodio.

Con la entrada en vigencia de esta nueva ley, cambia la forma de relacionarse con los hijos, e incluso la forma de relacionarse o comunicarse entre ambos padres. Se antepone el interés superior del niño y surge de manera imperativa el deber de ambos padres de relacionarse con los hijos en forma activa, equitativa y permanente, privilegiando el principio de corresponsabilidad.

Por lo tanto, ejercicio de la relación directa y regular con los hijos deja de estar definido por las visitas realizadas en forma periódicas (distanciadas en la gran mayoría de los casos, el padre veía a sus hijos fin de semana por medio y 15 días en las vacaciones) y pasa a tener un enfoque absolutamente diferente, desde y hacia el niño. Ahora para ambos padres es importante colaborar en el desarrollo de la crianza y educación de sus hijos. Ellos están consientes que al no poder llegar a un acuerdo respecto a la custodia personal compartida, contra más amplio sea el régimen directo y regular que se tenga con el niño, niña o adolescente, mejor será el desarrollo de este, dado que reforzará la figura de ambos progenitores participando en forma activa y permanente. No mencionamos aquí el hecho que la ley señala un tercer factor en la participación de este desarrollo y que es el hecho que sea equitativo, dado que desde la visión del niño, dependiendo su edad, ese factor no lo considerará, valorando solamente el contacto con cada uno de sus padres (a diferencia de los padres que saben que la participación en el desarrollo de sus hijos debe ser activa, equitativa y permanente).

Siguiendo el principio de interés superior del niño, se establece también el derecho de la relación directa y regular que tienen los hijos con sus abuelos.

“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.”⁶³

2.1.4 Alimentos:

“Los alimentos o pensión alimenticia, son gastos correspondientes a la educación, crianza y establecimiento de los hijos. Estos gastos son de cargo de la sociedad conyugal. En caso de que los padres no vivan juntos, estos gastos están regulados en nuestra legislación que serán contribuidos por ambos padres en proporción a las facultades económicas de cada uno.”⁶⁴

Las pensiones alimenticias es la obligación de dar alimentos. Respecto a los hijos, incluye además de la enseñanza básica y media, el aprendizaje de alguna profesión u oficio. Esta obligación por parte de los padres es hasta los 21 años, salvo que se encuentren estudiando una profesión u oficio y en ese caso cesará a los 28 años. También se encontrarán obligados los padres a dar alimentos a un hijo en caso que este se encuentre física o mentalmente inhabilitado para poder subsistir por si mismo. Como se mencionaba, ambos padres estarán obligados en proporción a sus capacidades económicas.

La pensión alimenticia se compone de los siguientes gastos: alimentación, vivienda, educación, salud, vestuario, movilización, luz, agua, gas, teléfono, recreación, etc., es decir, todo lo que el niño necesita para el desarrollo respecto a su crianza y educación.

⁶³ Art. 229-2 Código Civil

⁶⁴ Art. 230 inciso 1 Código Civil

2.1.5 Roles estereotipos:

Tanto el hombre como la mujer, con el pasar del tiempo han sido víctimas de las expectativas sociales que se tienen sobre su comportamiento y desempeño, ya desde su nacimiento dentro del núcleo familiar. Según fuera hombre o mujer, su entorno más próximo va estimulando diferentes valores, reforzando así la identidad de la persona y principalmente su rol de género.

Fuera de la familia también podemos observar estas expectativas del cumplimiento de diferentes roles. Tenemos por ejemplo, una sociedad que espera que las personas desempeñen su rol de esposa, esposo, madre o padre según corresponda. Tenemos que de la mujer se espera que se desempeñe realizando las tareas del hogar, educación y crianza de los hijos y respecto del hombre, se espera que desempeñe su rol proveedor, garantizando las necesidades de la familia, entre otros.

Respecto a este tema, la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, señala lo siguiente:

“Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;”⁶⁵

*“La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza,”*⁶⁶

⁶⁵ Art. 5 letra a Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

⁶⁶ Art. 10 letra c Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Pero pese a tratar de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, como nos señala el articulado de esta Convención, siguen estando presentes dos sentimientos fuertes al momento de la separación de los padres, que son la culpa y el orgullo.

La culpa hace referencia a lo siguiente: la corresponsabilidad parental ha hecho que los padres se involucren en la crianza y educación de sus hijos, dejando atrás que este rol pertenecía solo a las madres. A diferencia de sus antepasados, los padres han ido desarrollando diferentes emociones que tanto en el trabajo, como en su entorno social no las pueden demostrar, pero si en la intimidad de su núcleo familiar. Una de estas emociones a la cual nos referimos es la culpa y esta se demuestra de diferentes maneras, por ejemplo, buscar un equilibrio entre ser padre proveedor o padre presente, el no establecer un vínculo más profundo con sus hijos, el miedo a ser autoritarios considerando el poco tiempo que comparte con sus ellos y por último, siendo la más fuerte la culpa que siente un padre separado y sensación de abandono del hijo. Los padres separados temen y sufren dejar a sus hijos. Tanto es así, que muchos padres evitan hoy llegar a la separación, por no querer alejarse de ellos.

Respecto al orgullo: cuando los padres toman la decisión de separarse, en algunos casos el padre o madre custodio asume una actitud de orgullo frente al padre no custodio, decidiendo no demandar pensión alimenticia y demostrar así que no necesita al otro padre para sacar a sus hijos adelante. El no demandar pensión alimenticia vulnera los derechos del niño, niña o adolescentes, ya que ellos se verían privados de derecho que le corresponde.⁶⁷

⁶⁷ La cesantía no exime al padre no custodio al pago de pensión alimenticia, <http://www.juzgadodefamilia.cl/home/los-5-errores-mas-comunes>

2.1.6 Derecho Comparado: ⁶⁸

España:

La Ley Nº 11/1990, de 15 de octubre *“sobre reforma del Código Civil en aplicación de principio de no discriminación por razón de sexo”*, deroga la atribución preferente que tenía la madre del cuidado de los hijos menores de 7 años, otorgada el año 1981, tras reconocer el divorcio vincular. Hasta antes de dicha reforma del año 1990, el juez tenía la facultad para determinar el cuidado de los hijos, contemplando que los menores de 7 años, su cuidado personal sería atribuído a la madre, salvo que por motivos especiales el juez proveyere de otra forma. Además, estableció la Ley Nº 11/1990, que si los padres viven separados y no presentan un acuerdo respecto al cuidado personal de su hijo, el juez tomará la decisión, cual de los progenitores quedará al cuidado de éste. Para ello, el juez oirá al niño y evaluará edad y si tiene suficiente juicio, considerando caso a caso.⁶⁹

Más tarde, mediante la Ley 15/2005 de 8 de julio *“por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio”*, se introduce que *“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”*.⁷⁰

Hoy, aplicando el interés superior del niño, el principio de igualdad y el

⁶⁸ Revista Ius et Praxis, Año 16, No. 2, 2010, pp. 167 – 184, Fabiola Lathrop Gómez;

Barcia Lehmann, Rodrigo. *“Custodia Compartida De Los Hijos. Lathrop Gómez, Fabiola”*. La Ley, Madrid, 2008, 582 pp

⁶⁹ Art. 159 Código Civil Español, “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”, Revista Ius et Praxis, Año 16, No. 2, 2010, pp. 172, Fabiola Lathrop Gómez

⁷⁰ Ley 15/2005 de 8 de julio, artículo 92, párrafo 5, Revista Ius et Praxis, Año 16, No. 2, 2010, pp. 171, Fabiola Lathrop Gómez

principio de corresponsabilidad, el juez dará preferencia al acuerdo presentado por los progenitores respecto al cuidado personal compartido. Solamente en caso de no haber acuerdo, el juez determinará cual de los padres sería el más apto para desempeñar el cuidado.

La tendencia de los fallos va claramente en esa dirección, es decir, hacia la coparentalidad y corresponsabilidad. Por ejemplo, podemos observar el siguiente fundamento de derecho respecto a una sentencia apelada el año 2014:

*“La medida sobre la guarda se ha de acordar atendiendo al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, así lo establece nuestro CCCat, y el ejercicio de las funciones será más o menos compartido según sea el grado de corresponsabilidad, de comunicación y de intercambio de información de los padres, por lo que la denominada guarda compartida no exigirá siempre un reparto igualitario del tiempo de convivencia”.*⁷¹

Francia:

*“La separación de los padres no repercute en las reglas de atribución del ejercicio de la autoridad parental”.*⁷²

La autoridad parental es ejercida en Francia de manera conjunta por ambos padres, situación que no se ve alterada por la posterior separación de los progenitores, siendo por lo tanto, el cuidado personal compartido la regla general.

Si el interés del niño lo exigiere⁷³, por ejemplo si es muy pequeño, quedará bajo la custodia de uno de los padres. El régimen de cuidado personal compartido debe adaptarse a la edad y juicio de cada niño como lo señalábamos anteriormente.

⁷¹ España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18). Sentencia 597/2014 de 15 de setiembre, considerando primero, fundamentos de derecho.

⁷² Art. 373-2 Código Civil Francés, Revista Ius et Praxis, Año 16, No. 2, 2010, pp. 168, Fabiola Lathrop Gómez

⁷³ Art. 373-2-1 Código Civil Francés, Revista Ius et Praxis, Año 16, No. 2, 2010, pp. 168, Fabiola Lathrop Gómez

Para que un juez provea el acuerdo de cuidado personal compartido, el niño debe ser evaluado por un psicólogo o un trabajador social, durante un proceso de tres meses. Si el juez comprueba conflicto entre ambos progenitores, podría imponer una custodia compartida provisional, determinando después de transcurrido el tiempo si procede o no con dicho régimen. No considera la legislación francesa una atribución preferente en caso de no existir acuerdo.

“La patria potestad es un conjunto de derechos y deberes cuya finalidad es preservar el interés del niño.

Será ejercida por los padres hasta que el hijo alcance la mayoría de edad o su emancipación, con el objeto de velar por su seguridad, su salud y su moralidad, asegurar su educación y permitir su desarrollo, con el respeto debido a su persona.

Los padres permitirán a los hijos participar en las decisiones que les afecten, según su edad y grado de madurez.”⁷⁴

Argentina:

La legislación argentina establecía que si los padres se encontraban separados o divorciados, el cuidado personal de los hijos le correspondería a la madre, hasta que el hijo cumpliera los cinco años, salvo excepciones en las cuales el interés superior del niño se viera expuesto. Una vez cumplida esa edad, el juez decidiría a quien le correspondería el cuidado personal, en caso de no haber acuerdo entre los padres.⁷⁵

Tras la reforma realizada al Código Civil y Comercial Argentino el año 2014 mediante la Ley N° 26.994⁷⁶, señala lo siguiente:

⁷⁴ Art. 371-1 Código Civil Francés

⁷⁵ Art. 206 Código Civil Argentino (antes de la reforma realizada al Código Civil Argentino el año 2014), Revista Ius et Praxis, Año 16, No. 2, 2010, pp. 175, Fabiola Lathrop Gómez

⁷⁶ La reforma del código entró en vigencia el 1° de agosto del año 2015

“Cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos.”⁷⁷

“Modalidades del cuidado personal compartido. El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.”⁷⁸

2.2 Patria Potestad:

“La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados”⁷⁹.

La patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer.”⁸⁰

Nuestra legislación establece una dualidad para el ejercicio de la parentalidad. Tenemos el cuidado personal, como lo mencionábamos en el punto anterior, que corresponde básicamente a la crianza y educación personal de los hijos y está además la patria potestad, la cual consiste en el derecho de representar y administrar los bienes pertenecientes al hijo menor de 18 años, junto a la representación y administración de los frutos que estos bienes produzcan en forma eventual.

Respecto al ejercicio de la patria potestad, hasta antes de la introducción de

⁷⁷ Art. 649 Código Civil Argentino

⁷⁸ Art. 650 Código Civil Argentino

⁷⁹ Aquellos que no han cumplido la mayoría de edad (18 años).

⁸⁰ Art. 243 Código Civil

la ley 20.680, era ejercido por: ⁸¹

Regla general, si los padres vivían juntos:

1. Atribución convencional: podían determinar el ejercicio unilateral o conjunto de la patria potestad
2. Atribución legal: padre ejercía unilateralmente
3. Atribución judicial: solamente se podía determinar el ejercicio unilateral

Excepciones, padres vivían separados:

1. Atribución legal: lo ejercía quien tuviese el cuidado personal, o sea, unilateral
2. Atribución convencional: solamente podían acordar el ejercicio unilateral
3. Atribución judicial: solamente podían fijar el ejercicio unilateral

Y una vez introducida esta ley, la patria potestad de los hijos se establece su ejercicio de la siguiente manera:

Regla general, si los padres viven juntos:

1. Atribución convencional: pueden determinar el ejercicio unilateral o conjunta de la patria potestad
2. Atribución legal: ambos ejercen conjuntamente
3. Atribución judicial: solamente se puede determinar el ejercicio unilateral

Excepciones, padres viven separados:

1. Atribución legal: lo ejercerá quien tenga el cuidado personal, o sea, unilateral o conjunta
2. Atribución convencional: pueden acordar que se ejerza unilateral o conjuntamente

⁸¹ Informe Ley de Corresponsabilidad, Ley N° 20.680

3. Atribución judicial: solamente puede determinar el ejercicio unilateral

3. Coparentalidad:

El principio de la coparentalidad señala el derecho de los niños a relacionarse con ambos padres, a su cuidado y educación, consagrándose desde la óptima del hijo.

Algunos autores la definen de la siguiente manera, ya que no existe una definición en nuestros textos jurídicos:

“La coparentalidad sería un derecho del niño al cuidado y educación habitual de ambos progenitores y a relacionarse con sus dos progenitores, cuyo contenido se concreta en mantener un contacto frecuente con ellos, a pesar de la separación de estos”.⁸²

“La asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes; el respeto al derecho de los niños a continuar contando, afectiva y realmente con un padre y una madre, y el aprendizaje de modelos solidarios entre ex-esposos pero aún socios parentales”⁸³

Si bien la Ley 20.680 introduce este nuevo concepto a nuestro ordenamiento jurídico, la coparentalidad ya era utilizada por la doctrina, quienes lo utilizaron como uno de los argumentos para modificar el artículo 225 del Código Civil. Recordemos que antiguamente nuestro código establecía una regla legal de

⁸² Acuña San Martín, Marcela, *“El principio de corresponsabilidad parental”*.

⁸³ Salzberg, Beatriz, Psicóloga, Psicoanalista. Miembro del Equipo de la Clínica Psicoanalítica Logos, de Barcelona y Docente de la Escuela de Clínica Psicoanalítica con Niños y Adolescentes de Barcelona, *“Los niños no se divorcian”*

atribución materna preferente respecto del cuidado personal de los hijos, la cual se basaba en estereotipos.

Dentro de este derecho que tienen los niños a relacionarse con cada uno de sus padres, la Institución estadounidense Children's Rights Council (Consejo de los Derechos del Niños) desarrolló un modelo orientador que establece la frecuencia optima de contacto con los padres en función de la edad: ⁸⁴

Edad	Frecuencia del contacto con ambos padres
Menos de 1 año	Una parte de cada día (mañana o tarde)
De 1 a 2 años	Días alternos
De 2 a 5 años	No más de dos días seguidos sin ver a cada uno de los padres
De 5 a 9 años	Alternancia semanal, con medio día (mañana o tarde) de convivencia con el progenitor no conviviente durante esa semana
Más de 9 años	Alternancia semanal

⁸⁴ Pérez Martín, Antonio Javier, *“Procedimiento Contencioso, Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho, otros procedimientos contenciosos”*. Capítulo V. La guardia y custodia, pp. 265.

CAPÍTULO III: CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

“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.”⁸⁵

1. Corresponsabilidades parentales:

Con la introducción de la Ley 20.680, toma fuerza además el concepto de corresponsabilidad parental, es decir, ambos padres son responsables de la crianza y educación de sus hijos, buscando una mayor igualdad hacia y desde el niño, niña o adolescente, dejando atrás la prioridad que tenía la madre respecto a este tema, la cuál provenía desde el derecho romano. Este equilibrio entre ambos progenitores ha visto fortalecido el crecimiento y desarrollo psicológico del niño.

El Código Civil menciona que el cuidado personal de los hijos será en forma activa, permanente y equitativa por parte de los padres, no importando si estos viven juntos o separados. La norma redactada en el artículo 224 del mismo cuerpo legal está redactada en términos imperativos, señalando que ambos padres “participarán” en la crianza y educación de sus hijos y no señalando que ambos padres tienen derecho a participar. Le impone al juez el asegurar esta corresponsabilidad al padre no custodio en la vida de sus hijos.

Además, podemos observar que nuestra legislación señala claramente que el padre no custodio no tendrá una posición desventajosa respecto a la participación de la crianza y educación de sus hijos, por lo que no debería ser excluido por el otro progenitor.

⁸⁵ Art. 224 inciso 1 Código Civil

*“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, (...)”*⁸⁶

Este principio pone en el centro a los hijos, no cambiando las responsabilidades de ninguno de los progenitores hacia ellos, incluso si los padres no viven juntos. El ejercicio de la corresponsabilidad tiene como principal desafío el reconocimiento del padre custodio hacia el padre no custodio que este último tiene también el derecho y el deber de participar en las decisiones más importantes de la vida de los hijos. Para ello, se requiere de comunicación y respeto entre los padres, además de colaboración, lo cual como criterio irá modelando las conductas entre los padres respecto al cuidado personal. Se buscará en todo momento el interés superior del hijo como preocupación fundamental.

El respeto que debería existir entre ambos progenitores, Marcela San Martín lo señala como un derecho que tiene el padre no custodio respecto a la relación de sus hijos:

*“Todo padre o madre debe mantener relaciones personales con sus hijos y todo padre y madre debe respetar la relación de sus hijos con el otro padre o madre.”*⁸⁷

*“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.”*⁸⁸

⁸⁶ Art. 229 inciso 3 Código Civil

⁸⁷ Acuña San Martín, Marcela, “La relación paterno-filial en el contexto de corresponsabilidad paternal”

⁸⁸ Art. 222 inciso 1 Código Civil

Volviendo a nuestra legislación, esta participación activa, permanente y equitativa que menciona nuestro Código Civil al describir el principio de corresponsabilidad, debe manifestarse en dos ámbitos fundamentales, la crianza y la educación de los hijos.

1.1 Activa:

Ambos padres deben ejercer su rol en forma presencial respecto a sus hijos, tomando parte activa en las decisiones fundamentales relacionadas con su educación y crianza.

Encontramos como han ido tomando fuerza estos nuevos conceptos, a modo de ejemplo tenemos a la Superintendencia de Educación⁸⁹, quien señala dirigiéndose a los señores sostenedores de establecimientos educacionales del país lo siguiente:

“Es forzoso concluir que los sostenedores, las autoridades y en general todos los funcionarios de los establecimientos educacionales, en relación al padre y la madre, aunque no sean apoderados y no tengan el cuidado personal de sus hijos, están obligados a garantizar y respetar:

- a) Su derecho a asociarse y a participar en las organizaciones de padres y apoderados.*
- b) Su derecho a participar en reuniones de apoderados.*
- c) Su derecho a tener acceso a los informes educativos del alumno de la misma forma que el padre o madre que está registrado como apoderado ante el establecimiento.*
- d) Su derecho a participar en actividades extraescolares, fiestas de fin de curso, paseos, primeras comuniones, día de padre y/o madre.”*

⁸⁹ Ord. Circular 8 CRD N° 0027 con fecha 11 de enero del año 2016

Observamos aquí la prioridad que le dan los establecimientos educacionales a la participación activa de ambos padres, no haciendo distinción alguna entre padres custodios y no custodios.

En diferentes fallos de los Tribunales Superiores de Justicia también se ha confirmado este criterio, por ejemplo, sentencia Corte de Apelaciones de Santiago causa Rol N° 4359-2010:

“(...) 11° Que, si bien del análisis de las disposiciones legales antes transcritas podría concluirse que el padre que tiene el cuidado personal del hijo, excluye al otro progenitor en el proceso formativo de éste, dicha interpretación no es aceptable desde el momento en que las relaciones paterno filiales son complejas, esto es, constituyen a la vez un derecho y un deber, de manera tal que ningún padre, a menos que una sentencia judicial —atendiendo el interés superior del niño— puede ser privado de su derecho ni eximido de su obligación, no solo a tener con su hijo una relación directa y personal sino de participar activamente en cada una de las etapas del desarrollo del menor, pronunciamiento jurisdiccional en tal sentido que no se ha invocado ni se encuentra acreditado en forma legal en estos antecedentes. (...)⁹⁰

1.2 Equitativa:

El principio de corresponsabilidad reconoce mediante este concepto la necesaria distribución equitativa entre ambos progenitores de las diferentes funciones propias de la autoridad parental, especialmente crianza y educación, que son las más relevantes. Lo que se busca es asegurar que los niños

⁹⁰ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago en causa caratulada “Tello y otros contra Liceo Particular Avenida Recoleta”, Rol N° 4359-2010.

puedan lograr el máximo de satisfacción de sus derechos, tal como se ha mencionado anteriormente. Para ello, no importando el tipo de custodia (unilateral o compartida) que exista, nuestro cuerpo legal indica que se debe participar en forma equitativa. Este concepto no se refiere literalmente a una distribución exacta de los deberes y derechos entre ambos padres respecto a sus hijos, sino a la proporcionalidad que cada uno de ellos esté en condiciones de aportar respecto a la materia en cuestión, ya sea en el plano personal o patrimonial.

“Los gastos de educación, crianza y establecimiento de los hijos son de cargo de la sociedad conyugal, según las reglas que tratando de ella se dirán. Si no la hubiere, los padres contribuirán en proporción a sus respectivas facultades económicas.”⁹¹

1.3 Permanente:

La relación directa y regular deberá propender a que padre o madre quien ejerza este régimen, *“mantenga un contacto periódico y estable”⁹²*. Es decir, el contacto deberá ser habitual, constante e inalterable entre los hijos y el padre no custodio.

2. Principio de la corresponsabilidad parental:

Este principio se encuentra reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño:

⁹¹ Art. 230 inciso 1 Código Civil

⁹² Informe de Ley de Corresponsabilidad (Ley N° 20.680)

“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 (...).”⁹³

Este principio fue uno de los principales propósitos de la introducción de la Ley 20.680 a nuestra legislación, fomentando así la participación activa de ambos padres en el cuidado personal de sus hijos, frente a una separación o divorcio, basándose el fundamento de este, en otro principio rector en esta materia, que es el *“interés superior del niño”*.

En cuanto a las decisiones más importantes respecto a la crianza de los hijos, como educación, crianza y bienestar, la corresponsabilidad promueve que ambos padres “deben” participar en este proceso en igualdad de condiciones (este principio plantea en forma imperativa el hecho de la participación de ambos padres, no deja margen para la libre disposición de la elección de poder o no participar en caso de así estimarlo).

Con la incorporación de la Ley 20.680, el principio de corresponsabilidad parental reúne la actuación de ambos progenitores en las necesidades de sus hijos, debiendo aprender ambos padres a compartir la educación y crianza de sus hijos, incluso si viven separados. Los padres deben aprender a relacionarse, coordinarse de esta nueva manera.

El principio de corresponsabilidad parental contribuye al mejor desarrollo de los hijos, ya que pese a que los padres no se encuentren viviendo juntos, ambos progenitores se encuentran presente en forma equitativa en la educación y crianza de sus hijos.

El principio rector en esta materia claramente es el interés superior del niño, ya que mejora la condición de vida de los hijos, al tratar de mitigar los impactos producidos en ellos tras la separación.

⁹³ Art. 18 Convención sobre los Derechos del Niño

El principio de corresponsabilidad parental, entre otros conceptos, se ha sido definido por la autora Fabiola Lathrop, como *“el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos.”*⁹⁴

3. Cuidado personal compartido:

*“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”.*⁹⁵

Históricamente, el artículo 225 del Código Civil, establecía una regla legal de atribución materna respecto al cuidado personal de los hijos, basada entre otros en estereotipos. Cuando la Ley 20.680 es introducida en nuestra legislación, observamos que uno de los principales cambios es precisamente en este artículo, donde se señala que los padres podrán determinar “de común acuerdo”, que el cuidado personal de los hijos, al no vivir juntos sus progenitores, le corresponderá al padre, a la madre o a ambos en forma compartida.

Surge entonces, este tercer régimen de vida, que es el cuidado personal compartido, señalado en el artículo 225 Código Civil.

El principio de corresponsabilidad parental es precisamente el criterio rector que utilizaron nuestros parlamentarios para introducir la Ley 20.680. Se reconoce así que las distintas funciones propias de la autoridad parental, deben ser distribuidas equitativamente entre ambos padres, ya no sería de atribución

⁹⁴ Lathrop, Fabiola, *“Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”*.

Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri. N° 10, junio 2008. Pág 22.

⁹⁵ Art. 225 inciso 2° Código Civil

materna como regla general. Este principio orienta la actuación ambos progenitores respecto de sus hijos, está hecho desde la óptica de los padres, orientándolos así en toda actuación que tenga que ver con la crianza y educación de sus hijos, es decir, está destinado a dirigir el accionar de ambos padres.

Pero tal como lo menciona el artículo 225, este nuevo régimen es un acuerdo, por lo tanto, para que este se lleve a cabo, los padres deben determinarlo de común acuerdo. El juez no podrá atribuir este régimen si uno de los dos progenitores no lo desea, ya que este régimen conlleva compartir diferentes criterios que implican la crianza y educación de los hijos.

3.1 Acuerdo cuidado personal compartido:

“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”.⁹⁶

“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

⁹⁶ Art. 225 inciso 1º Código Civil

*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”.*⁹⁷

Este régimen es una modalidad de la responsabilidad parental, exigiendo un alto grado de acuerdo de los padres, lo que obviamente implica una buena y fluida comunicación en cuanto a los hijos se trata.

No hablamos de un amplio régimen de visitas relacionadas con un régimen unilateral, dado que por muy amplio que este sea, jamás se podría considerar un como un régimen de cuidado personal compartido. Tampoco es un régimen que se comparte, ni es un régimen en conjunto.

Al referirnos al régimen de la modalidad de cuidado personal compartido, estamos señalando un régimen que supone igualdad de derechos entre los progenitores, poniéndose ambos de acuerdo en la crianza y educación de sus hijos, siendo esta una consecuencia directa de la corresponsabilidad de los padres.

Los principios del interés superior del niño y el principio de la igualdad de los padres son los que nuestra legislación y jurisprudencia aplican como criterio al otorgar este régimen.

Los acuerdos se pueden realizar de tres maneras diferentes, según lo señalado por nuestra legislación:

- a) Acuerdo de Cuidado Personal Compartido por Escritura Pública⁹⁸
- b) Acuerdo de Cuidado Personal Compartido mediante Acta extendida ante Oficial del Registro Civil⁹⁹.
- c) Acuerdo de Cuidado Personal compartido regulado dentro del acuerdo

⁹⁷ Art. 225 inciso 3º y 4º Código Civil

⁹⁸ Art. 225 inciso 1º Código Civil

⁹⁹ Art. 225 inciso 1º Código Civil

de relaciones mutuas y con los hijos en caso de separación de hecho.

100

Además podemos encontrar acuerdos procedentes de soluciones colaborativas:

- d) Acuerdo de Cuidado Personal Compartido en sede de mediación aprobado por el Juez de Familia¹⁰¹.
- e) Acuerdo de Cuidado Personal compartido por Avenimiento o Transacción aprobados por el Juez de Familia.
- f) Acuerdo de Cuidado Personal Compartido contenido en Acta de Conciliación en audiencia ante el Juez de Familia.

Es relevante destacar que la ley no otorgó al juez la posibilidad de regular directamente un régimen de cuidado personal compartido, pero claramente la intervención de un juez conciliador podría dar lugar a que influya de manera más directa.¹⁰²

3.2 Criterio y circunstancias para establecer este régimen:

El artículo 225-2 del Código Civil señala lo siguiente:

“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.*

¹⁰⁰ Art. 21 de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil

¹⁰¹ Art. 106 Ley N° 19.968

¹⁰² Informe Ley de Corresponsabilidad (Ley N° 20.680)

- 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.”*

A continuación, señala en el artículo 226 Código Civil:

“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, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda”.

Uno de los factores importante a considerar para determinar este modelo de cuidado personal compartido es la edad del niño, ya que no podemos determinar el mismo régimen para un infante, un impúber o un menor de edad adulto, por lo que este régimen también irá evolucionando a medida que el niño va creciendo.

4. Principales problemas de la legislación actual:

Nuestra legislación solamente considera el régimen de cuidado personal compartido tras existir acuerdo entre los padres. Los jueces se ven imposibilitados de fallar este tipo de régimen al no haber acuerdo, pese a ser en muchos casos la opción más conveniente respecto al interés superior del niño.

Claramente si los padres se separan por falta de entendimiento, un juez no los puede obligar a mantener permanente contacto para definir los lineamientos respecto a la crianza y educación de sus hijos.

Es importante aclarar en este punto, que la ley 20.680 no modificó ninguna materia relacionada con la pensión de alimentos. Cada padre continúa aportando proporcionalmente según la capacidad que cada uno de ellos tenga. Y precisamente vinculada a esta materia en cuestión, es donde se producen las mayores diferencias entre los padres, reflejándose, ya sea por desconocimiento o temor, las decisiones entre los padres de descartar este nuevo régimen de cuidado personal compartido.

En la práctica podemos observar que en la mayoría de los casos, las madres mantienen la titularidad del cuidado personal y solamente si ella es inhabilitada, el padre puede conseguir el cuidado personal de sus hijos.

En la mayoría de los casos, al no haber acuerdo respecto al cuidado personal compartido, los jueces continúan fallando respecto a la relación directa y regular referente a los hijos, fin de semana por medio y la mitad de las vacaciones de los niños. Esta medida no les permite desarrollar el principio de

corresponsabilidad parental, lo cual implica la desvinculación o poca participación en la educación y crianza de sus hijos.

5. Inadmisibilidad de demanda de cuidado personal compartido:

Como ya lo hemos mencionado, al tratarse de un acuerdo que debe ser realizado por ambos padres, este régimen no puede tener origen en una demanda. El juez no está facultado para dictaminar este nuevo régimen tras la entrada en vigencia de la Ley 20.680, si no hay acuerdo entre los progenitores. Si ingresa una demanda solicitando el cuidado personal compartido al tribunal, esta será declarada inadmisibile, por lo anteriormente señalado.

A modo de ejemplo, tenemos la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de junio de 2015, autos Rol N° 2699, en donde la parte requirente ha solicitado la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 225 del Código Civil¹⁰³, para que surta efectos en el proceso sobre demanda de cuidado personal compartido.¹⁰⁴

“(...) En el marco del citado proceso judicial, el conflicto de constitucionalidad planteado a esta Magistratura consiste en determinar si es constitucional o no que, por aplicación del precepto reprochado, no se dé curso a una demanda de cuidado personal compartido, toda vez que se perceptúa que éste sólo procede en el caso de que los padres lo hayan acordado.

A juicio de la parte requirente, ello supondría la vulneración de los derechos a la igualdad ante la ley, a la defensa jurídica y el debido proceso, reconocidos en el artículo 19, numerales 2º y 3º, de la Constitución Política, y de los derechos consagrados en diversos pactos internacionales, en virtud de lo mandatado por el

¹⁰³ Art 225 inc 3: “A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo.”

¹⁰⁴ Tribunal Constitucional, Rol 2699. El proceso se sustancia por la Corte Suprema en sede casación en el fondo, Rol N° 22.881-2014.

artículo 5º de la misma Ley Fundamental. A su vez, también importaría la vulneración del principio de la juridicidad establecido en su artículo 7º” (...)

6. Corresponsabilidad parental en Chile:

Daniela Donoso Hoffmann¹⁰⁵ señala que los progenitores deben formar vínculos para desarrollar la crianza y educación de sus hijos, teniendo ambos padres la misma responsabilidad. El generar apego con los hijos, sea estando presente, involucrándose en sus rutinas u otras actividades por pequeñas que parezcan, los hará crecer seguros y con una autoestima más elevada. Menciona además que *“La corresponsabilidad parental significa para la ley que ambos padres son responsables de la crianza y cuidado de sus hijos; ahora bien llevándolo al plano de crianza, se sabe que en esta generación los padres están presentes en la crianza y cuidado de sus hijos, siendo partícipes de sus vidas. Es importante considerar que la corresponsabilidad o la crianza, se puede dar aunque los padres estén separados; ya que el bien común son los hijos, por lo que es importante entender como mujeres que los hombres no nos “ayudan” a criar, ellos son parte de la crianza, ambos somos responsables de nuestros hijos, por lo que debemos funcionar como un equipo, desde el día uno”*.¹⁰⁶

En Chile, el concepto de corresponsabilidad parental se ha ido introduciendo lentamente. Principalmente, aún son las madres las que “definen” cuanta participación podrá tener o no el padre respecto a la educación y crianza de los hijos. Lamentablemente aún podemos apreciar que por sobre el interés superior del niño, muchas las parejas tienden a sobreponer los problemas que los llevaron al quiebre, en vez de priorizar el bienestar de sus hijos.

Al no tener facultades nuestros jueces para fallar este nuevo régimen, las soluciones colaborativas toman un rol importantísimo, principalmente, pensando en el interés superior de los hijos.

¹⁰⁵ Psicóloga Clínica del Centro Psicológico “Psicología Global”

¹⁰⁶ Donoso Hoffmann, Daniela, “*Qué es la corresponsabilidad Parental*”

7. Jurisprudencia:

Tras la entrada en vigencia de la Ley 20.680, podemos observar como los jueces tienen la facultad de fallar aplicando el interés superior del niño, escogiendo lo que será menos perjudicial tras la separación de sus padres. Ya no es necesario demostrar la inhabilidad del padre o de la madre que ejerce el cuidado personal para cambiar la titularidad de este hacia el otro progenitor, ya que ambos se encuentran en igualdad de condiciones.

Sin embargo, evitando sumar aún más inestabilidad a los hijos y velando por el interés superior de estos, los jueces fallan, en un alto porcentaje, manteniendo la titularidad del cuidado personal en quien actualmente lo ejerce.

María Soledad Quintana Villar¹⁰⁷ nos señala: *“Examinando las sentencias, se aprecia cómo los jueces estiman, la mayoría de las veces, que el interés superior del menor se logrará más cabalmente manteniendo la titularidad del cuidado personal en quien actualmente la detenta, puesto que el cambio de cuidador entrañaría un desarraigo del entorno habitual del menor, con las consecuencias que ello podría acarrear en su estabilidad psíquica, redundando, por ende, en su desarrollo integral, pues, al separarlo de aquello que constituye su ambiente, se lo sometería, una vez más –muy probablemente–, a otro proceso de adaptación.”*¹⁰⁸

Podemos observar en diferentes fallos, a modo de ejemplo, que en el otorgamiento de la titularidad del cuidado personal o en su mantención, manteniendo el criterio anteriormente señalado:

¹⁰⁷ Licenciada en Ciencias Jurídicas y licenciada en Filosofía y Educación por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

¹⁰⁸ Quintana Villar, María Soledad, *“La Titularidad del Cuidado Personal y el Ejercicio de la Relación Directa y Regular a la luz de la Jurisprudencia Actual”*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso no.43 Valparaíso dic. 2014; versión On-line ISSN 0718-6851;

Causa rol 79-2014 de la corte de Apelaciones de Concepción: *“Que, se comparte el parecer jurídico del tribunal a quo, en el sentido que la mantención de las condiciones vigentes de cuidado constituye la opción menos perjudicial a los intereses superiores de los niños en cuestión, preservando así el arraigo actual de ellos con el hogar de la actora y sus familiares cercanos, con su comunidad educacional y de afectos y, además, porque ese fue su deseo, manifestado en la audiencia reservada”.*¹⁰⁹

Causa rol 11782-2014 de la Corte Suprema: *“Que de la lectura de la sentencia de primera instancia, confirmada por la impugnada, se advierte que para negar lugar a la demanda de cuidado personal se dio por establecido que la demandante no logró acreditar que al padre de la menor le asista alguna inhabilidad que haga procedente privarlo del cuidado personal que ejerce desde hace más de dos años por acuerdo de las partes; concluyéndose que tal decisión guarda perfecta conexión con el principio rector del marco regulatorio de los derechos sustantivos establecidos en favor de los menores de edad, esto es, el interés superior del niño, ya que una decisión diferente a la adoptada constituiría una evidente vulneración de los derechos de la niña a vivir en un ambiente que le asegura el sentimiento de pertenencia, esencial para su normal desarrollo”.*¹¹⁰

Nos señala también la jurisprudencia, que el cuidado personal compartido y la corresponsabilidad no significan lo mismo, los padres tienden a confundirlo, por ejemplo, en la sentencia de causa rol 6320-2015 de la Corte Suprema se señala lo siguiente:

¹⁰⁹ Quintana Villar, María Soledad, *“La Titularidad del Cuidado Personal y el Ejercicio de la Relación Directa y Regular a la luz de la Jurisprudencia Actual”*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, cita ejemplo Corte de Apelaciones de Concepción, causa rol 79-2014, considerando cuarto.

¹¹⁰ Quintana Villar, María Soledad, *“La Titularidad del Cuidado Personal y el Ejercicio de la Relación Directa y Regular a la luz de la Jurisprudencia Actual”*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, cita ejemplo Corte Suprema, causa rol 11782-2014, considerando tercero.

“(…) 6º Que, es necesario, asimismo, sostener que cuidado personal compartido y corresponsabilidad no son conceptos sinónimos, pues el primero es un sistema de vida que persigue mantener activa la participación del padre y de la madre en los aspectos señalados durante la vida separada, luego, es una de las tantas formas de ejercitar la corresponsabilidad parental en ese caso, y el segundo es un principio informador en lo tocante a la crianza de los hijos” (…) ¹¹¹

8.1 Jurisprudencia de prescripción de alimentos:

Señala nuestro Código Civil que el derecho de pedir alimentos, no se puede transmitir por causa de muerte, ser vendido o cederse de modo alguno, ni renunciarse. Tampoco puede el que debe alimentos oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba a él.¹¹² La imprescriptibilidad se deduce de lo señalado.

Pero a continuación el mismo texto señala que respecto de las pensiones alimenticias atrasadas, estas si podrán renunciarse o compensarse y lo referente al derecho de demandarlas transmitirse por causa de muerte, venderse y cederse; sin perjuicio de la prescripción que competa al deudor.¹¹³

Tenemos entonces que el derecho a solicitar pensión de alimentos es imprescriptible, pero que una vez decretada y devengada la pensión de alimentos, esta si es prescriptible tras practicada la liquidación del crédito.

Como ejemplo, podemos citar a la Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia fecha 14/10/2010, causa rol155-2010:

“VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

¹¹¹ Corte Suprema de Chile, sentencia causa Rol N°6320-2015, considerando 6°.

¹¹² Art. 334 y 335 Código Civil

¹¹³ Art. 336 Código Civil

(...)Por estas consideraciones y lo dispuesto además en los artículos 1567 y siguientes del Código Civil y 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se declara:

*I. SE REVOCA sin costas, la resolución apelada de treinta y uno de mayo de dos mil diez, en cuanto no dio lugar a declarar la prescripción extintiva alegada de la deuda pretérita de alimentos anterior al año 2005 y, en su lugar, se declara que se acoge la referida excepción opuesta y se declaran prescritas todas las pensiones alimenticias devengadas anteriores a abril de 2005, inclusive. (...)”*¹¹⁴

¹¹⁴ Jurisprudencia de prescripción de pensión de Alimentos, Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa Rol 155-2010

CAPÍTULO IV: OPCIONES DEL PROGENITOR NO CUSTODIO

*"...Es posible que ambos padres compartan con sus hijos tiempos similares de cuidado y que igualmente uno de ellos esté obligado a pasar al otro una pensión (...) La correlación entre la obligación de alimentos y el derecho-deber de cuidado personal de los hijos no está referida o mediada tanto por el tiempo que cada uno pasa con ellos, como sí por las facultades económicas concretas de cada uno..."*¹¹⁵

Tras la separación de los padres, ambos tienen el deber de contribuir a la subsistencia de los hijos. Esta contribución es proporcional a las facultades económicas de cada uno de los padres, no importando quien tenga el cuidado personal del hijo. El padre no custodio no se libera del deber de velar por la educación y crianza de sus hijos, lo cual implica además contribuir en el aspecto económico, principalmente los gastos relacionados con salud, educación y gastos extraordinarios, ya que las necesidades diarias estarían básicamente cubiertas por el padre quien detente el cuidado personal. Tampoco se exonera de vincularse en forma directa y regular con ellos, lo cual está inspirado en el principio de coparentalidad. El niño tiene derecho a relacionarse de igual tiempo y forma con ambos padres.

*"La pérdida de la patria potestad, la suspensión de su ejercicio y la pérdida o suspensión de la tuición de los menores no importa liberar a los padres o guardadores de las obligaciones que les corresponden de acudir a su educación y sustento."*¹¹⁶

Otro punto que se debe considerar, es que el padre no custodio no tiene acción para oponerse a las decisiones del padre custodio, respecto a las materias anteriormente mencionadas.

¹¹⁵ Acuña San Martín, Marcela, *"Cuidado Personal y Obligación de Alimentos"*

¹¹⁶ Art. 43 Ley 16.618 Fija el Texto Definitivo de la Ley de Menores

No solo los padres sufren el duelo de la separación, sino también los hijos. Son estos últimos quienes se ven expuestos al aislamiento de uno de los progenitores, cambio en la cotidianidad, cambio de casa, entre otras situaciones. Como resultado de este proceso, puede ocurrir que uno de los padres manipule y modifique la conciencia de sus hijos, para principalmente destruir los vínculos que los menores tienen con el otro progenitor, conociéndose esta situación como Síndrome de Alineación Parental (SAP). Los hijos que padecen de este síndrome, considerado como una forma de maltrato infantil¹¹⁷, desarrollan un odio injustificado hacia el progenitor alienado¹¹⁸, provocando una grave disminución en la imagen que el hijo tiene respecto a su padre o madre. Este deterioro genera que el niño no sienta orgullo hacia el padre o madre como los demás niños, ya que esa figura parental no la verá con el mismo valor sentimental.

Cuando los padres viven separados y no han podido llegar a un acuerdo, ya sea por falta de comunicación o porque no logran concretar ciertos puntos del acuerdo que están gestionando, deberán recurrir ante un juez, previa mediación obligatoria. Para este tipo de casos, nuestros legisladores crearon una regla de atribución legal supletoria. Esta regla señala que los hijos continuarán bajo el cuidado personal de la madre o el padre con quien se encuentren viviendo.

Atribuido el cuidado personal a uno de ellos, el juez deberá establecer un régimen directo y regular con el padre no custodio, el cual garantice el contacto personal de este padre de una manera activa, equitativa y permanente con el niño,

¹¹⁷ "Algunos de los indicadores para poder detectar síntomas del síndrome de alineación parental son:

- Impedimento por parte de uno de los padres de que el otro progenitor ejerza sus derechos de convivencia con sus hijos.
- Desvalorizar e insultar al otro progenitor en presencia del hijo, tratando cuestiones de pareja que nada tienen que ver con el vínculo con los hijos.
- Implicar al propio entorno familiar y a los amigos para que ataquen al ex cónyuge.
- Subestimar o ridiculizar los sentimientos del niño hacia su padre.
- Incentivar o premiar las conductas despectivas o de rechazo hacia padre / madre.
- Influir en los niños con mentiras sobre el otro progenitor al límite de generar miedo en el niño.",
<http://www.psic.com.ar/como-afecta-la-separacion-a-los-hijos/>

¹¹⁸ Progenitor quien recibe los agravios

niña o adolescente, propendiendo a finalizar con el antiguo régimen de fin de semana por medio y 15 días en las vacaciones. Tras la incorporación de la Ley 20.680, claramente el foco es el bienestar de los hijos, dejando en segundo plano los derechos de ambos padres.

“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. Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a mantener el vínculo, a través del contacto periódico y estable.

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.” ¹¹⁹

Antes de la entrada en vigencia de la ley “amor de papá”, el padre debía acreditar alguna causal calificada o una inhabilidad física o moral de la madre para que el juez le concediera el cuidado personal de sus hijos, siendo esto difícil de lograr.

El artículo 42 de la Ley Nº 16.618 “Ley de Menores” señala al respecto lo siguiente:

“se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

- 1) Cuando estuviesen 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*

¹¹⁹ Ley Fácil, “Igualdad de padre y madre en el cuidado de los hijos”, Biblioteca del Congreso Nacional;

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”.

Hoy día, tanto la madre, como el padre, tendrían las mismas posibilidades de quedarse con el cuidado personal de sus hijos. Como se mencionó, va a depender de con quien se encuentren viviendo tras la separación de los padres, en caso de que no llegasen a un acuerdo de cuidado personal compartido. En todo caso, nuestros legisladores evitarán de ser posible, la separación de los hermanos.¹²⁰

1. Materias a regular:

1.1 Régimen comunicacional:

“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.”¹²¹

El concepto de “*relación directa y regular*” se introduce el año 2013 con la Ley 20.680. Anterior a ello, se hablaba de “*derecho de visitas*”, el cual consistía

¹²⁰ Alcances y objetivos de la Ley Tuición Compartida

¹²¹ Art. 229 inciso 2 Código Civil

básicamente en un régimen entre el padre no custodio y los hijos en compartir fin de semana por medio y 15 días en las vacaciones. Hoy se pretende lograr un nexo mucho más estrecho entre ambos, se busca una participación activa y permanente entre el padre no custodio y sus hijos. Fomentar el desarrollo y la autoestima de los hijos con un padre presente es la finalidad que busca esta nueva ley, lo que va de la mano con lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala:

*“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.”*¹²²

El régimen de relación directa y regular se puede regular de las siguientes maneras:

- a) Mediante un acuerdo entre ambos padres otorgado por escritura pública o acta extendida ante Oficial del Registro Civil.¹²³

Se debe fijar la frecuencia y la libertad con la que el padre no custodio mantendrá esta relación comunicacional con sus hijos.

- b) Por vía judicial, en subsidio.¹²⁴

Tras fracasado el intento de acuerdo y la mediación, el juez fijará la frecuencia y libertad con la que el padre no custodio ejercerá el régimen de relación directa y regular, fomentando fortalecer relación sana y cercana entre el padre o madre que no tenga el cuidado personal y el hijo.

Ya sea se determine este régimen mediante un acuerdo o judicialmente, se tendrán las siguientes consideraciones presente:

- a) La edad del hijo.

¹²² Art. 9 N° 3 Convención sobre los Derechos del Niño

¹²³ Art. 225 inciso 1 Código Civil

¹²⁴ Art. 229-2 Código Civil

- 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.¹²⁵

1.2 Alimentos:

El derecho de alimentos o la obligación de alimentos tiene como principal fuente la ley ¹²⁶. Si bien no se encuentra definido en el Código Civil, ni en leyes especiales, la doctrina ha señalado algunas definiciones, por ejemplo:

Enrique Rossel Saavedra la define de la siguiente manera: *“Las prestaciones a que está obligada una persona respecto de otra de todo aquello que resulte necesario para satisfacer las necesidades de la existencia.”*¹²⁷

René Ramos Pazos, define el derecho de alimentos como *“aquél que la ley otorga a una persona para demandar de otra, que cuenta con los medios para proporcionárselos, lo que necesite para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, que debe cubrir a lo menos el sustento,*

¹²⁵ Pincheira Barrios, Marcos, “Derecho de visitas”

¹²⁶ Art. 321 Código Civil,

“Se deben alimentos:

1º. Al cónyuge;

2º. A los descendientes;

3º. A los ascendientes;

4º. A los hermanos, y

5º. Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada.

La acción del donante se dirigirá contra el donatario.

No se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se los niegue.”

¹²⁷ Rossel Saavedra, Enrique, “Manual de Derecho de Familia” (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1994, séptima edición actualizada), pág. 334.

habitación, vestidos, salud, movilización, enseñanza básica y media, aprendizaje de alguna profesión u oficio.” ¹²⁸

Según lo señalado en el Código Civil¹²⁹, *“los alimentos concedidos a los descendientes y a los hermanos se devengarán hasta que cumplan veintiún años, salvo que estén estudiando una profesión u oficio, caso en el cual cesarán a los veintiocho años; que les afecte una incapacidad física o mental que les impida subsistir por sí mismos, o que, por circunstancias calificadas, el juez los considere indispensables para su subsistencia.”*

Este derecho a pedir alimentos es irrenunciable¹³⁰, imprescriptible¹³¹, intransferible¹³² e inembargable¹³³, tampoco admite compensación. Estos alimentos que señala nuestro Derecho de Familia se basa en los siguientes principios:¹³⁴

- a) principio de protección a la familia;
- b) principio de protección al matrimonio;
- c) principio de protección al interés superior de los menores; y
- d) principio de protección al cónyuge más débil

¹²⁸ Ramos Pazos, René, *“Derecho de Familia”*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2000, tercera edición actualizada, Tomo II, p. 499.

¹²⁹ Art. 332 inciso 2 del Código Civil

¹³⁰ Art. 334 del Código Civil

¹³¹ La imprescriptibilidad se refiere al derecho mismo, es decir a la facultad de pedir alimentos, pero no a las pensiones alimenticias decretadas y devengadas, *“Derecho de Alimentos”*, Juan Andrés Orrego Acuña.

¹³² Art. 334 del Código Civil

¹³³ Art. 445 número 3 del Código de Procedimiento Civil y artículo 1618 del Código Civil

¹³⁴ Orrego Acuña, Juan Andrés, *“Derecho de Alimentos”*.

Entre los diferentes tipos de alimentos, podemos encontrar los siguientes: forzosos o legales¹³⁵ y voluntarios¹³⁶; provisorios¹³⁷ y definitivos¹³⁸ y finalmente existe la clasificación si estos son congruos¹³⁹ o necesarios¹⁴⁰.

1.3 Decisiones más importantes en la vida del niño:

Existen ciertas decisiones que van marcando el crecimiento y desarrollo de los hijos. Cuando los padres viven juntos, estas decisiones son difíciles de tomar dada su importancia. Al encontrarse separados, estas decisiones presentan aún un mayor grado de dificultad, ya sea por la difícil comunicación entre los padres o porque las decisiones son tomadas unilateralmente por el padre o madre quien tiene la custodia.

Nos referimos por ejemplo, al tipo de educación del niño, si asistirá a colegios laicos o a colegios religiosos; o si profesará o no alguna religión y en caso de practicarla, cual de ellas será, etc. Las decisiones correspondientes a estos temas son de gran importancia de la vida de un niño.

2. Acuerdo dependiente exclusivamente de la voluntad de las partes:

¹³⁵ Reglamentados en los artículos 321 al 337 del Código Civil y en la Ley 14.908 “Sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias”

¹³⁶ Otorgados por testamento o por donación entre vivos

¹³⁷ Art. 327 del Código Civil y en el artículo 4º de la Ley 14.908 “Sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias”

¹³⁸ Se deben desde la primera demanda, artículo 331 y 332 del Código Civil

¹³⁹ Los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social”, inciso 1º artículo 323 del Código Civil

¹⁴⁰ “El cónyuge que haya dado causa a la separación judicial por su culpa, tendrá derecho para que el otro cónyuge lo provea de lo que necesite para su modesta sustentación”, artículo 175 del Código Civil

Como mencionamos anteriormente, estamos hablando de un acuerdo, por lo que la materialización de este régimen dependerá exclusivamente de la voluntad de las partes.

Al entrar en vigencia la Ley 20.680, los padres quienes hasta ese momento solo podían optar por aumentar la frecuencia de la relación directa y regular con sus hijos, ven la posibilidad de jugar un rol verdaderamente activo en la crianza de ellos, pudiendo compartir igualitariamente las tareas diarias que ello implica. Pero tras ser publicada esta ley, prontamente los progenitores se encontraron con que la materialización de este nuevo régimen dependería exclusivamente de la voluntad de las partes, por lo que, al no haber acuerdo, volverían a estar en la misma posición de antes de entrada en vigencia esta nueva ley, es decir, uno de los padres detentará el cuidado personal y el otro solo podrá solicitar relación directa y regular, con más o menos frecuencia, según lo que determine el juez.

Con el pasar del tiempo, aunque ha sido un proceso lento, los padres han ido entendiendo que ambos tiene el mismo derecho a participar en la crianza y educación de sus hijos. El padre no custodio no debe tomar un rol pasivo respecto a ello.

Muchos padres no custodios quisieran estar más presente en dicha función, razón por la cual se organizaron, manifestándose públicamente, lo que dio origen a la *“Ley Amor de Papá”*, la cual introduce ciertas modificaciones al Código Civil, fundadas en ciertos principios como en el interés superior del niño, corresponsabilidad parental y coparentalidad.

Pero nos encontramos ante una realidad que está por sobre lo que nuestra legislación puede determinar y es que al no haber acuerdo respecto del cuidado personal de los hijos, el juez está imposibilitado de fallar este tipo de régimen. Este hecho nos lleva al punto de estar prácticamente en la misma situación que antes de dictada esta nueva ley, es decir, en la mayoría de los casos, dependerá de la voluntad de la madre si accede o no a este régimen.

El cuidado personal compartido a solicitud de uno de los padres es una realidad que excepcionalmente es impuesta por el juez, y cuando éste la otorga, deja igualmente establecido un régimen alternativo en caso de fallar este acuerdo a falta de comunicación de los padres.

Esta falta de comunicación suele ser una de las principales razones por las que el juez falla denegando el cuidado personal compartido.

Por lo tanto, surgen en forma inmediata las siguientes preguntas, ¿qué sucede con el padre no custodio al no haber acuerdo y encontrándose éste calificado para hacerse cargo?, ¿quién determina si el padre o la madre están calificados para hacerse cargo del cuidado personal de los hijos?

Es una realidad que el acceder o no al cuidado personal compartido, es una decisión que toma la madre en la mayoría de los casos y ello va a estar determinado dependiendo de cuan traumático haya sido el proceso de separación, entre otros factores. En un alto porcentaje de casos, el padre custodio no logra separar el interés superior del niño, respecto del doloroso proceso en el cual se ven afectados como familia. En otros casos, el padre custodio (como mencionábamos que en su mayoría son las madres) dependerá de la pensión alimenticia para poder satisfacer en gran parte las necesidades básicas de sus hijos, por lo que traducido al temor de no ver cubiertas esas necesidades, no acceden al acuerdo.

3. Soluciones colaborativas al conflicto:

“Colaboración. Durante el procedimiento y en la resolución del conflicto, se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas.”¹⁴¹

Se busca promover la resolución no confrontacional entre los padres para resolver los conflictos generados tras la separación de la familia. Además, se busca asegurar en caso de rupturas (matrimoniales o no matrimoniales), que los intereses del cónyuge más débil (económicamente) y del niño sean cubiertos.

La proactividad juega un rol muy importante en los conflictos relacionados con la materia de familia.

El buscar acuerdos, o soluciones a través de estos, es finalmente lo más óptimo a lo que las partes pueden optar, dado que esto implica instancias de desarrollar habilidades de comunicación entre ellos. Toma, a raíz de esto, una gran importancia la instancia de mediación exigida en ciertas materias, evitando así ir a juicio. También podemos ver la preocupación del juez al respecto, al iniciar una audiencia, preguntando a ambas partes si existe posibilidad de llegar a un acuerdo. Si bien es un trámite obligatorio dentro de la sala, está precisamente considerado para buscar una solución al conflicto a través de la comunicación y disposición entre las partes.

Mediación:

“Para los efectos de esta ley, se entiende por mediación aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos.”¹⁴²

¹⁴¹ Art. 14 Ley 19.968, “Crea los Tribunales de Familia”

¹⁴² Art. 103 Ley 19.968, “Crea los Tribunales de Familia”

En materias de alimentos, cuidado personal y régimen directo y personal, el proceso de mediación es obligatorio. El mediador, durante todo el proceso de mediación, deberá velar que se cumplan los principios de igualdad (los participantes del proceso deben encontrarse en igualdad de condiciones para poder adoptar el acuerdo), voluntariedad (en cualquier momento uno de los participantes puede manifestar la voluntad de no seguir adelante con el proceso de mediación), confidencialidad (amparado el mediador por el secreto profesional, además de que nada de lo dicho en el proceso de mediación por alguna de las partes podrá ser invocado en el procedimiento judicial en caso de llevarse a cabo), imparcialidad (debiendo el mediador rechazar el continuar viendo la causa en caso de verse afectado este principio y justificarse ante el juzgado correspondiente), interés superior del niño y opiniones de terceros (el mediador podrá considerar opiniones de terceros no citados a audiencia, teniendo la facultad además de poder citarlos en caso de estimarlo necesario).

Las mediaciones pueden terminar en acuerdos o resultar frustradas. En este segundo caso, se debe continuar con el proceso judicial correspondiente.

Curador ad Litem:

En materia de familia, el Curador ad Litem es *“aquel abogado o abogada, designado por un juez de Tribunales de familia, en representación de un niño, niña o jóvenes, en aquellos casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación, de acuerdo a lo establecido en el Art 19 de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia.”*¹⁴³

Los Curadores ad Litem también juegan una importante labor buscando soluciones colaborativas al conflicto. Ellos representan la opinión del niño ante el

¹⁴³ Corporación de Asistencia Judicial, Unidad de Curaduría Ad-Litem de la Oficina de Familia de Santiago

juez, y en muchos casos, recién ahí los padres identifican a los hijos como sujetos de derechos independientes a sus derechos como padres. Esta situación hace entender a los progenitores que lo que finalmente se busca es el interés superior de sus hijos, lo que lleva a ceder ante algunas solicitudes del otro padre.

Labor de los operadores jurídicos:

Los abogados también juegan un rol fundamental como colaborador ante la resolución de los conflictos. El asesorar a quienes legalmente representa a llegar a algún tipo de acuerdo en algunos casos (cuando se dan los presupuestos) o explicar lo que el concepto “interés superior del niño” significa, el alcance que este término tiene descosificando al niño, puede ser de gran ayuda a los padres para entender ciertas situaciones.

Consejero Técnico:

“Los Consejeros Técnicos son auxiliares de la administración de justicia cuya función es asesorar individual o colectivamente a los Jueces de Familia conforme al artículo 457 del Código Orgánico de Tribunales.”¹⁴⁴

Esta definición que figura en el “Auto Acordado sobre Gestión y Administración en Tribunales de Familia” es muy similar a la definición de “Consejos Técnicos” que se señala en el Código Orgánico de Tribunales:

“Los consejos técnicos son organismos auxiliares de la administración de justicia, compuestos por profesionales en el número y con los requisitos que establece la ley. Su función es asesorar individual o colectivamente a los jueces con competencia en asuntos de familia, en el análisis y mayor comprensión de los

¹⁴⁴ Art. 34 inciso 1 Acta 98-2009, Auto Acordado sobre Gestión y Administración en Tribunales de Familia

*asuntos sometidos a su conocimiento en el ámbito de su especialidad.”*¹⁴⁵

Como podemos observar, se define en forma prácticamente idéntica a los consejeros técnicos y al consejo técnico, pero claramente no son lo mismo. Los consejeros técnicos son miembros del consejo técnico.

La Ley 19.968 “*Crea los Tribunales de Familia*” nos señala cuales son las principales funciones de los profesionales del consejo técnico:

- “a) Asistir a las audiencias de juicio a que sean citados con el objetivo de emitir las opiniones técnicas que le sean solicitadas;*
- b) Asesorar al juez para la adecuada comparecencia y declaración del niño, niña o adolescente;*
- c) Evaluar, a requerimiento del juez, la pertinencia de derivar a mediación o aconsejar conciliación entre las partes, y sugerir los términos en que esta última pudiere llevarse a cabo, y*
- d) Asesorar al juez, a requerimiento de éste, en la evaluación del riesgo a que se refiere el artículo 7º de la ley Nº 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, y*
- e) Asesorar al juez en todas las materias relacionadas con su especialidad.”*¹⁴⁶

Dentro de la misma ley, las funciones de los consejeros técnicos se encuentran definidas además en diferentes artículos:

“Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del

¹⁴⁵ Art. 457 inciso 1 Código Orgánico de Tribunales

¹⁴⁶ Art. 5 Ley 19.968 “*Crea los Tribunales de Familia*”

niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar. Las medidas cautelares podrán llevarse a efecto aun antes de notificarse a la persona contra quien se dicten, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene expresamente. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El juez de familia podrá ampliar este plazo por motivos fundados.

Aun cuando no existe expresa alusión a la participación del consejo técnico, el dejar sin efecto las medidas cautelares, sugiere la intervención del consejo técnico, en concordancia con el artículo 7° de la ley 20.066 y la letra a) del acta 93-2005 de la Excma de la Corte Suprema que señalar: el consejo técnico emite opinión respecto a los factores de riesgo que el Juez tendrá en consideración y respecto a las medidas cautelares en directa relación con el artículo 81 de la misma ley 19.968.”¹⁴⁷

“Testigos niños, niñas o adolescentes. El testigo niño, niña o adolescente sólo será interrogado por el juez, debiendo las partes dirigir las preguntas por su intermedio. Excepcionalmente, el juez podrá autorizar el interrogatorio directo del niño, niña o adolescente, cuando por su grado de madurez se estime que ello no afectará su persona.”¹⁴⁸

Respecto a este artículo, señala la Asociación Nacional de Consejeros Técnicos que es posible extender la presencia de consejo técnico por homologación, tanto para oír la opinión de los niños, como la declaración de testigos niños.¹⁴⁹

Y por último, la misma ley nos señala lo siguiente:

¹⁴⁷ Art. 22 inciso 1 y 3 Ley 19.968

¹⁴⁸ Art. 41 Ley 19.968

¹⁴⁹ Asociación Nacional de Consejeros Técnicos del Poder Judicial, “*Funciones de los Consejos Técnicos en la Judicatura de Familia*”.

*“Audiencia de juicio. La audiencia se llevará a efecto en un solo acto, pudiendo prolongarse en sesiones sucesivas si fuere necesario, y tendrá por objetivo recibir la prueba admitida por el tribunal y la decretada por éste. (...) 4) Adoptar las medidas necesarias para garantizar su adecuado desarrollo, pudiendo disponer la presencia en ellas de uno o más miembros del consejo técnico.”*¹⁵⁰

Sergio Andrés Henríquez Galindo¹⁵¹ define al consejero técnico de la siguiente manera:

*“Es un auxiliar de la administración de justicia, un profesional trabajador social, orientador familiar o psicólogo con formación de postgrado acreditada en materia de infancia, adolescencia y familia, que realiza labores de asesoría al juez de familia. Es la persona, el funcionario público que desarrolla la función individual del consejo técnico, y puede actuar en audiencia o bien por escrito, emitiendo su parecer profesional sobre una materia y causa determinada. No es un perito, pues no desarrolla un peritaje ni realiza informes periciales. No es parte en la causa, pues auxilia al juez. No es Juez tampoco pues sus opiniones no son vinculantes para el juez en el ejercicio de su jurisdicción. No es parte, no es juez, no es perito, pero sus opiniones pueden ser consideradas por el Juez. Es desde esta perspectiva, una figura particular, y se aproxima mucho a un «amicus curiae», tercero que tiene una voz autorizada, en este caso por su formación profesional, frente a casos de reconocida complejidad interdisciplinaria, tales como violencia intrafamiliar o vulneración grave de derechos, entre otras materias.”*¹⁵²

¹⁵⁰ Art. 63 Ley 19.968, “Crea los Tribunales de Familia”

¹⁵¹ Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Magíster en Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia de la Universidad Diego Portales. Magíster (c) en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina.

¹⁵² Henríquez Galindo, Sergio Andrés, “El Consejo Técnico de los Tribunales de Familia de Chile. Regulación, límites y proyección”, Revista de Derecho, Escuela de Postgrado Universidad de Chile ISSN 0719-1731 • NÚM. 9 (2017) PÁGS. 134-170 • DOI 10.5354/0719-5516.2017.48394;

4. Interdisciplinarietà:

La Convención sobre los Derechos del Niño crea un nuevo derecho, la doctrina de la protección integral considera al niño y al adolescente en su condición de sujetos de derecho, terminando así con la antigua consideración de ser objetos de derecho (u objetos de protección).

El interés superior del niño es el principio más importante que los jueces deben considerar cuando hay niños involucrados en una causa. Este principio requiere ser interpretado caso a caso y siempre teniendo en consideración que el niño o adolescente debe tener *“el suficiente entendimiento e inteligencia para ser capaces de tomar una decisión [informada] a su propio cargo.”*¹⁵³ Para ello, el juez se puede apoyar además de la autonomía del niño, en pruebas técnicas de encontrarlo necesario y fundar así su decisión.

Pero como todos sabemos, el derecho no es absoluto. En algunas situaciones, es justamente la irracionalidad de la decisión del niño o adolescente la que se debe tener en cuenta para revocar la misma.

Se establece así un nuevo paradigma para actuar en el sistema judicial en los asuntos referentes a niños y adolescentes, en el que se comprometen los operadores judiciales, el servicio social, el Ministerio Público, la seguridad pública entre otros, en razón de su contenido interdisciplinario.

Precisamente recogiendo todas estas inquietudes, nuestros legisladores el día 25 de agosto del año 2004 promulgan la Ley 19.968 *“Crea los Tribunales de Familia”*.

“Judicatura especializada. Créanse los juzgados de familia, encargados de conocer los asuntos de que trata esta ley y los que les encomienden otras leyes generales y especiales, de juzgarlos y hacer ejecutar lo juzgado.

¹⁵³ Lovera Parmo, Domingo, “Razonamiento Judicial y Derechos del niño: de Ventrílocuos y Marionetas”, pág. 55

*Estos juzgados formarán parte del Poder Judicial y tendrán la estructura, organización y competencia que la presente ley establece.”*¹⁵⁴

En esta nueva estructura interactúan diferentes disciplinas, buscando todas ellas dar la mejor asesoría al juez, para que él pueda tomar decisiones lo más informado posible, resolviendo cada caso sometido a su conocimiento.

“Integración. En cada juzgado de familia habrá un consejo técnico interdisciplinario integrado por profesionales especializados en asuntos de familia e infancia.

*Los miembros del consejo técnico son auxiliares de la administración de justicia.”*¹⁵⁵

Surge así esta visión integral, donde los consejos técnicos toman un rol importante a través de la colaboración de sus psicólogos, mediadores y asistentes sociales.

Nuestro sistema judicial se ve rápidamente sobrepasado con audiencias hasta altas horas de la noche, por lo que en septiembre del año 2008 se crea la Ley 20.286 *“Introduce Modificaciones Orgánicas y Procedimentales a la Ley 19.968, que Crea los Tribunales de Familia”*. Aparte de introducir modificaciones orgánicas y procedimientos como lo señala el nombre de la ley, aumentaron los números de juzgados, jueces y funcionarios significativamente a nivel nacional. Además, nacieron instituciones como el Centro de Cumplimiento de Sentencias, Centro de Medidas Cautelares y Centro de Registros, Centro de Atención de Asuntos de Familia (CAAF). En marzo de 2014 la Presidenta de Chile firmó el decreto que crea el Consejo Nacional de la Infancia, un proyecto en el cual participan diferentes Ministerios, tales como el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el Ministerio de Justicia, de Desarrollo Social, de Hacienda, Salud y Educación, buscando mejorar la situación de los niños y adolescentes en nuestro

¹⁵⁴ Art. 1º inciso 1 y 2 Ley 19.968, *“Crea los Tribunales de Familia”*

¹⁵⁵ Art. 6º Ley 19.968, *“Crea los Tribunales de Familia”*

país.

CONCLUSIÓN

La discordancia existente entre la materialización de la Ley 20.680 que favorece a ambos padres para optar al cuidado personal exclusivo y /o compartido de sus hijos y el espíritu del legislador, nos permite señalar que respecto a esta materia, no fue en la práctica lo que los padres esperaban. Ante los ojos del padre no custodio, prácticamente no se tradujo a ningún cambio en la realidad, quedando este padre, exclusivamente dependiente de un acuerdo, en condiciones que ambos progenitores en la mayoría de las ocasiones deben recurrir a tribunales, precisamente porque no acercan posiciones en las diferentes materias que precisan ser reguladas a favor de los hijos.

Por otro lado, nos encontramos ante un Juez de Familia que carece de facultades para fijar un régimen de cuidado personal compartido, aún cuando para el interés superior del niño en algunos casos concretos sea lo más beneficioso.

Pero este nuevo derecho¹⁵⁶, en el que nos encontramos a un juez comprometido con un ideal¹⁵⁷, ha ido revolucionado lentamente en forma positiva el interactuar de los padres frente a la educación y crianza de sus hijos. Hoy día ambos padres están comenzando a entender que requieren de una buena comunicación en favor de los niños, además de respeto y colaboración entre los progenitores.

A lo largo del desarrollo de este trabajo, hemos tocado las principales materias que deben ser resueltas cuando los padres se ven enfrentados al término de una relación y existen hijos de dicho vínculo.

También señalamos el proceso de cómo ha sido esta “descosificación” de los niños en cuanto a sus derechos y la relevancia que tomó principalmente el derecho a que sean oídos.

¹⁵⁶ La introducción de la Ley 20.680 “*Introduce Modificaciones al Código Civil y a Otros Cuerpos Legales, con el Objeto de Proteger la Integridad del Menor en Caso de que los Padres Vivan Separados*”.

¹⁵⁷ Costa Saraiva, João Batista, “*El perfil del juez en el nuevo derecho de la infancia y la adolescencia*”.

Nos referimos también al gran alcance que toma el concepto de “*corresponsabilidad parental*” y el hecho de que ambos padres deberían participar activa, equitativa y permanente en la educación de sus hijos.

Según la mayoría de los casos de separaciones que hemos visto en nuestra sociedad hasta antes del año 2013, existiendo hijos, era la madre quien quedaba con el cuidado personal de ellos y el padre quien mantenía un régimen comunicacional con sus hijos, además de atribuírsele generalmente un pago de pensión de alimentos a este último.

Este nuevo enfoque, tanto judicial como social, que le da la Ley 20.680 a las diferentes materias que deben resolver los padres tras una ruptura, ya sea matrimonial o no, son los propios progenitores quienes han ido conceptualizando la idea de que ambos deben ser parte activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos. Precisamente en estas tres palabras, está plasmado el hecho que afecte de la menor manera posible en el desarrollo y equilibrio emocional de los hijos ante la ruptura de la relación de sus padres. Es primordial que los progenitores logren entender este cambio señalado por la ley, pensando en el interés superior de ellos.

Tras la existencia de este nuevo régimen llamado cuidado personal compartido, surge de inmediato la pregunta entre los padres que deciden compartir el cuidado personal de sus hijos...¿si compartir este régimen tras llegar a un acuerdo es también compartir la pensión alimenticia?...y especialmente nace la duda en los padres que quieren modificar el régimen de cuidado personal unilateral existente a un régimen de cuidado personal compartido, estando ya fijada la pensión de alimentos.

Y la respuesta es NO, dado que esta nueva ley no reguló, ni modificó nada relativo a los alimentos, dependiendo exclusivamente de la capacidad económica de los padres. El régimen de cuidado personal y la relación directa y regular no están relacionados necesariamente con la pensión de alimentos. En este sentido,

el juez continúa resolviendo de la misma forma que hasta antes de entrada en vigencia la ley 20.680.

Encontramos la respuesta en el principio de corresponsabilidad parental. Uno de los puntos que la ley señala claramente aquí, es que la participación en el desarrollo de la crianza y educación de los hijos debe ser equitativa entre ambos padres. Teniendo en cuenta lo que analizamos en este trabajo, se refiere a que cada progenitor buscará asegurar lograr el máximo de satisfacción relacionado con la crianza y educación de sus hijos en el plano material, proporcionalmente a las condiciones que cada uno de los padres esté en condiciones de aportar, dependiendo de sus capacidades económicas.

Las pensiones de alimentos son una de las materias que deben ser reguladas cuando los padres ya no viven juntos, pero esta materia no está vinculada de ninguna manera con quien detente el cuidado personal, ya sea unilateral o compartido.

Por lo tanto, los padres que por el bienestar de sus hijos desean detentar el régimen de cuidado personal compartido, deben plantearse las siguientes interrogantes: ¿dónde vivirán los niños? ¿cuánto tiempo estarán con cada uno de los padres? y ¿cómo dividirán la carga económica?

Respecto al lugar donde vivirán los hijos, lo más frecuente es que ellos alternadamente pasen un tiempo en casa de uno de los padres y luego en casa del otro. Pero respecto de este punto, también tenemos una tercera opción (la cual es poco frecuente) y es que los hijos se quedan viviendo en el hogar que era común y son los padres quienes alternadamente se quedan en este hogar con ellos.

En cuanto al tiempo que pasará cada uno de los padres con sus hijos, hay quienes definen que este régimen será semanal, quincenal, mensual, semestral o anual.

Y por último, respecto a la pensión de alimentos, va a depender de la capacidad económica de cada padre.

Si existe igualdad al respecto, los padres pueden definir dividir en forma equitativa los gastos, independiente a quien se encuentre detentando el cuidado personal de los hijos. También pueden definir, cuando los períodos son mas extensos (un mes, un semestre o un año), que el padre con quien se encuentren viviendo los hijos, será quien se haga cargo económicamente de todos los gastos.

Al no existir igualdad económica entre los padres, ellos deberán llegar a acuerdo de cómo repartirán esta carga, independiente de con quien se encuentren viviendo los hijos. Por ejemplo, pueden definir que de los gastos principales, tales como educación, uniformes, útiles escolares, vestimenta y salud, se hará cargo el padre que tenga mayor capacidad económica. Y respecto de los gastos menores, se hará cargo el padre con quien se encuentren viviendo los hijos.

Como podemos observar, no existe una fórmula única en este nuevo régimen, pero claramente el hecho que haya una buena comunicación entre los padres, favorecerá siempre el desarrollo y bienestar de los hijos.

BIBLIOGRAFÍA

- Acta 98-2009, Auto Acordado sobre Gestión y Administración en Tribunales de Familia, disponible [en línea]
<http://www.cajbiobio.cl/Docs/Editor/4/Documentos/AUTO-ACORDADO-ACTA-98-2009.pdf> [fecha consulta: 31 octubre 2018]
- Acuña San Martín, Marcela, Abogada, último grado académico obtenido: Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España), ejerce docencia en el área disciplinaria de derecho civil en la Universidad de Talca; columnista permanente del sitio MercurioLegal en el área de derecho de Familia desde 2012 a la fecha, disponible [en línea]
http://derecho.ugal.cl/html/facultad/profesores/marcela_acuna.html [fecha consulta: 10 noviembre 2018]
- Acuña San Martín, Marcela, cuidado personal y obligación de alimentos, disponible [en línea]
<http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=906036&Path=/0D/D3/> [fecha consulta: 10 noviembre 2018]
- Acuña San Martín, Marcela, El principio de corresponsabilidad parental, Revista de derecho (Coquimbo), disponible [en línea]
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000200002 [fecha consulta: 15 junio 2018]
- Acuña San Martín, Marcela, la relación paterno-filial en contexto de corresponsabilidad parental, disponible [en línea]
<https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/09/04/La->

relacion-paternofilial-en-contexto-de-corresponsabilidad-parental.aspx [fecha consulta: 10 noviembre 2018]

- Alcances y objetivos de la Ley Tuición Compartida, disponible [en línea] <https://www.padresporsiempre.cl/articulos/alcancesyobjetivos.pdf> [fecha consulta: 16 agosto 2018]
- Asociación Nacional de Consejeros Técnicos del Poder Judicial, “Funciones de los Consejos Técnicos en la Judicatura de Familia”, disponible [en línea] <http://ancot.cl/ancot2/wp-content/uploads/2015/07/informe-de-ddi-de-funciones-cctt.pdf> [fecha consulta: 05 noviembre 2018]
- Barcia Lehmann, Rodrigo. “Custodia Compartida De Los Hijos. Lathrop Gómez, Fabiola”. La Ley, Madrid, 2008, 582 pp. , disponible [en línea] <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19725565016> [fecha consulta: 12 junio 2018]
- Cillero Bruñol, Miguel, Abogado, disponible [en línea] https://www.unicef.org/peru/spanish/Entrevista_Miguel_Cillero.pdf [fecha consulta: 10 septiembre 2018]
- Código Civil Chile, Artículos 26, 159, 160, 175, 179, 222, 224, 225, 225-2, 229, 229-2, 230, 243, 321, 323, 327, 331, 332, 334, 335, 336 y 1618, disponible [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776> [fecha consulta: 12 junio 2018]
- Código Civil y Comercial Argentino, Artículo 649 y 650, disponible [en línea] <http://www.codigocivilonline.com.ar/responsabilidad-parental-arts-638-a-704/> [fecha consulta: 10 noviembre 2018]
- Código Civil Francés, Artículos 371-1, 373-2 y 373-2-1, disponible [en línea]

www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/ [fecha consulta: 12 junio 2018]

- Código de Procedimiento Civil, Artículo 445, disponible [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22740> [fecha consulta: 10 agosto 2018]
- Código Orgánico de Tribunales, Artículo 457, disponible [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563> [fecha consulta: 10 agosto 2018]
- Constitución Política de la República de Chile de 1980, disponible [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302> [fecha consulta: 10 agosto 2018]
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, Artículo 19, disponible [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=16022&r=1> [fecha consulta: 15 agosto 2018]
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, suscrito por el Gobierno de Chile con fecha 17 de julio de 1980. Artículo 5, 10, 16, disponible [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15606&r=2> [fecha consulta: 10 septiembre 2018]
- Convención sobre los Derechos del Niño, Artículos 1, 2 ,3, 6, 9, 12 y 18, disponible [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15824> [fecha consulta: 15 agosto 2018]

- Corporación de Asistencia Judicial, Unidad de Curaduría Ad-Litem de la Oficina de familia de Santiago, disponible [en línea] <http://www.cajmetro.cl/noticias/unidad-de-curaduria-ad-litem-de-la-oficina-de-familia-de-santiago/> [fecha consulta: 20 junio 2018]
- Corte de Apelaciones de Santiago en causa caratulada “Tello y otros contra Liceo Particular Avenida Recoleta”, Sentencia Rol N° 4359-2010, disponible [en línea] <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [fecha consulta: 10 noviembre 2018]
- Corte Suprema de Chile, sentencia causa Rol N°6320-2015, considerando 6°, disponible [en línea] <http://www.jurischile.com/2015/12/cuidado-personal-compartido-unicamente.html> [fecha consulta: 15 agosto 2018]
- Costa Saraiva, João Batista, El perfil del juez en el nuevo derecho de la infancia y la adolescencia, disponible [en línea] http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Cursoprojur2004/Bibliografia_Sist._Justicia_Juvenil_Mod_4/pdf/perfil%20del%20juez.pdf [fecha consulta: 05 noviembre 2018]
- Couso Salas, Jaime, Licenciado en Derecho de la Universidad Católica de Chile (1992) y abogado (1993), obtuvo su Título de Doctor en Derecho (1997) por la Universidad de Sevilla (España), disponible [en línea] <http://www.tirant.com/editorial/autorList/jaime-couso-salas-32318> [fecha consulta: 15 agosto 2018]
- Couso Salas, Jaime, El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia Interés Superior del Niño, Autonomía progresiva y derecho a ser oído, disponible [en línea] <https://doctrina.vlex.cl/vid/nino-sujeto-derechos-nueva-651244961> [fecha consulta: 15 agosto 2018]

- Declaración de los Derechos del Niño A.G. res.. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 19, ONU Doc. A/4354 (1959), disponible [en línea] <http://hrlibrary.umn.edu/instree/spanish/sk1drc.html> [fecha consulta: 16 agosto 2018]
- Decreto 830, Promulga Convención sobre los Derechos del Niño, suscrito por el Gobierno de Chile con fecha 26 de enero de 1990, disponible [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15824> [fecha consulta: 15 agosto 2018]
- Departamento de Reformas Legales Servicio Nacional de la Mujer, “Cuidado personal compartido”, disponible [en línea] http://app.sernam.cl/descargas/007/doc/2_MINUTA_CPC.pdf [fecha consulta: 20 junio 2018]
- Donoso Hoffmann Daniela, Psicóloga Clínica del Centro Psicológico “Psicología Global”, disponible [en línea] “Qué es la Corresponsabilidad Parental”, <http://www.revolucionmama.com/corresponsabilidad-parental/> [fecha consulta: 29 octubre 2018]
- Espejo Yaksic, Nicolás, Abogado, Magister y Doctor en Derecho, disponible [en línea] <http://www.sistemaspublicos.cl/quien/nicolas-espejo/> [fecha consulta: 29 octubre 2018]
- Espejo Yaksic Nicolás, El desafío de la responsabilidad parental en condiciones democráticas y pluralistas, disponible [en línea] <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2017/07/19/el-desafio-de-la-responsabilidad-parental-en-condiciones-democraticas-y-pluralistas/> [fecha consulta: 29 octubre 2018]

- Henríquez Galindo, Sergio Andrés, Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Magíster en Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia de la Universidad Diego Portales. Magíster (c) en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, disponible [en línea] <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/48394> [fecha consulta: 10 agosto 2018]

- Henríquez Galindo, Sergio Andrés, “El Consejo Técnico de los Tribunales de Familia de Chile. Regulación, límites y proyección”, Revista de Derecho, Escuela de Postgrado Universidad de Chile ISSN 0719-1731 • NÚM. 9 (2017) PÁGS. 134-170 • DOI 10.5354/0719-5516.2017.48394; disponible [en línea] <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/download/48394/51006/> [fecha consulta: 10 noviembre 2018]

- <https://familiaescuelacomunidadwick.wordpress.com/2017/05/26/tipos-de-familia-y-su-composicion/> [fecha consulta: 15 junio 2018]

- <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/defensoria-de-los-derechos-de-la-ninez> [fecha consulta: 18 diciembre 2018]

- <https://www.gob.cl/noticias/presidente-pinera-promulgo-la-ley-que-crea-la-subsecretaria-de-la-ninez/> [fecha consulta: 06 agosto 2018]

- <https://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/> [fecha consulta: 06 agosto 2018]

- <https://www.humanium.org/es/historia/> [fecha consulta: 18 diciembre 2018]

- <http://www.juzgadodefamilia.cl/home/los-5-errores-mas-comunes> [fecha consulta: 10 noviembre 2018]

- <http://www.oea.org/es/>: [fecha consulta: 18 junio 2018]
- <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx> [fecha consulta: 15 agosto 2018]
- <http://www.psic.com.ar/como-afecta-la-separacion-a-los-hijos/> PAMELA ARRIOLA [fecha consulta: 15 junio 2018]
- <http://www.revolucionmama.com/corresponsabilidad-parental/> [fecha consulta: 15 junio 2018]
- <http://www.senado.cl/senado/site/artic/20130315/pags/20130315152318.html> [fecha consulta: 10 noviembre 2018]
- <http://www.un.org/es/development/devagenda/humanrights.shtml>: [fecha consulta: 15 junio 2018]
- https://www.unicef.org/peru/spanish/Entrevista_Miguel_Cillero.pdf [fecha consulta: 15 agosto 2018]
- https://www.unicef.org/spanish/about/who/index_history.html [fecha consulta: 18 diciembre 2018]
- Informe Ley de Corresponsabilidad (Ley N° 20.680), Unidad de Mediación- Ministerio de Justicia, disponible [en línea] <https://www.mediacionchile.cl/media/2015/11/informe-corresponsabilidad.pdf> [fecha consulta: 18 junio 2018]
- Jurisprudencia de prescripción de pensión de Alimentos, Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa Rol 155-2010, disponible [en línea]

<http://www.todojuicio.cl/abogados/familia/prescripcion-de-pensiones-de-alimentos/> [fecha consulta: 10 noviembre 2018]

- La bitácora del caso Atala, disponible [en línea] <http://diario.latercera.com/edicionimpresa/la-bitacora-del-caso-atala/> [fecha consulta: 15 junio 2018]
- Lathrop Gómez, Fabiola, Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca, España; Profesora Academia Judicial; Miembro Comisión de Cursos de Actualización y Formación Profesional del colegio de Abogados de Chile, disponible [en línea] http://web.derecho.uchile.cl/pregrado/2011_1/curri_d.php?recordID=306 [fecha consulta: 31 octubre 2018]
- Lathrop Gómez, Fabiola, Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos, Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri. N° 10, julio 2008. 22 pp., disponible [en línea] <http://fundacionfueyo.udp.cl/wp-content/uploads/2018/05/Revista-Fueyo-10.pdf> [fecha consulta: 31 octubre 2018]
- Lathrop Gómez, Fabiola, Revista Ius et Praxis, Año 16, No. 2, 2010, pp. 167 – 184., disponible [en línea] <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v16n2/art06.pdf> [fecha consulta: 31 octubre 2018]
- Lepin Molina, Cristián, Licenciado en Derecho, Magíster en Derecho Privado por la Universidad de Chile y Doctorando en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, ha sido Profesor de la Universidad de Chile en pre y postgrado, Director de la maestría en Derecho y miembro del Comité Académico de la maestría en Derecho de Familia, Coordinador Académico, y actual Subdirector de la Escuela de Postgrado, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile,

disponible [en línea] <https://idibe.org/organizacion-institucional/d-cristian-lepin-molina/> [fecha consulta: 10 noviembre 2018]

- Lepin Molina, Cristián, Reformas a las Relaciones Paterno-Filiales. Análisis de la Ley N° 20.680, disponible [en línea] <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/126677> [fecha consulta: 12 septiembre 2018]
- Ley Fácil, Igualdad de padre y madre en el cuidado de los hijos, Biblioteca del Congreso Nacional; disponible [en línea] <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/igualdad-de-padre-y-madre-en-el-cuidado-de-los-hijos> [fecha consulta: 16 agosto 2018]
- Ley 14.908 *“Fija el Texto Definitivo y Refundido de la ley Número 5.750, con las Modificaciones Introducidas por la ley Número 14.550”*, disponible [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=27977> [fecha consulta: 14 septiembre 2018]
- Ley 16.618 *“Fija el Texto Definitivo de la Ley de Menores”*, disponible [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28581> [fecha consulta: 14 septiembre 2018]
- Ley 19.585 *“Modifica el Código Civil y Otros Cuerpos Legales en Materia de Filiación”*, disponible [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=126366&r=1> [fecha consulta: 14 septiembre 2018]
- Ley 19.947 *“Establece nueva Ley de Matrimonio Civil”*, disponible [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=225128> [fecha consulta: 14 septiembre 2018]

- Ley 19.968 “*Crea los Tribunales de Familia*”, disponible [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557> [fecha consulta: 14 septiembre 2018]
- Ley 20.680 “*Introduce Modificaciones al Código Civil y a Otros Cuerpos Legales, con el Objeto de Proteger la Integridad del Menor en Caso de que los Padres Vivan Separados*”, disponible [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1052090> [fecha consulta: 14 septiembre 2018]
- Ley 21.067 “*Crea la Defensoría de los Derechos de la niñez*”, disponible [en línea] <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1114173> [fecha consulta: 18 diciembre 2018]
- Lovera Parmo, Domingo, Razonamiento judicial y derechos del niño: De ventrílocuos y Marionetas, pág.55, disponible [en línea] http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/Justicia_y_Derecho_10_finalweb2008_arreglado.pdf [fecha consulta: 10 noviembre 2018]
- Ord. Circular 8 CRD N° 0027 con fecha 11 de enero del año 2016, Superintendencia de Educación, disponible [en línea] https://www.supereduc.cl/wp-content/uploads/2017/05/ORD_N_0027_FIJA_SENTIDO_Y_ALCANCE_DE_LAS_DIPOSICIONES SOBRE_DERECHO_DE_PADRES_Y_APODERADOS_EN_AMBITO_DE_EDUCACION-1-3.pdf [fecha consulta: 10 noviembre 2018]
- Orrego Acuña, Juan Andrés, Derecho de alimentos, disponible [en línea] <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho-de-familia/> [fecha consulta: 18 junio 2018]

- Pérez Martín, Antonio Javier, Procedimiento Contencioso. Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho, otros procedimientos contenciosos. Capítulo V. La guardia y custodia, pp. 265 disponible [en línea] https://books.google.cl/books?id=3YxVzm_D5S0C&pg=PA265&lpg=PA265&dq [fecha consulta: 31 octubre 2018]
- Pincheira Barrios, Marcos, Derecho de visitas, Marcos Pincheira Barrios, Derecho de visitas, disponible [en línea] <https://dudalegal.cl/derecho-de-visitas.html> [fecha consulta: 31 octubre 2018]
- Quintana Villar María Soledad, Licenciada en Ciencias Jurídicas y licenciada en Filosofía y Educación por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, “La Titularidad del Cuidado Personal y el Ejercicio de la Relación Directa y Regular a la luz de la Jurisprudencia Actual”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIII (Valparaíso, Chile, 2º semestre de 2014, pp. 241 – 258), autora cita jurisprudencia Corte de Apelaciones de Concepción, causa rol 79-2014 y Corte Suprema, causa rol 11782-2014, considerando tercero disponible [en línea] <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n43/a06.pdf> [fecha consulta: 10 octubre 2018] y Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso no.43 Valparaíso dic. 2014; versión On-line ISSN 0718-6851, disponible [en línea] https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000200006 [fecha consulta: 10 octubre 2018]
- Ramos Pazos, René, “Derecho de Familia”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2000, tercera edición actualizada, Tomo II, p. 499. Citado por Juan Andrés Orrego Acuña, “Derecho de Alimentos”, pág 1, disponible [en línea] <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho-de-familia/> [fecha consulta: 10 noviembre 2018]

- Rossel, Saavedra, Enrique, “Manual de Derecho de Familia” (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1994, séptima edición actualizada), pág. 334. Citado por Juan Andrés Orrego Acuña, “Derecho de Alimentos”, pág 1, disponible [en línea] <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho-de-familia/> [fecha consulta: 10 noviembre 2018]

- Salzberg, Beatriz, Los niños no se divorcian, disponible [en línea] http://www.escuelapsicoanalitica.com/wp-content/uploads/2014/06/AECPNA_02_losninosnosedivorcian.pdf [fecha consulta: 18 junio 2018]

- Sentencia 597/2014 de 15 de setiembre, Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18), España, disponible [en línea] <https://www.sepin.es/familia/VerDoc.asp?referencia=SP%2FSENT%2F785156&cod=01-0GA17T1jT0HF1JI0G-0H51LI0mm09P1Gi01b07a1AT1jT07a1Gi0ml0JP1IB2AA0HP0yc1ze0Hb0On0%26A> [fecha consulta: 10 septiembre 2018]

- Tribunal Constitucional, Rol 2699, disponible [en línea] <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente> [fecha consulta: 10 noviembre 2018]