



UNIVERSIDAD
Finis Terrae
VINCE IN BONO MALUM

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

**CUIDADO PERSONAL EN CHILE: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 225
DEL CÓDIGO CIVIL ANTES Y DESPUÉS DE LA DICTACIÓN DE LA
LEY 20.680**

MARÍA FERNANDA NAVEA ZÚÑIGA
GABRIELA COLETTE PÉREZ MOENNE LOCCOZ

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

Profesor Guía: Juan Andrés Orrego Acuña

Santiago, Chile

2014

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1. CUIDADO PERSONAL EN CHILE ANTES DE LA LEY 20.680 DE 21 DE JUNIO DE 2013	3
1.1 Breve reseña histórica en Chile	3
1.1.1 Evolución del Cuidado Personal de los hijos	3
a) Cuidado Personal en el Código Civil Originario	3
b) Principales modificaciones introducidas a las normas del cuidado personal a lo largo de la historia.	5
i. Ley N° 5.680 de 13 de septiembre de 1935	5
ii. Ley N° 10.271 de 2 de abril de 1952	5
iii. Ley N° 18.802 de 9 de junio de 1989	7
iv. Ley N° 19.585 de 26 de octubre de 1998: “Ley de Filiación”	7
1.2 Cuidado Personal antes de la entrada en vigencia de la ley 20.680	10
1.2.1 Consideraciones Generales	10
1.2.2 Análisis del Artículo 225 del Código Civil antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.680	11
a) Respecto de la opción que había hecho nuestro legislador, de atribuir el Cuidado Personal a la madre de los hijos menores, si los padres viven separados	12
b) Respecto de la certeza jurídica acerca del Cuidado Personal de los menores y de la titularidad de la Patria Potestad, cuando los padres vivían separados	16
1.2.3 Antiguo artículo 225 en relación con el “Principio de Igualdad ante la ley” contemplado en la constitución.	21
1.2.4 En relación con el principio de “Protección del Interés Superior del niño, niña o adolescentes” Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño	25
1.3 Análisis de jurisprudencia en nuestros tribunales de justicia.	26
CAPÍTULO 2. ARTÍCULO 225 DE LA LEY 20.680 QUE CONSAGRA EL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO”	30
2.1 Historia fidedigna de la modificación al artículo 225 del código civil	30
2.1.1 Primer trámite constitucional: Cámara de Diputados	30
a) Moción Parlamentaria	30
b) Moción Parlamentaria Refundida	32
c) Comisión de Familia	33
d) Indicaciones del Ejecutivo	35
e) Primer Informe de Comisión de Familia	37
f) Discusión en Sala	39
g) Comisión de Constitución	40
h) Discusión en Sala	42

2.1.2 Segundo trámite constitucional: Senado	42
a) Primer Informe de la Comisión de Constitución	42
b) Segundo Informe de Comisión de Constitución	45
c) Discusión en Sala	50
2.1.3 Tercer trámite constitucional: Cámara de Diputados	51
2.1.4 Trámite comisión mixta: senado- cámara de diputados	51
2.1.5 Resultados de votación de últimos trámites	55
2.1.6 Tramite finalización: Cámara de Diputados	55
2.1.7 Conclusión	56
2.2 Principio de Corresponsabilidad Parental	57
2.2.1 Principio de Corresponsabilidad Parental en relación al artículo 225 del Código Civil	59
a) Corresponsabilidad y las Atribuciones del Art. 225 del Código Civil	60
2.2.2 Conclusión	64
2.3 Cuidado Personal Compartido a partir de la entrada en vigencia de la Ley 20.680	65
2.3.1 Consideraciones Generales	64
2.3.2 Modificaciones a las reglas de atribución del cuidado personal del artículo 225 del Código Civil y Cuidado Personal Compartido en Chile.	66
2.3.2.1 El actual artículo 225 del Código Civil dispone	67
2.3.2.2 Nuevo artículo 225-2 Orden de atribución del Juez:	72
2.3.2.3 Cuidado Personal Compartido en Chile	76
2.3.2.4 Desafíos y Preguntas Pendientes	82
CAPÍTULO 3: CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO Y DERECHO COMPARADO	84
3.1 ANÁLISIS DEL TRATAMIENTO DE OTRAS LEGISLACIONES RESPECTO AL CUIDADO PERSONAL	84
3.1.1 En Francia	84
3.1.2 En España	89
3.1.3 En Italia	91
3.1.4 En Argentina	93
3.1.5 En Perú	94
3.1.6 En Brasil	96
3.2 Cuidado Personal Compartido: Derecho Comparado versus actual artículo 225 del Código Civil chileno	99
3.3 Conclusión	104
CONCLUSIONES FINALES	107
BIBLIOGRAFIA	111
ANEXOS	114

INTRODUCCIÓN

El Código Civil Chileno entró en vigencia el 1 de Enero de 1857, en una época en que los roles de los padres estaban expresamente delimitados. La madre se dedicada exclusivamente al cuidado de los hijos y el hogar, mientras que el padre cumplía el rol de proveedor ajeno a este. En esta materia el Código Civil originario en su artículo 223 y 224 consagraba lo siguiente, Artículo 223 *“A la madre divorciada, haya dado o no motivo al divorcio, toca el cuidar personalmente de los hijos menores de cinco años, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad. Sin embargo, no se le confiará el cuidado de los hijos de cualquiera edad o sexo, cuando por la depravación de la madre sea de temer que se perviertan; lo que siempre se presumirá, si ha sido el adulterio de la madre lo que ha dado causa al divorcio. / En estos casos, o en el de hallarse inhabilitada por otra causa, podrá confiarse el cuidado personal de todos los hijos de uno y otro sexo al padre.”* Por su parte, establecía el artículo 224: *“Toca al padre, durante el divorcio, el cuidado personal de los hijos varones, desde que han cumplido cinco años; salvo que por la depravación del padre, o por otras causas de inhabilidad, prefiera el juez confiarlo a la madre”*¹. Estos roles se han mantenido por muchos años, sin embargo, en el último tiempo, y con la evolución que ha sufrido la sociedad en materia de igualdad de género, los roles de hombre y mujer, de padre y madre, no se diferencian con tanta nitidez, y hoy es difícil determinarlos de forma clara y precisa.

Respecto al deber de cuidado que tienen los padres para con los hijos, que se consagraba en el ex inciso 1° del artículo 225 de nuestro código Civil, se disponía que, cuando los padres se separaban, la tuición o cuidado personal recaía en la madre, sin perjuicio de las excepciones que establecía el mismo artículo en los incisos siguientes respecto de la posibilidad de que el cuidado personal eventualmente recaía en el padre, regla supletoria, en virtud de la cual los hijos

¹ Orrego Acuña, Juan Andrés, Estudios de Derecho Privado: *Libro Homenaje al Jurista René Abeliuk Manasevich*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2011, p. 155.

residían y estaban bajo el cuidado personal de su madre, mientras no existiere acuerdo o resolución judicial en contrario. “Solución contraria a la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, que establecen varias soluciones: que dicha atribución sea conjunta, a pesar que los padres no vivan juntos, pero que se puede pedir al juez sea exclusiva en consideración al interés superior del niño (artículo 264 del Código Civil argentino y artículos 155 y 155bis del Codice Civile)”²

Asimismo, la Ley 19.585, dictada el 26 de octubre de 1998 modificó las normas de filiación establecidas en nuestro Código Civil consolidando el principio de igualdad ante la ley de los hijos legítimos y naturales, que pasaron a determinarse matrimoniales y no matrimoniales, no instauró el principio de igualdad de los padres respecto del cuidado personal de los menores.

Todo lo anterior explica que el 21 de junio de 2013 haya entrado en vigencia la Ley 20.680 que, “Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso que sus padres vivan separados”, denominada “Ley amor de Papá” que establece el Cuidado Personal Compartido.

En este trabajo se pretende realizar un análisis del Cuidado Personal en Chile, señalar el tratamiento que la legislación chilena ha otorgado a la materia, partiendo con una breve reseña histórica para luego continuar con un análisis del artículo 225 del Código Civil antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.680. Posteriormente, se realizará una acotada revisión de la tramitación de la Ley, puntualmente de la discusión del artículo 225 para seguir con un análisis de lo que es hoy actualmente dicho el artículo que establece el Cuidado Personal Compartido en nuestro país. Finalmente, se pretende hacer un breve análisis del tratamiento que recibe el Cuidado Personal en el derecho comparado.

² Barcia, Rodrigo, «Fundamentos del derecho De Familia y de la Infancia» Thomson Reuters Puntotext. 2011. Santiago. Pág. 470

CAPÍTULO 1: CUIDADO PERSONAL EN CHILE ANTES DE LA LEY 20.680 DE 21 DE JUNIO DE 2013

1.1 BREVE RESEÑA HISTÓRICA EN CHILE

1.1.1 EVOLUCIÓN DEL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS

Las normas relativas al cuidado personal, en nuestro ordenamiento jurídico, han tenido una importante evolución a lo largo de la historia. Evolución que ha ido acorde a las necesidades de la sociedad, normas que se han ido ajustando con el paso de los años. Es por esto necesario considerar una visión histórica en esta materia, para entender cuáles han sido las normas relativas al cuidado personal del niño que han regido en Chile, y de esta forma facilitar la comprensión del por qué estudiar las eventuales consecuencias que tendrá en nuestro país la reciente Ley 20.680, que entró en vigencia en junio del 2013.

a) CUIDADO PERSONAL EN EL CÓDIGO CIVIL ORIGINARIO

Las normas contenidas en el Código Civil Originario del año 1857, que trataban el cuidado personal, acotaba criterios para asignar el cuidado a lo que era la edad y sexo de los hijos menores. Esto determinaba la atribución del cuidado. Así, las hijas estaban siempre al cuidado de la madre y en el caso de los hijos dependía de su edad.

Las normas son las siguientes:

Artículo 222: *“Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos.”*

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

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

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

Artículo 277, en relación a los hijos naturales: *“Es obligado a cuidar personalmente de los hijos naturales el padre o madre que los haya reconocido, en los mismos términos que lo sería el padre o madre legítimos, según el artículo 222”*

Cabe destacar que en la época en que regían estas normas, se distinguía entre hijos naturales, legítimos e ilegítimos. En aquellos años esto calzaba con la sociedad imperante. Acotado esto, podemos concluir de los citados artículos que:

En condiciones normales los hijos legítimos (concebidos dentro del matrimonio) se encontraban sometidos al cuidado personal de ambos progenitores, de acuerdo al artículo 222 del .C.C. Ahora bien, en caso de divorcio, en virtud del artículo 223 del C.C. la ley atribuía a la madre el cuidado de las hijas de cualquier edad con el límite de los 25 años, que era la mayoría de edad hasta 1943. A partir de ese año se disminuyó a los 21 años y finalmente a partir de 1993 se disminuyó a 18 años, gracias a la Ley 19.221. En el caso de los hijos varones, la madre tenía la tuición hasta que cumplían 5 años, y a partir de esta edad el cuidado personal lo detentaba el padre hasta que el menor fuera mayor de edad.

En este mismo artículo 223 del mencionado cuerpo legal, se destacaba también la presunción de derecho contra la madre que por cometer adulterio y siendo depravada, dio causa el divorcio, caso en el cual se le privaba de la tuición de sus hijos menores. En el caso del padre, en virtud del 224 del C.C., el adulterio no suponía una depravación, y por lo tanto, él podía tener la tuición de sus hijos a partir de los 5 años, o antes de esa edad, cualquiera fuere el sexo del menor, en el caso de haber operado la presunción de derecho contra la madre.

b) PRINCIPALES MODIFICACIONES INTRODUCIDAS A LAS NORMAS DEL CUIDADO PERSONAL A LO LARGO DE LA HISTORIA

Durante la vigencia del Código Civil, es posible constatar pocas pero grandes modificaciones a las normas relativas al Cuidado Personal de los Menores. Ellas corresponden las leyes números 5.680, 10.271, 18.802, 19.585. A continuación, un breve análisis de las modificaciones que cada una introdujo a nuestro Código Civil.

i. Ley N° 5.680, de 13 de septiembre de 1935

La modificación incidió en a la tuición de los hijos varones que le correspondía a la madre que, bajo el Código Civil originario, era hasta que éstos cumplieran los 5 años; con la reforma dicha tuición se extendió a los 10 años de edad. Cumplida esta edad, el niño quedaba bajo el cuidado personal del padre. Respecto de la tuición de las hijas menores de edad que le corresponde a la madre, se mantuvo su regulación sin alteraciones.

ii. Ley N° 10.271, de 2 de abril de 1952

Se modificó lo siguiente:

a) Respecto al Cuidado Personal que detenta la madre:

-El cuidado personal que tenía la madre divorciada, que haya dado motivo o no al divorcio. A ella le corresponde la tuición de los hijos varones menores de 14 años de edad y las hijas menores de edad (a la época, lo eran aquellas que no habían cumplido 21 años).

Para tal efecto, se modificaron los artículos 223 y 224 del Código Civil Originario.

- Se le privaba de la tuición de los menores a la madre, y por lo tanto se le confiaba el cuidado personal de ellos al padre, cuando la madre fuere depravada y

se temiera que los hijos se pervirtieren, cualquiera sea su edad o sexo. O bien, cuando estuviera inhabilitada por alguna otra causa.

-Se eliminó la presunción de derecho contra la madre que cometía adulterio contenida en el artículo 223 del C.C. Ahora, con la dictación de esta Ley, si la causa de divorcio era el adulterio cometido por la madre, esto debía ser considerado por el juez como un antecedente importante para resolver su inhabilidad.

b) Respecto al cuidado personal que detenta el padre:

-Durante el divorcio, tocaba al padre el cuidado personal de los hijos varones cuando estos cumplieren los 14 años, salvo que existiere alguna causa de inhabilidad, caso en el cual el juez debía conferirlo a la madre.

-En caso de que el padre hubiere cometido adulterio, siendo ésta la causa de divorcio, ello debía ser considerado por el juez como un antecedente importante para resolver su inhabilidad.

Las normas del Código Civil, debían complementarse con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley número 16.618, Ley de Menores, que ordenaba aplicar lo dispuesto en los artículos 223 a 227 del Código Civil, a los casos de nulidad de matrimonio, separación de hecho o convencional de los cónyuges y en aquellos en que los padres no estaban unidos en matrimonio. Agregaba el artículo 46 de la Ley de Menores, que si el cónyuge a quien le correspondía la tuición del menor hubiese contraído nuevo matrimonio, el juez podría alterar lo dispuesto en los artículos 223 a 227 del Código Civil, atendida la conveniencia del menor, y conceder la tuición al otro de los padres, siempre que éste no se encontrare en la misma situación ni le afectare alguna inhabilidad. Señalaba asimismo la citada norma que perdería el derecho a la tuición el padre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras éste estaba bajo el cuidado de la madre.

iii. Ley N°18.802, de 9 de junio de 1989

Se reemplazó el artículo 223 del Código Civil por lo siguiente:

-La madre divorciada, que haya dado o no motivo al divorcio, tiene el cuidado personal de los hijos menores. Por lo tanto, se derogó el artículo 224 del C.C., que señalaba que los hijos varones cuando cumplieren 14 años de edad, estarían bajo el cuidado personal del padre.

Sin embargo, se le confiaría el cuidado de los hijos al padre, en el caso que la madre se encontrare inhabilitada, ya sea por su depravación y se tema que pervirtiere a sus hijos, o por alguna otra causa.

-Respecto de la madre o el padre que haya cometido adulterio y esto sea la causa del divorcio, el juez debía considerarlo como un antecedente importante al resolver su inhabilidad.

iv. Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998: “Ley de filiación”

Modificó los artículos 222, 223, 224 y 225 del Código Civil.

Artículo 222: Se reemplazó su tenor que disponía que tocaba de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos, por el nuevo texto, que dispone el *deber de respeto y de obediencia de los hijos respecto de sus padres*.

Esta es una modificación muy importante, es un gran avance, ya que se consagra de forma explícita el Principio de “Interés Superior del hijo” que está consagrado en la Convención de los Derechos del Niño ratificada por Chile en 1990.

Artículo 223: Se modificó y ahora trata sobre el deber de socorro que pesa sobre los hijos respecto de sus padres y demás ascendientes.

Antes de la modificación, este artículo regulaba principalmente el Cuidado Personal en caso de crisis matrimonial. Se desplazó la regulación al artículo 224.

Nuevo artículo 224: En su inciso 1°, corresponde más o menos al del antiguo artículo 222 del C.C., y se refiere al Cuidado Personal de los Hijos Menores, en una situación de normalidad, disponiendo que toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.

Se agregó un inciso 2°, referido a los hijos de filiación no matrimonial y a los hijos de filiación indeterminada³, cuestión a la que no aludía el antiguo artículo 222, circunscrito solamente a la filiación legítima. El inciso 2° del artículo 224 corresponde más o menos al antiguo artículo 277, inciso 1°, que formaba parte de las disposiciones aplicable a los hijos naturales. El actual inciso 2° del artículo 224 dispone que el Cuidado Personal del Hijo de filiación no matrimonial reconocido por uno de los padres, corresponde precisamente a éste. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, el Cuidado Personal corresponderá a la persona que determine el juez.

Artículo 225: Su tenor se refería a la inhabilidad física o moral de ambos padres, materia que después reguló el artículo 226 del C.C. El artículo 225, refundió los antiguos artículos 223 y 224, a los que ya se hizo referencia, regulando la situación cuando los padres viven separados. El inciso 1°, según lo expuesto, atribuye el cuidado personal a la madre. El inciso 2°, alude a la atribución convencional. Es el inciso 3°, dispone la atribución judicial en aquella parte que expresa *“En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres”*.

De esta modificación al 225, algunos autores han señalado que se pone fin al derecho preferente que tiene la madre, dando paso a un derecho que tiene el niño en atención al principio de interés superior del hijo, siendo esto la prioridad que debe tener el juez al momento de determinar cuál de los padres tendrá el cuidado personal. Y por lo tanto, se da paso a la posibilidad de que el niño pueda lograr su

³ La Ley N°19.585 eliminó la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos dejando atrás la discriminación, y además reconoce la filiación no matrimonial.

mayor realización espiritual y material bajo el cuidado de su padre. Algo que jamás se imaginó en la época de dictación del código y que encuadra perfecto con la evolución que ha tenido la sociedad, en que los roles de los padres están cada vez más difusos, y en donde el padre, con el paso del tiempo, ha sentido la necesidad de también tener una participación activa y directa en la crianza y educación de sus hijos, dejando atrás su único rol de proveedor.

Es importante señalar que la madre podía quedar privada del cuidado personal de sus hijos, y detentarlo el padre, en la opinión del menor. Opinión que el juez, en virtud del artículo 227, debía oír y considerar al momento de fallar. El artículo señalaba: *“En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oirá a los hijos y a los parientes.”* Establece el derecho que tiene el niño a ser oído en todo procedimiento que lo afecte, que está consagrado en el artículo 12 número 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A modo de resumen luego de este breve paso por las modificaciones que introdujo cada una de las leyes mencionadas, se puede decir que las Leyes N° 5.680 y 10.271, mantuvieron las reglas contenidas en el Código civil Originario, pero se aumentó la edad y para el cuidado personal de los varones, primero, a los 10 años y luego con la Ley 10.271 a los 14 años. Seguía habiendo distinción por sexo y edad para atribuir cuidado en caso de separación. Posteriormente, con la dictación de la Ley N°18.802, se eliminó tal distinción. Estableció como regla general, en caso de separación de los padres, que el cuidado de los hijos menores de edad correspondería a la madre, y este fue el criterio, dar la preferencia materna, que empezó a regir desde el 1989 con una leve atenuación con la Ley 19.585. Esta Ley mantuvo el criterio, pero la gran innovación fue que habría una posibilidad de que los padres pactaran libre y voluntariamente que uno de los hijos quedara al cuidado del padre. Se incorporó el criterio de atribución convencional, que evidentemente era lo que seguramente muchos estaban esperando con esta “Ley de Filiación”, en cuanto que este debiese ser siempre el criterio rector en caso de que padres estén separados.

La Ley N° 19.585 fue la última modificación al Código Civil Chileno anterior a la Ley 20.680. Que incluye también importantes modificaciones y que marcan un antes y un después en materia de cuidado personal. Es por esto que es de gran relevancia un análisis de las normas relativas al cuidado personal anteriores a la Ley 20.680.

1.2 CUIDADO PERSONAL ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 20.680

1.2.1 CONSIDERACIONES GENERALES

No cabe duda que la relación filial es una de las más esenciales para la configuración de la persona. La relación paterno filial que haya existido, la calidad que ésta haya logrado, son sin duda determinantes para el desarrollo de cada niño, y por cierto, del adulto que vendrá después. De ahí que el derecho reconozca e intente, en la medida de lo posible, asegurar las condiciones mínimas para que el vínculo entre padres e hijos exista, es lo que se ha pretendido desde siempre.

En la legislación Chilena existe un aspecto que es el Cuidado Personal diferenciado del cuidado de los bienes de los hijos, lo que se conoce como Patria Potestad. En cambio, en la mayor parte de las legislaciones de otros países la noción de Patria Potestad, incluye ambos aspectos, vale decir, lo que doctrinariamente se llama Autoridad Paterna y Patria Potestad.

En Chile se distingue, ya que dentro de la Autoridad Parental (antiguamente Autoridad Paterna), que se define como: “El conjunto de derechos y obligaciones que son de contenido eminentemente moral entre padres e hijos”, se encuentra distintas facultades que son, por una parte, el Cuidado Personal y, por otra parte, Régimen comunicacional de relación directa y regular. Por cierto, también están las obligaciones de crianza y educación respecto del niño, con un contenido eminentemente moral en estas relaciones de padres e hijos.

La Autoridad Parental, por lo tanto, se genera como consecuencia del vínculo de filiación que existe entre los padres y los hijos, y en su ejercicio se cumple el mandato legal que hoy en día pasó a estar en primer lugar del artículo 222 del Código Civil, ya que los padres deben procurar la mayor realización espiritual, material posible de sus hijos en ese ejercicio de la Autoridad Paterna.

1.2.2 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 225 DEL CÓDIGO CIVIL ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 20.680

El antiguo artículo 225 del Código Civil disponía:

“Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.

No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse cumpliendo las mismas solemnidades.

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

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

a) Respecto de la opción que había hecho nuestro legislador, de atribuir el cuidado personal a la madre de los hijos menores, si los padres viven separados:

Bajo la vigencia del antiguo artículo 225 del C.C., la ley no admitía que el cuidado personal de los hijos fuera asumido por ambos progenitores, si ellos vivían separados. Puesto que, en un principio, el cuidado personal correspondía a la madre (ex artículo 225, inciso 1º) y por excepción al padre (ex artículo 225, inciso 2). En otras palabras, el cuidado compartido no se admitía ni siquiera por acuerdo de ambos padres. No obstante, estas reglas podían ser modificadas por una resolución judicial (ex artículo 225, inciso 3).

Por ello, debe quedar presente que respecto del cuidado personal de los hijos, se distinguía entre la atribución legal, la atribución convencional y la atribución judicial.

En el caso que establecía el citado artículo, es decir, que los padres vivieran separados, en primer lugar operaba una atribución legal del cuidado personal, pues tocaba a la madre (ex artículo 225, inciso 1º). “En este caso, toca a la madre el cuidado personal de los hijos. En este caso, estamos ante una atribución legal del cuidado personal del hijo, a la madre”⁴ Asimismo, también era posible que operará una atribución convencional, siempre que hubieran los padres convenido que el cuidado personal fuera asumido por el padre, formalizándolo en alguno de los instrumentos señalados en dicho artículo: acta extendida ante Oficial del Registro Civil o escritura pública, y cumpliendo con la subinscripción prevista en la ley (ex inciso 2º de artículo 225). “mediante escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal

⁴ “La Filiación y la Protección de los Incapaces”, Apuntes del Clases del profesor Juan Andrés Orrego Acuña, p.23, en [www. Juanandresorrego.cl](http://www.Juanandresorrego.cl), consultada 6 de julio de 2013

de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse cumpliendo con las mismas solemnidades”⁵

Con todo, la atribución legal (que confería a la madre el cuidado personal) o la atribución convencional (que confería al padre el cuidado personal) podía alterarse, si así lo resolvía el juez de familia competente en virtud de lo dispuesto en el artículo 8°, número 1, de la Ley número 19.968 sobre Tribunales de Familia, siempre y cuando el interés del hijo lo hiciera indispensable. Lo anterior se plantea en virtud que el principio rector en materia de filiación, es el del interés superior de los menores, consagrado fundamentalmente en el artículo 222 del Código Civil. Sin embargo, la decisión judicial, tenía un límite: no se podía modificar la atribución legal entregando el cuidado personal del hijo al padre, o no se podía alterar la atribución convencional confiando el cuidado personal del hijo a la madre, cuando el progenitor que no tenía dicho cuidado personal del hijo y que ahora lo reclama en sede judicial, no hubiere contribuido a la mantención del menor, pudiendo haberlo hecho.

Lo mencionado, obedece a una de las consecuencias previstas en la ley, ante el incumplimiento de la obligación de proporcionar alimentos que recaía sobre el progenitor. En tales casos, si se acreditaba que a la madre o padre que tenía el cuidado personal una causal de inhabilidad física o moral, el juez debía confiar el cuidado personal del hijo a otra persona competente (artículo 226 del C.C.). “En estas materias, es preciso, remarcar además que en el caso de la atribución convencional, el progenitor que hubiere asumido el cuidado personal del menor en la escritura pública o en el acta extendida ante un Oficial del Registro Civil, no podrá invocar *“la ley del contrato”*⁶ consagrada en el artículo 1545 del Código Civil,

⁵ *La Filiación y la Protección de los Incapaces*, Apuntes del Clases del profesor Juan Andrés Orrego Acuña, p.23, en [www. Juanandresorrego.cl](http://www.Juanandresorrego.cl), consultada 6 de julio de 2013

⁶ Creemos que el acuerdo de los progenitores, por medio del cual se atribuye el cuidado personal al padre, es un *“contrato de familia”*, cuya particularidad es que se obligan los contratantes, pero en beneficio de un tercero ajeno a la estipulación, cual es el menor. Se podría calificar como *“Contrato de atribución de cuidado personal del menor”*. Cabe consignar que los *“contratos de familia”* pueden oponerse o distinguirse de los *“contratos puramente patrimoniales”*. Si bien es cierto, algunos de los contratos de familia, ciertamente, tienen también efectos patrimoniales –como ocurre, por lo demás, con el propio contrato de matrimonio–, seguirán siendo, no obstante, contratos de familia, en cuanto a que junto a ellos contienen elementos extrapatrimoniales, que generan deberes jurídicos no valuables en dinero, como ocurre con el deber de

pues sobre ésta, prevalece siempre el interés del hijo, cuando ha sido víctima de maltrato o descuido o cuando “*otra causa calificada*” así lo exija”⁷.

Por el tenor del antiguo inciso 3º, resultaba fundamental la interpretación del juez del concepto indeterminado a que hacía referencia el ex artículo 225 bajo la expresión “*otra causa calificada*”, ya que en virtud de este mandato legal, se le confería al juez la protección del menor, en el sentido, de que si existía alguna tensión entre el derecho de la madre y el interés superior del hijo, siempre debía prevalecer el segundo. Es decir, cuando en la ponderación de los hechos que realiza el juez en el caso concreto, éste se formaba la convicción de que el menor iba a lograr su mayor realización espiritual y material bajo el cuidado de su padre, a éste último se le debía otorgar la tuición. En virtud del principio de interés del niño, se permitía alterar la norma que otorga el cuidado personal a la madre.

En la especie, constituía una “*causa calificada*” en los términos del ex artículo 225 del Código Civil, una ponderación que debía hacer el juez, el que los propios hijos, en una edad en que no era posible desatender sus opiniones, manifestaban su deseo de vivir con el padre, lo que junto a los demás antecedentes del juicio, resultaba atendible y aconsejable, pero siempre y cuando fuera en el interés de los niños.

Existía otro aspecto para otorgar el cuidado personal del menor al padre y no a la madre, como disponía el antiguo artículo 225 inciso 1º, que decía relación con oír

respeto mutuo, el deber de fidelidad, el deber de convivencia, el deber de cohabitación, a propósito del matrimonio; y como ocurre asimismo con algunas de las conductas que debe ejecutar el padre o madre a quien convencionalmente se le atribuya el cuidado del menor, en relación a la persona de dicho menor. Los contratos “*puramente patrimoniales*”, en cambio, son aquellos destinados exclusivamente a crear, modificar, transferir o extinguir un derecho patrimonial o valuable en dinero. En esta hipótesis, la totalidad del contrato regula aspectos patrimoniales. Tal es el caso de todos los contratos regulados en el Código Civil -al menos, con todos aquellos contratos reglamentados explícitamente como tales, pues el relativo a la atribución del cuidado personal del menor no es tratado formalmente por la ley como un contrato, sino como un “*acuerdo*” –artículo 225 del Código Civil, aunque para nosotros, sea igualmente un contrato-, salvo el matrimonio. Algunos de estos contratos pertenecen a la esfera del Derecho de Familia, pero en cuanto tienen un contenido puramente patrimonial, no son “*contratos de familia*”; tal es el caso de las capitulaciones matrimoniales convenidas antes del matrimonio, cuando generan derechos y obligaciones para los esposos; y el pacto mediante el cual se atribuye el ejercicio de la patria potestad, a aquél de los padres que no tenga el cuidado personal del menor (artículo 245, inciso 2º del Código Civil).

⁷ Orrego Acuña, Juan Andrés, ob. Cit. p. 155.

la opinión del propio menor, cuando conforme a su edad y madurez, podía ser recabada por el juez, obligación que pesaba sobre él. Lo anterior se debía a que así lo ordena el propio Código Civil en el artículo 227 inciso 1º, y porque además se encuentra expresamente consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 12 número 2 dispone el derecho del menor a ser escuchado en todo procedimiento que lo afecte: “...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.” Asimismo, parte de la doctrina nacional, en su momento expreso “se considera al niño como sujeto de derechos, y que por ende, los podía hacer vales frente a sus padres como a terceros respaldado por una normativa orgánica y completa cuyo destinatario es el niño, sin distinciones de ninguna clase, dando con ello paso a lo que se conoce como ‘doctrina de la protección integral del menor’”.⁸

Por ende y de acuerdo a lo anterior, en virtud del ex artículo 225 inciso 3º aunque tanto el padre como la madre ofrecieran a sus hijos menores similares condiciones de vida, la balanza bien podía inclinarse a favor del primero, siempre y cuando, la opinión de los hijos fuere concluyente en optar por vivir con él, y si la situación que hubiesen conseguido al vivir con su progenitor, ofrecía garantías suficientes de estabilidad, asegurando por ende una adecuada realización espiritual y material de los menores.

Lo anterior generó que dentro de la doctrina nacional existieran autores que defendían la postura de que es a la madre a quien le correspondía el cuidado personal de los hijos, denominado como derecho natural de la madre, fundamentando que en algunos casos, si bien, el interés superior de los menores podía justificar que la madre fuera privada del cuidado personal de sus hijos, el mismo interés superior servía de fundamento para que se restituyera a la madre dicho cuidado personal. Así lo expresaba René Abeliuk Manasevich, quien

⁸ Baeza Concha, Gloria (con colaboración de Pérez Cabrera, Jaime), *Los Nuevos Tribunales de Familia. Procedimiento Ordinario*, Santiago de Chile, Editorial LexisNexis, año 2005, pp. 1 a 3.

afirmaba: *“Lógicamente, y por obra de la naturaleza, los hijos debe estar al lado de la madre. Sólo situaciones de excepción justifican la alteración de esta regla.”*⁹

No obstante lo anterior, existió una doctrina opuesta que sostenía que, la tesis que privilegia el derecho de la madre, sería inconstitucional y contraria a convenciones internacionales. La profesora Gómez de la Torre, en su oportunidad, señaló *“el artículo 225 del Código Civil debió establecer que, en caso de que los padres vivan separados, el hijo quedará a cargo del padre o madre que mejor pueda otorgarle el cuidado personal y que facilite de manera óptima la vinculación con el otro padre. En la mayoría de los casos será la madre quien califique, pero no siempre es así. A veces será el padre quien permita un mejor desarrollo físico, moral y psíquico del hijo. En igualdad de condiciones de los padres, el hijo deberá permanecer con aquel que mejor asegure su bienestar físico y espiritual, y al mismo tiempo facilite su vinculación con el otro padre.”*¹⁰

Se tratará este tema.

b) Respecto de la certeza jurídica acerca del Cuidado Personal de los menores y de la titularidad de la Patria Potestad, cuando los padres vivían separados

El antiguo artículo 225 inciso 1º del C.C., que se refería al cuidado personal con preferencia maternal, era insatisfactorio en su redacción, ya que al vincularlo con el artículo 245 del mismo cuerpo legal, que trata del ejercicio de la Patria Potestad, ambos en el caso que los padres vivan separados, se podía producir una importante imprecisión, en lo que decía relación a la certeza jurídica que consagraba la norma en cuestión, desde el punto de vista de los terceros que contrataban con la madre del menor, cuando ella debía actuar en su calidad de representante legal de su hijo no emancipado.

⁹ Abeliuk Manasevich, René, *La Filiación y sus efectos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2000, Tomo I, p. 329.

¹⁰ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *El sistema filiativo chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2007, p. 139..

El artículo 245 del C.C. dispone: *“Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, de conformidad al artículo 225. Sin embargo, por acuerdo de los padres, o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse al otro padre la patria potestad. Se aplicará al acuerdo o a la sentencia judicial, las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente.”*

Ello dice relación con el tenor del ex artículo 225 inciso 1º del C.C., ya que podía ocurrir que en más de una ocasión, los terceros no se encontraran debidamente protegidos, puesto que el ordenamiento jurídico no les entregaba la certeza jurídica que para tal acto era necesaria, en el sentido de que si era la madre quien realmente detentaba la representación legal del menor. Ya que si en el caso que los padres vivan separados, de acuerdo al ex artículo 225 del C.C. correspondía en principio y, por el sólo ministerio de la ley, a la madre el cuidado personal del menor y también el ejercicio de la patria potestad, pero podía ocurrir que por un acuerdo de los padres, se podía alterar dicha regla general, si en el marco del mismo, era el padre quien asumía el cuidado personal el padre.

De esta forma, cuando los padres vivían separados, y se estaba frente a una atribución convencional o ante una atribución judicial del cuidado personal, no se presentaban mayores problemas de certeza jurídica, y los terceros que celebraban algún contrato con el progenitor que detentaba el cuidado personal del menor, cuando el objeto de dicho contrato eran derechos que formaban parte del patrimonio de ese menor, podían actuar sin problemas. Lo que dichos terceros necesitaban saber, es cuál de los padres tiene el cuidado personal y ejerce por ende la patria potestad, y para ello, había que distinguir:

1. Si se trataba de la atribución convencional, se debía exhibir a los terceros la copia de la respectiva escritura pública o del acta extendida ante el Oficial del Registro Civil, en ambos casos habiendo efectuado la debida subinscripción al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento; y

2. Si se trataba de la atribución judicial, se debía exhibir a los terceros la copia autorizada de la respectiva sentencia ejecutoriada, debidamente subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, en el mismo plazo previsto para subinscribir el acuerdo, según lo ordena el artículo 227, inciso 2°.

Además, junto con la escritura o el acta o la copia de la sentencia, debía acompañarse un certificado de nacimiento del menor, en el que constare la aludida subinscripción, a efectos de insertarlo al final del contrato que el tercero celebrare con el padre o madre.

En cambio, las dificultades se presentaban para el tercero que pretendía contratar con la madre, cuando ésta alega que vivía separada de su marido o del padre del menor, y reclamaba por ende ser la titular del cuidado personal y de la patria potestad, por atribución legal. En principio, la madre podía aseverar que ni el ex artículo 225 ni el artículo 245 exigían ninguna declaración judicial que venga a refrendar la atribución legal a la madre de las dos potestades filiativas.

Tal como lo sostenía René Abeliuk Manasevich, quien señalaba: *“la tuición corresponde en principio a la madre, sin necesidad de ningún trámite o declaración, con lo que se evita que sea necesario para acreditar la tuición de ella algún trámite judicial (...) basta que no haya ninguna subinscripción en la partida de nacimiento del hijo para que la madre tenga la tuición.”*¹¹ No obstante que lo expuesto se ajustaba a la letra de la ley, en la realidad resultaba evidente que en tal caso, el tercero exigiría certeza en el estado de cosas que invoca la madre, y tal certeza sólo se obtenía por medio de una sentencia judicial que confirmare que existía tal separación de los padres y que por ende era la madre la titular del cuidado personal y de la patria potestad. En el caso de que hubiera existido separación de hecho, era requisito que los cónyuges hubieren dado fecha cierta al cese efectivo de la convivencia y regulado lo concerniente al cuidado personal de los menores, conforme a lo prescrito en la Ley de Matrimonio Civil, mediante alguno de los instrumentos previstos en este cuerpo normativo.

¹¹ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., p. 327.

En una opinión distinta, se planteaba que se debía ir más allá de la sola atribución legal. En tal sentido, Irma Bavestrello Bontá sostenía por su parte: *“Desgraciadamente, la ley no consideró la forma en que la madre puede probar su derecho a la tuición del hijo, que le corresponde al vivir separada de su padre. Para ello, deberá recurrir al Juzgado de Menores solicitando una tuición declaratoria.”*¹² Con la única salvedad de que ahora era necesario recurrir al Juez de Familia (competente conforme al artículo 8 número 1 de la Ley número 19.968, sobre Tribunales de Familia), compartimos en su integridad la reflexión de Bavestrello. Por su parte, Carlos López Díaz, se expresa en similares términos: *“Sabemos que si los padres se separan de hecho la tuición le corresponde en principio a la madre. Pero, no habiendo celebrado ningún pacto respecto de la tuición o cuidado personal del hijo, la madre puede tener dificultades para acreditar los derechos que la ley le otorga, por lo que puede concurrir al tribunal solicitando se reconozca su derecho a la tuición del hijo y por consiguiente su patria potestad. Para tal efecto, el tribunal comprobará el hecho mediante informe de asistente social, sin perjuicio de los demás medios que estime pertinente. La resolución que la reconozca deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del menor a fin que produzca sus efectos respecto de terceros.”*¹³ Adviértase que en opinión del citado autor, la atribución que la ley hace a la madre, no sería oponible a terceros, sino en cuanto se realice la aludida subinscripción.

Los casos en que nuestra legislación da certeza a la separación de los padres se encuentran expresados en la Ley de Matrimonio Civil, donde se alude a la separación de hecho y a la separación judicial de los cónyuges, la nulidad del matrimonio y el divorcio. En estas cuatro hipótesis *“los padres viven separados”*. En los tres últimos casos la vida separada consta en una sentencia judicial, que además, conforme lo exigen los artículos 21, 27 y 55 de la Ley de Matrimonio Civil, debe haberse pronunciado acerca del cuidado personal de los menores, sea

¹² Bavestrello Bontá, Irma, *Derecho de menores*, Santiago de Chile, LexisNexis, año 2003, segunda edición actualizada, p. 62.

¹³ López Díaz, Carlos, *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Santiago de Chile, Librotecnia, año 2005, primera edición, pp. 562 y 563.

regulándolo a falta de propuesta hecho por los padres, sea aprobando el acuerdo regulatorio que los padres hubieren sometido a la revisión judicial, si fuere completo y suficiente. Subsiste el problema de la certeza, sin embargo, en los siguientes casos:

1. “Si se trata de un hijo no matrimonial reconocido por ambos padres, siempre que el reconocimiento de ambos haya sido voluntario, pues si la filiación quedó determinada judicialmente y con oposición del progenitor demandado, éste quedará privado del cuidado personal del menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 203 del Código Civil; y

2. Si se trata de un hijo de filiación matrimonial, cuando los cónyuges se encontraren separados de hecho, pero no hubieren regulado lo concerniente al cuidado personal, conforme a lo previsto en el artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil ni tampoco le hubieren dado fecha cierta al cese de su convivencia, conforme a lo previsto en los artículos 22 o 25 de la misma ley”¹⁴.

Son los casos señalados, entonces, en los que la regla del ex artículo 225, inciso 1º, parece insuficiente para que los terceros queden debidamente protegidos, cuando contraten con la madre que actúe en representación legal del hijo.

Es de acuerdo a lo anteriormente señalado, que era necesario que la ley estableciera que en el caso de vivir separados los padres, el juez atribuirá el cuidado personal de los hijos menores a uno de ellos o a los dos de consuno, debiendo subinscribirse dicha sentencia, igual que en los otros casos de atribución judicial o convencional.

Es así que se puede añadir, que de acuerdo a las características básicas del Cuidado Personal de los hijos en Chile bajo la circunstancia que los padres vivirán separados, analizado anteriormente, donde se establecía una preferencia absoluta por la madre para obtener el cuidado de sus hijos en caso que los padres vivieran separados y una indefensión notoria para los terceros que con ellos podían contratar. Era además, una norma que vulneraba fuertemente el principio

¹⁴ Orrego Acuña, Juan Andrés, ob. Cit. p. 152 y 153.

constitucional consagrado en el artículo 19 número 2 de la Carta Fundamental “Igualdad ante la Ley” que dispone que en Chile hombres y mujeres son iguales ante la Ley, debido fundamentalmente a que los padres veían atropellado el ejercicio de tal derecho al existir la cuestionada norma que no les permitía optar a obtener dicho cuidado.

1.2.3. ANTIGUO ARTÍCULO 225 EN RELACIÓN CON EL “PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY” CONTEMPLADO EN LA CONSTITUCIÓN.

El Principio de Igualdad ante la Ley que consagra nuestra carta fundamental en el artículo 19 número 2 no hace ninguna diferencia en edad, sexo, condición o estirpe. Así lo señaló un fallo de la Corte Suprema en el siglo XIX, donde sentenciaba que todos los habitantes de la República son iguales ante la Ley. A partir del siglo XX rige el principio de generalidad que es “Tratar igual a los iguales”, donde la regla es: todos quienes se encuentren bajo el mismo problema, se rigen por la misma Ley. Asimismo, la Carta Fundamental versa “ni la ley, ni autoridad alguna puede establecer diferencias arbitrarias, se admiten diferencias, pero no arbitrarias. Esto, en relación al tenor del ex artículo 225 del C.C. que establecía la regla preferente a favor de la madre se consideraba inconstitucional, a saber:

La Reforma de la Ley número 19.585, del 26 de octubre de 1998, vigente a partir del 27 de octubre de 1999 denominada “*Ley de Filiación*”, reemplazó, en lo relativo al cuidado personal, el artículo 225, como ya se hizo referencia. No obstante, en los últimos años parte importante de la doctrina nacional, tendió a inclinarse por la tesis de negar el derecho “*natural*” de la madre, y examinar cada caso sin privilegiarla por sobre el padre, además entendió que el artículo ex 225.1º y 3º del CC, violaba el principio de igualdad de los padres y también el de igualdad ante la Ley consagrado en nuestra Carta Fundamental. Tal es la opinión sustentada por Maricruz Gómez de la Torre Vargas y Fabiola Lathrop Gómez.

Así, la profesora Gómez de la Torre expresaba: *“Un sector de la doctrina ha entendido en forma restrictiva el artículo 225 del Código Civil, interpretando que al establecer una preferencia legal respecto de la madre en la atribución del cuidado personal de los hijos, se ha hecho primar el principio del interés superior del menor por sobre el principio de igualdad.”* Frente a este tesis, Gómez de la Torre arguye: *“Disiento de esta posición por cuanto se olvida que tanto el padre como la madre deben tener los mismos derechos frente al cuidado de los hijos, pensando en lo más conveniente para ellos y no partiendo del supuesto de que siempre será el cuidado personal de la madre lo más conveniente. Ello no impide que la edad del menor se considere como elemento relevante a la hora de decidir con quién convivir. Además, esta interpretación restrictiva del artículo 225 del Código Civil es inconstitucional, porque transgrede la garantía de la igualdad (artículo 19 número 1 de la Constitución), al discriminar arbitrariamente al padre. Al mismo tiempo, viola los artículos 17.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y artículo 16, d y f, de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer.”*¹⁵ El citado artículo 17.4, expresa: *“Los Estados Partes deben adoptar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.”* El artículo 16 mencionado, dispone: *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán considerados primordialmente; (...) f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, custodia y adopción...”* Adviértase que la Convención destinada a proteger la condición jurídica de la

¹⁵ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, Ob. Cit, p.p 140 y 141.

mujer, sirve en este caso para fundar el derecho del padre, para ser considerado en igualdad de condiciones que la madre, para la atribución del cuidado personal de los hijos. Concluye Gómez de la Torre expresando: *“En síntesis, el artículo 225 del Código Civil debió establecer que, en caso de que los padres vivan separados, el hijo quedará a cargo del padre o madre que mejor pueda otorgarle el cuidado personal y que facilite de manera óptima la vinculación con el otro padre. En la mayoría de los casos será la madre quien califique, pero no siempre es así. A veces será el padre quien permita un mejor desarrollo físico, moral y psíquico del hijo. En igualdad de condiciones de los padres, el hijo deberá permanecer con aquel que mejor asegure su bienestar físico y espiritual, y al mismo tiempo facilite su vinculación con el otro padre.”*¹⁶

Asimismo, Rodrigo Barcia en su libro Fundamentos del Derecho De Familia y de la Infancia expresa que Fabiola Lathrop también se inclinó por la inconstitucionalidad del antiguo artículo 225.1º del CC, que establecía la regla preferente a favor de la madre. “Las razones de ello se puede sintetizar como las siguientes:

- a) *La falta de idoneidad de la norma, por cuanto no satisface al interés superior del niño como interés constitucional preferente y tampoco es consecuente con su rol de regla supletoria, por cuantos estas reglas reproducen el supuesto arreglo a que habrían llegado los padres antes del conflicto.*
- b) *Falta de proporcionalidad de la norma por cuanto existen otros medios idóneos para evitar que las partes lleguen a tribunales, sin que sea necesario sacrificar el principio de igualdad de los padres.*
- c) *Se sacrifica la igualdad del padre, sin cumplir con el test de razonabilidad, ni de proporcionalidad, infringiéndose el artículo 19 N°2 CPE, y los tratados sobre igualdad del género suscritos por Chile (Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer). En este sentido se estaría alterando la igualdad material de la mujer al*

¹⁶ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, Ob. Cit, p.p 140 y 141.

estereotiparse los roles en la familia, al ser el padre el proveedor y la madre la que se queda al cuidado de los hijos”¹⁷

El cuidado personal o tuición se ha entendido por la doctrina como “el derecho de los padres de tener a sus hijos en su compañía”¹⁸ o “el derecho paternal a la crianza, educación y establecimiento del menor de edad, o como el deber de alimentar, corregir y otorgar por lo menos una educación básica y un oficio de profesión al hijo. Por ende, se remarca que es el derecho de los padres, sin distinción.

Si bien es a la madre quien tenía la preferencia legal, responsabilidad primera en el cuidado de los hijos, en virtud del antiguo artículo 225 del C.C. A consecuencia de lo anterior, se producía una discriminación respecto del padre, pasando a llevar así los derechos que a este le corresponden de acuerdo a lo prescrito en nuestra Constitución. Por ende, se debía equiparar la posibilidad de que ambos padres puedan optar por el cuidado de ellos, sea por sentencia judicial o a través del común acuerdo de los progenitores, presentándose este escenario, los hijos tendrían que convivir la misma cantidad de tiempo con el padre que con la madre así se lograría dar real cumplimiento al Principio de Igualdad ante la Ley que tienen los padres respecto de sus hijos consagrado en nuestra carta fundamental.

Junto, con el principio de Igualdad ante la Ley de los padres, ya analizado, convive en materia de Cuidado Personal el principio motor e insigne del derecho de familia, cual es el Principio de Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente.

¹⁷ Barcia, Rodrigo. Fundamentos del derecho De Familia y de la Infancia. Thomson Reuters Puntotex. 2011. Santiago. Pág. 484

¹⁸ Schmidtt Hott, Claudia, Insituciones de Derecho de Familia, Lexis Nexis, 2004, pp. 59

1.2.4 EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE “PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTES” CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por Chile en el año 1990. Dicha convención establece una serie de derechos y principios que buscan proteger a los niños, quienes son los titulares de estos derechos como sujetos de protección social. Dentro de los principios establecidos por esta convención, se encuentra la “Protección del interés superior del niño”. Este principio es algo difícil de conceptualizar, pero se puede decir que tiene relación con que, todas las leyes y las medidas tomadas respecto de un menor, deben serlo en atención principalmente a su interés superior, para luego buscar y determinar cuál es la mejor forma de que se vea beneficiado y así, satisfacer las necesidades que tiene en los distintos aspectos de su vida.

El ex artículo 225, como se señaló, establecía un derecho para la madre. Derecho que por una parte atentaría contra el Principio de Igualdad ante la Ley ya analizado, y por otra parte contra el Principio de Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente. Es por esta razón principalmente que la Ley N° 20.680 lo modifica. Dicha modificación pone fin a la idea de que la madre es derechamente la mejor cuidadora para el menor, asimismo, termina con esta ventaja sobre el padre y con la antigua noción de que este no es el más adecuado, en primer término, para detentar el cuidado del menor, aún cuando el niño, en algunos casos, alcance su mayor realización espiritual junto a él. Por lo tanto, con esto se está dando cumplimiento al principio en cuestión, ya que, junto con el artículo 227 del C.C., el juez, para resolver quién tendrá el cuidado personal del menor, debe oír previamente al niño. Este es un derecho que también está contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 12°: *“Los niños tienen derecho a expresar sus opiniones libremente y a que esa opinión sea debidamente tenida en cuenta en todos los asuntos que le afecten”*.

El análisis del artículo 225 del C.C. y su relación con los Principios de Igualdad ante la Ley de los Padres e Interés Superior del Menor, es lo aplicado antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.680 y lo que se sigue aplicando a los casos anteriores a las modificaciones introducidas en la materia y que siguen su curso hoy y que aún no han sido fallados.

Los Tribunales de Familia que, de acuerdo a la Ley 19.585, son los competentes para conocer de las materias relativas a Cuidado Personal, son los que aplican las normas y deben relacionarlas con los Principios ya analizados, y de esta forma van marcando los precedentes para futuras controversias. Por lo tanto, es vital un análisis de sentencias dictadas por nuestros tribunales, y de esta forma, a través, de la jurisprudencia, llegar a un mejor entendimiento de la materia en cuestión, y así, poder concluir cuál ha sido el criterio utilizado para resolver lo relativo al cuidado personal aplicando las normas anteriores a las introducidas por la Ley 20.680.

1.3 ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA EN NUESTROS TRIBUNALES DE JUSTICIA.

Según la última publicación del anuario judicial que corresponde al año 2011 respecto de todos los Tribunales de Familia que tienen sistema en línea en Chile, una de las materias con mayor frecuencia de ingreso de demandas es el cuidado personal del niño, niña o adolescentes, con un total de 27.675 demandas ingresadas. De ese total se observa, que esta es una materia de muchísima importancia dentro de la cantidad de demandas ingresadas al sistema judicial de familia.

Detrás de estas demandas de cuidado personal, no se tiene la distinción de cuantas han sido interpuestas por la madre, por el padre, por abuelos o terceros. Pero sí se tiene la percepción que la mayor parte es, justamente, interpuesta por el padre para cambiar la regla de atribución legal que hasta el 21 de junio de 2013

estaba vigente en Chile, ya que el antiguo artículo 225 del C.C. contenía las normas de atribución de cuidado personal de los hijos en caso que los padres estén separados, sin duda con inclinación legal a la madre como primera opción.

La inclinación por la madre lo ratifica la sentencia pronunciada por la Cuarta sala de la Corte Suprema de fecha 15 de julio de 2008, en autos Rol nº3.097-08, se ha referido de forma indirecta a este problema. La referida sentencia en los considerandos que se indica, resuelve lo siguiente: Noveno. Que, por otra parte, la decisión adoptada por los jueces del grado, respeta la regla de orden natural prevista en el artículo 225 del Código Civil, en orden a la crianza de los hijos, en caso de separación de los padres, corresponde a la madre, puesto que un régimen como el que el recurrente pretende significaría una alteración a de dicho mandato legal...”.

Asimismo, existen sentencias que consagran la atribución judicial del Cuidado Personal establecido en el artículo 225 inciso 3 del C.C. que imponía al juez la obligación que de mediar causa calificada que afectará a la madre para obtener la tuición de los hijos, dicho cuidado se le otorgaría al padre, sí así lo manifestaban los menores. Es decir, se privilegia y se da cumplimiento al principio de interés superior del niño, niña u adolescente. Existen sentencias que así lo ratifican:

Sentencia pronunciada por Juzgado de Letras de Chillán¹⁹, del año 2003, se expresa:

*“Que el artículo 225 incisos primero y tercero del Código Civil dispone: que si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos y por causa calificada el juez puede otorgar el cuidado al otro de los padres, **estimándose en la especie como causa calificada el dicho de los menores** quienes fueron oídos conforme lo ordena la Ley y han manifestado su voluntad de continuar viviendo con su padre, por lo que se dará lugar a la demanda de fojas 5, manteniéndose la más amplia relación directa y regular de la madre con los menores, como ha venido dándose hasta ahora, por ser conveniente para el*

¹⁹ Citada por Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, ob. cit., p. 140.

desarrollo integral de los mismos.” Nótese como en este fallo, la “*causa calificada*” a que se refiere el inciso 3° del artículo 225, consistió en la opinión de los menores.

Sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 2 de noviembre de 2005, en la que se afirma que: “*siendo el fundamento del derecho conferido inicialmente a la madre, el interés superior de los menores, en la medida que existan antecedentes que demuestren lo contrario, la ley posibilita confiarle esta tarea al padre*”. Nuevamente los Tribunales de Familia dan cumplimiento al Principio del Interés superior del Hijo

Sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta de fecha 27 de mayo de 1996, de la Corte de Antofagasta²⁰, en la que se expresa que: “*si ninguno de los padres tiene inhabilidad moral que le impida ejercer la tuición de los hijos menores, corresponde atender para discernirla al interés de los propios menores (...) Que, en consecuencia, ante la imposibilidad de reconstituir la situación que siempre será la mejor para ellos, esto es, la convivencia directa y permanente con sus padres, debe concluirse que la actual, tal como se ha dejado dicho, resulta ser la menos desfavorable. Alterar tal estado de cosas, con lo que ello implica (un cambio físico de hogar y la pérdida del contacto diario, por breve que sea que tienen con su padre y su madre) significaría un nuevo impacto emocional para ellos, en un momento en que, tal vez, ni siquiera han asimilado la primera situación traumática vivida.*”

De esta forma, la doctrina que se desprende de estas sentencias, es que, aunque tanto el padre como la madre ofrezcan a sus hijos menores condiciones de vida similares, la balanza bien puede inclinarse a favor del primero, si la opinión de los hijos fuere concluyente en optar por vivir con él, y si la situación que hubiesen conseguido al vivir con su progenitor, ofrece garantías suficientes de estabilidad, asegurando por ende una adecuada realización espiritual y material de los menores.

²⁰ Citada por Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, ob. cit., p. 141.

En conclusión, se puede señalar que los Tribunales de Familia hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.680, han adoptado un criterio uniforme en virtud de otorgar el Cuidado Personal de los Hijos cuando los padres viven separados a la madre dando fiel cumplimiento a la norma del antiguo artículo 225 inciso 1, que consagraba una atribución legal, puesto que aplicar un régimen distinto en que se le otorgará dicho cuidado al padre significaba una alteración de dicho mandato legal. El padre sólo podía tener esa opción, cuando el juez consideraba, en virtud del artículo 225 inciso 3, que a la madre se veía afectada por una causa calificada, lo que se conoce como atribución judicial. Ahora con la entrada en vigencia de la nueva Ley que introduce importantes modificaciones al Derecho de Familia y entre ellas al artículo 225 del C.C. se debe estar a la espera para saber si el criterio efectivamente cambia.

CAPÍTULO 2: ARTÍCULO 225 DE LA LEY 20.680 QUE CONSAGRA EL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO”

2.1 HISTORIA FIDEDIGNA DE LA MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 225 DEL CÓDIGO CIVIL

La tramitación del proyecto de Ley que dio origen a la Ley 20.680 tuvo una larga discusión en el Congreso Nacional. Durante 5 años, los parlamentarios discutieron dicha materia con el fin de introducir a la legislación chilena una ley que diera realmente protección a la integridad de los menores en el caso en que los padres vivieran separados.

Lo prolongado de la discusión se explica, debido a que se trata de una materia de gran importancia de acuerdo a la realidad social de las familias chilenas.

El análisis de la historia fidedigna de la Ley 20.680, que a continuación se realizará, se centra sólo en los trámites constitucionales que dicen relación con la modificación del artículo 225 del C.C.

2.1.1 PRIMER TRÁMITE CONSTITUCIONAL: CÁMARA DE DIPUTADOS

a) Moción Parlamentaria.

Se inicio la discusión el día 12 de junio del año 2008 con la presentación del Boletín N° 5917-18 que **“Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados”**. Iniciativa de los entonces Diputados Álvaro Escobar y Esteban Valenzuela, a la que adhirieron los Diputados Alejandra Sepúlveda, Ramón Barros, Sergio Bobadilla, Juan Bustos, Francisco Chahúan, Eduardo Díaz del Río, Jorge Sabag, Ximena Valcarce Becerra y Esteban Valenzuela.

Dicho proyecto de Ley proponía:

- Consagrar la corresponsabilidad de los padres respecto del cuidado, educación y crianza de los hijos, rechazando la alienación parental.
- Establecer, en principio, la figura del cuidado personal compartido cuando los padres vivan separados; y si no hubiera acuerdo, que el juez decidirá quién de sus padres tendrá el cuidado personal.
- Establecer un catálogo de conductas que cambian la forma de concesión del cuidado personal.

Señalando que se Modifique el artículo 225 del Código Civil en el siguiente sentido:

"Artículo 225.- Si los padres viven separados, el cuidado personal de los hijos corresponderá en principio a ambos padres en forma compartida. Si no hubiere acuerdo en adoptar el cuidado compartido y surgiere disputa sobre cual padre tendrá la tuición, el juez decidirá a solicitud de cualquiera de ellos cual de los padres tendrá a su cargo el cuidado personal de los hijos.

Todo acuerdo que regule el cuidado personal de los hijos deberá constar por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda a la madre o al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

Cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada o cuando no se cumpla lo señalado en el inciso anterior, el juez podrá entregar su cuidado personal a uno de los padres en el caso del cuidado compartido o al otros de los padres en los demás casos.

No obstante, no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiere cumplido las obligaciones de mantención mientras estuvo al cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

Igual medida se adoptará respecto del padre o madre respecto del cual se acreditare fehacientemente que ha maltratado física o psicológicamente al hijo.²¹

Sin perjuicio de lo anterior y a pesar de haber sido presentado el año 2008 el mencionado Proyecto de Ley, no fue sino hasta el día 12 de junio del año 2010 que se comenzó a evidenciar la necesidad y urgencia de legislar respecto de dicha materia, lo que se materializó con el ingreso de un nuevo Proyecto de Ley.

b) Moción Parlamentaria Refundida.

Ingresada el 12 de Junio del año 2010 con la presentación del Boletín N°7007-18 **“Introduce modificaciones en el Código Civil, en relación al cuidado personal de los hijos”**. Iniciativa del Diputado: Gabriel Ascencio, a la que adherieron los Diputados Carolina Goic, Adriana Muñoz, Sergio Ojeda, María Antonieta Saa, Marcelo Schilling, Mario Venegas.

El Proyecto de Ley proponía:

- Establecer como regla primera, el acuerdo de los padres, el que podrá incluir una forma de cuidado compartido o custodia alternada, que consiste “en la convivencia del hijo con cada uno de los padres durante determinados períodos, que se alternan o suceden entre ellos, de modo que, en cada uno de dichos períodos, uno de los padres ejerce el cuidado personal, y el otro mantiene un régimen comunicacional”²².
- A falta de acuerdo, decidirá el juez, teniendo como consideración fundamental el interés superior del niño, niña o adolescente.
- Derogar la exigencia de contar con el consentimiento del cónyuge para llevar a vivir al hogar un hijo que no ha nacido en el matrimonio actual.

²¹ CHILE. Historia de la Ley 20.860: “Introduce Modificaciones al Código Civil y otro Cuerpos Legales, con el objeto de Proteger la Integridad del Menor en caso que sus Padres Vivan Separados”. Proyecto de Ley de Moción Parlamentaria. Pág. 9.

²² CHILE. Historia de la Ley 20.860: “Introduce Modificaciones al Código Civil y otro Cuerpos Legales, con el objeto de Proteger la Integridad del Menor en caso que sus Padres Vivan Separados”. Proyecto de Ley de Moción Parlamentaria. Pág. 14.

Señalando que se Modifique el artículo 225 del Código Civil en el siguiente sentido:

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

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

Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros”²³.

Por lo tanto, en orden a lo expuesto, es menester señalar que dentro del primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados se estableció respecto al Cuidado Personal: se define y se establecen reglas de atribución, entre otros elemento. Es así que las ideas fundamentales de ambos Proyectos de Ley eran consagrar, en el Código Civil, el Principio de la Corresponsabilidad Parental, consistente en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer respecto de sus hijos, y el modo de ejercerla cuando vivan separados, todo ello, teniendo en vista el interés superior del niño, niña o adolescente y el régimen del Cuidado Personal Compartido.

c) Comisión de Familia.

En dicha Comisión se realizó la vista y estudio de los proyectos contenidos en los boletines N°5917-18 y N°7007-18. Los Diputados que forman dicha comisión

²³ CHILE. Historia de la Ley 20.860: “Introduce Modificaciones al Código Civil y otro Cuerpos Legales, con el objeto de Proteger la Integridad del Menor en caso que sus Padres Vivan Separados”. Proyecto de Ley de Moción Parlamentaria Refundida. Pág. 15.

dejaron de manifiesto que era importante legislar respecto de esta materia con el fin que se **terminara con la regla supletoria de atribución legal que favorecía a la madre cuando los padres vivían separados** y que se diera como primera alternativa la prioridad de los acuerdos de los padres en la atribución de decidir respecto al cuidado personal de sus hijos.

El punto principal de desencuentro se originó, justamente en lo que dice relación a **regla supletoria**, es decir, establecer ¿A cuál de los padres el juez debería entregar el cuidado personal, cuando no hay acuerdo, y qué elementos se debían considerar? Elemento que perduró durante los 5 años de tramitación de la Ley y que hasta la comisión mixta fue objeto de modificaciones y centro de la discusión.

Los integrantes de dicha comisión estuvieron de acuerdo en que la crianza, la educación y el cuidado personal de los hijos comunes debía ser siempre compartido. Sin embargo, no se logró un consenso respecto a la residencia definitiva del menor.

Se puede afirmar que en un comienzo se formularon dos posiciones antagónicas:

- Había quienes estuvieron de acuerdo con perseverar con la regla de atribución supletoria de que era la madre la más adecuada para quedarse con el cuidado personal de los hijos (**atribución legal de preferencia materna**);
- Otros, estaban porque fuera el juez quién determinara cuál de los padres era el más idóneo (**atribución judicial**).

Asimismo, se debe tener presente que en la Comisión de Familia quedó fuera de discusión desde un comienzo el Cuidado Personal Compartido como regla supletoria, sin perjuicio que la primera iniciativa (Boletín N° 5917-18), así lo establecía.

d) Indicaciones del Ejecutivo.

El 30 de marzo del año 2011 interviene el Poder Ejecutivo a través del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM) con un papel protagónico, habiéndose hecho partícipe en la discusión de la Comisión de Familia, presentando una indicación sustitutiva de ciertos artículos en lo relativo al Cuidado Personal. En lo que respecta al artículo 225 del C.C; propuso el siguiente texto:

“Artículo 225: Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos e hijas.

No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier Oficial del Registro Civil, suscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento **ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que le cuidado personal de uno o más hijos o hijas corresponda al padre o a ambos en conjunto.** Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades

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

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

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

En caso de establecerse el cuidado personal compartido de común acuerdo, ambos padres deberán determinar, en la forma señalada en el inciso segundo, las medidas específicas que garanticen la relación regular y frecuente del padre custodio con quien el hijo no reside habitualmente, a fin de que puedan tener un vínculo afectivo sano y estable. En caso de cuidado personal compartido decretado judicialmente, será el juez quien deberá determinar dichas medidas.”²⁴

La propuesta del poder Ejecutivo, básicamente, lo que hizo fue confirmar su posición, en relación a que:

- La madre tuviera el cuidado personal de los hijos en caso de que los padres vivieran separados (**regla supletoria**);
- En el caso que existiese un acuerdo entre ellos, se podía establecer un régimen de cuidado personal compartido, reconociendo dicho institución;
- Consagra el Interés superior del hijo expresamente;
- Define la Institución del Cuidado Personal Compartido; y
- En el inciso sexto plantea el tema de la residencia, es decir, que el hijo debiese tener una residencia habitual.

A pesar de reconocer el cuidado personal compartido, esta propuesta apunta como prioritario a la existencia de una **residencia habitual** y que dicha residencia perteneciere a la madre. La Ministra Directora del SERNAM, señora Carolina Schmidt Zaldívar, fundamentó ésta propuesta en la necesidad de dar seguridad y certeza, especialmente respecto de dónde y con quién van a vivir finalmente los hijos, velando siempre por el Principio de Interés Superior del Niño. Agregó, que “por medio de dicha disposición se reconoce también la realidad de las familias

²⁴ CHILE. Historia de la Ley 20.860: “Introduce Modificaciones al Código Civil y otro Cuerpos Legales, con el objeto de Proteger la Integridad del Menor en caso que sus Padres Vivan Separados”. Indicaciones Ejecutivo. Pág. 20.

chilenas, ya que son las madres las que destinan más tiempo al cuidado de los hijos y también del hogar en que ellos viven”²⁵.

De acuerdo a lo expuesto, es posible establecer que dicha indicación del Poder Ejecutivo reconoce el Cuidado Personal Compartido y el ejercicio del mismo definiéndolo como “el derecho y el deber de amparar, defender y cuidar la persona del hijo menor de edad y participar en su crianza y educación, ejercido conjuntamente por el padre y la madre que viven separados. A fin de velar por la estabilidad del hijo se precisa que el niño deberá tener una sola residencia habitual, la cual será preferentemente el hogar de la madre”²⁶.

Establece que el Cuidado Personal Compartido puede tener su origen “no sólo cuando los padres lo acordaran sino también judicialmente, por las siguientes causales taxativas: (i) el que la madre o padre que tenga el cuidado personal, impida o entorpezca injustificadamente la relación directa y regular del padre no custodio con el hijo, sea que ésta se haya establecido de común acuerdo o decretado judicialmente y (ii) cuando denuncie o demande falsamente al padre no custodio a fin de perjudicarlo y obtener beneficios económicos”²⁷.

e) Primer Informe de Comisión de Familia.

Finalmente, luego de una discusión al interior de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados y tomando en cuenta las indicaciones del Ejecutivo representado por la Ministra Directora del SERNAM, el 23 de Mayo del año 2001, en lo relativo al cuidado personal el texto aprobado fue:

Artículo 225.- Si los padres viven separados, podrán determinar, de común acuerdo, que el cuidado personal de uno o más hijos o hijas corresponda a la madre, al padre o a ambos en conjunto. El acuerdo se otorgará mediante

²⁵ CHILE. Historia de la Ley 20.860: “Introduce Modificaciones al Código Civil y otro Cuerpos Legales, con el objeto de Proteger la Integridad del Menor en caso que sus Padres Vivan Separados”. Indicaciones Ejecutivo. Pág. 17.

²⁶ CHILE. Historia de la Ley 20.680. Op. Cit. Pág. 18

²⁷ CHILE. Historia de la Ley 20.860: “Introduce Modificaciones al Código Civil y otro Cuerpos Legales, con el objeto de Proteger la Integridad del Menor en caso que sus Padres Vivan Separados”. Indicaciones Ejecutivo. Pág. 18.

escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción del nacimiento del hijo o hija dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

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

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

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

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

También podrá entregarlo cuando el padre o madre custodio realice denuncias o demandas basadas en hechos falsos con el fin de perjudicar al no custodio y obtener beneficios económicos.

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

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

En caso de establecerse el cuidado personal compartido de común acuerdo, ambos padres deberán determinar, en la forma señalada en el inciso primero, las medidas específicas que garanticen la relación regular y frecuente del padre

custodio con quien el hijo o hija no reside habitualmente, a fin de que puedan tener un vínculo afectivo sano y estable. En caso de cuidado personal compartido decretado judicialmente, será el juez quien deberá determinar dichas medidas.

Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros”²⁸.

Por ende, se reconocía efectivamente el régimen del cuidado personal compartido de común acuerdo y que a falta de acuerdo a la madre le corresponde el cuidado personal de los menores. Además, perdura el cuidado personal compartido establecido por el juez como sanción. Es decir, estableció el cuidado personal compartido por atribución convencional y judicial.

f) Discusión en Sala.

Se realizó el 08 de junio del año 2011. En ella los 120 Diputados, en general, manifestaron su acuerdo en cuanto a que existía la necesidad de avanzar en dicha materia. Sin embargo, hubo opiniones encontradas respecto a la forma de solucionar algunos de los aspectos en estudio y, por ende, se presentaron indicaciones a los mismos. Por motivo de lo anterior, el proyecto fue enviado nuevamente a la Comisión de Familia para un segundo informe, el día 14 de Junio del 2011. Sin embargo, en dicha Comisión todas las indicaciones presentadas por la Cámara de Diputados fueron rechazadas, quedando el proyecto redactado de la misma forma en que había sido presentado a la Cámara de Diputados en el primer informe de la comisión. Por lo tanto, el siguiente trámite fue en la Comisión de Constitución.

²⁸ CHILE. Historia de la Ley 20.860: “Introduce Modificaciones al Código Civil y otro Cuerpos Legales, con el objeto de Proteger la Integridad del Menor en caso que sus Padres Vivan Separados”. Primer Informe de la Comisión de Familia . Pág. 87.

g) Comisión de Constitución.

En la mencionada comisión, se produjo nuevamente un largo debate, y se recibieron exposiciones de expertos del Poder Judicial, como la magistrada Gloria Negroni, académicos de diferentes universidades expertos en la materia, mediadores, psicólogos, expertos de la salud en general, etc.

Sin embargo, El SERNAM, con motivo de haber recibido observaciones al proyecto en comento, presentó una serie de indicaciones durante el debate de la Comisión de Constitución en diciembre del año 2011, que se resumen en los siguientes puntos:

Mantiene el acuerdo de los padres como primera regla, para determinar si el cuidado personal corresponde a uno, otro o ambos padres.

Mientras no haya acuerdo entre los padres o decisión judicial, a **la madre toca** el cuidado personal de los hijos menores.

Se suprime la posibilidad de entregar el cuidado compartido **por decisión judicial**. Es decir, esta especie de sanción que se establecía anteriormente fue eliminada.

En dicha Comisión, luego de un arduo debate, se recogen en su mayoría las indicaciones presentadas por el Poder Ejecutivo. El texto aprobado fue el siguiente:

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

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

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

Mientras no haya acuerdo entre los padres o decisión judicial, a la madre toca el cuidado personal de los hijos menores, sin perjuicio de la relación directa, regular y personal que deberán mantener con el padre.

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

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

Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros”²⁹.

²⁹ CHILE. Historia de la Ley 20.860: “Introduce Modificaciones al Código Civil y otro Cuerpos Legales, con el objeto de Proteger la Integridad del Menor en caso que sus Padres Vivan Separados”. Indicaciones del Ejecutivo. Pág. 147 y 148.

h) Discusión en sala.

Se produjo el 20 de marzo del 2012. El proyecto de Ley presentado por la Comisión de Constitución fue aprobado por los parlamentarios en los siguientes términos:

- Se mantiene el **acuerdo de los padres, como primera regla**, para determinar si el cuidado personal corresponde a uno, otro o ambos padres.
- **Mientras no exista acuerdo** a la madre le va a corresponder el cuidado personal de los hijos. Sin embargo, se hace una diferencia respecto a la regla anterior, ya que establece se que **dicho cuidado se mantendrá provisionalmente**. Es decir, a la madre le corresponderá el cuidado personal de los **menores mientras el juez decida con quién se quedará definitivamente el hijo**. Esta es la diferencia sustancial con el Proyecto de Ley presentado por la Comisión Constitucional y la Comisión de Familia.

En esta segunda discusión en sala, el proyecto de Ley fue aprobado por la **unanimidad** de los parlamentarios presentes, ya que votaron afirmativamente los 87 diputados presentes, sin negativas ni abstenciones. Por ende, el proyecto es enviado a la Cámara de Senadores para su discusión para su segundo trámite constitucional.

2.1.2 SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL: SENADO

a) Primer Informe de la Comisión de Constitución:

El proyecto de Ley llega a la Comisión de Constitución del Senado. La comisión muestra apoyo al proyecto en estudio y manifiesta la necesidad de avanzar en esta materia.

En dicha comisión, el eje central de la discusión estuvo en el artículo 225 del C.C. que establecía la regulación del cuidado de los hijos en caso de separación de los padres, puesto que en la Cámara de Diputados se había

establecido que mientras no haya acuerdo entre los padres o decisión judicial, a la madre toca el cuidado personal de los hijos menores. Se habían incorporaron dos elementos innovadores a la legislación:

- i) Sin perjuicio de la relación directa, regular y personal que debían mantener con los padres.
- ii) Sin perjuicio de los acuerdos que podían establecerse entre ambos padres.

De acuerdo a lo anterior, el criterio que se incorporó en la legislación chilena fue la institución del Cuidado Personal Compartido de los hijos.

En la primera votación, se decidió que **transitoriamente** el menor se quedará bajo el cuidado personal de la madre, **pero después se advirtió** que el hijo podía estar viviendo con el padre y en ese caso específico se decidió que no existía ningún motivo para que el hijo se quedará con la madre.

Estos criterios fueron inspiradores y de alguna manera los que permitieron a los senadores moldear el texto final del artículo 225 del C.C. El texto propuesto en el primer informe de la comisión, en lo que respecta al mencionado artículo, fue el siguiente:

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

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

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

Mientras no haya acuerdo entre los padres o decisión judicial, a la madre toca el cuidado personal de los hijos menores, sin perjuicio de la relación directa, regular y personal que deberán mantener con el padre.

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

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

Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros³⁰.

La comisión aprobó en general el proyecto, y éste que enviado a la sala para su discusión el día 22 de junio del año 2012. En la Cámara del Senado se aprueba la discusión general del proyecto de Ley por 29 votos a favor, volviendo el proyecto a la mencionada comisión, con el fin de que ésta efectuó el segundo informe del mismo en discusión particular.

³⁰ CHILE. Historia de la Ley 20.860: “Introduce Modificaciones al Código Civil y otro Cuerpos Legales, con el objeto de Proteger la Integridad del Menor en caso que sus Padres Vivan Separados”. Primer Informe de la Comisión de Constitución. Pág. 206.

b) Segundo Informe de Comisión de Constitución.

En la discusión particular del proyecto de Ley, se puede señalar que el debate tuvo una evolución significativa, ya que estuvieron presentes expertos en la materia, como, los profesores Fabiola Lathrop, Mauricio Tapia y Sara Rodríguez, que presentaron visiones distintas sobre la materia. Por su parte, el Poder Judicial, representado por la Magistrado Gloria Negroni, aportaba con la experiencia. El Poder Ejecutivo tenía su propia posición y al interior de la Comisión de Constitución, sus miembros tenían distintas puntos de vista. En general, se llegó a acuerdo, pero no en todas las materias, especialmente, en lo que respecta el artículo 225 del C.C.

Cambios más importantes respecto al artículo 225 del C.C. en la discusión particular.

I.- El artículo 225 del C.C. que establece los criterios para otorgar el Cuidado Personal en el caso que los padres vivan separados. El problema principal se presentó respecto a la regla supletoria, a saber:

- **Si había acuerdo:** prima el acuerdo.
- **Si el juez definió esta materia:** el juez resolvía el tema.

La duda se presenta para el caso siguiente **¿Qué pasa cuando no hay acuerdo y el juez aun no ha intervenido?**

En este caso, **la regla supletoria era que quedaba en manos de la madre la tuición de los hijos** y eso era lo que finalmente se había convertido en un criterio seguido por la jurisprudencia y así operaba en nuestro sistema. Por ende, en dicho punto el debate fue mayor:

En una primera instancia, se logró el acuerdo mayoritario en el cual se establecía que la norma supletoria se mantenía en torno a otorgarle a la madre el cuidado

personal de los hijos, pero se buscó complementar o regular de alguna forma dicha situación:

- i) acordando que dicha norma era transitoria, de manera de poder asegurar un tiempo limitado en su aplicación.
- ii) Se estableció en forma expresa que dicha norma supletoria no constituía un preferencia legal. De forma que, no obstante los hijos quedaran bajo la tuición de la madre, era el juez el que finalmente podía definir de acuerdo a lo que estimara conveniente.
- iii) Finalmente, se advirtió la conveniencia de complementar el texto del entonces inciso cuarto, con la finalidad de regular el caso en que estando separados los progenitores, los hijos que residan con el padre se encuentran bajo el cuidado personal de éste. Se consideró que en tales situaciones, esas condiciones se debían mantener mientras no haya un acuerdo entre los padres o una resolución judicial que establezca algo distinto. Es decir, la norma que se redactó buscaba mantener dicha situación: “Si los padres viven separados y no hubiere acuerdo entre ellos compartirán la responsabilidad y todos los derechos y deberes respecto a los hijos comunes, sin perjuicio de lo anterior y solo mientras no exista acuerdo o resolución judicial en contrario al respecto como regla supletoria los hijos residirán y estarán transitoriamente bajo el cuidado personal de su madre sin que ello constituya una preferencia legal. Sin embargo, si los hijos residieran de hecho solo con el padre, en ese caso y mientras no hay acuerdo y resolución judicial en contrario continuaran transitoriamente bajo el cuidado personal de aquél”.

El SERNAM, por su parte, defendió su posición de mantener la regla supletoria para la mujer bajo la figura de transitoriedad, es decir, mientras no se llegara a acuerdo o no se fijara judicialmente el cuidado compartido, a la mujer le corresponde la tuición de los hijos de manera transitoria. Es preciso señalar que en este punto, muchos parlamentarios siguieron pensando que la propuesta hecha

por el SERNAM, en la práctica, seguía siendo una regla supletoria de igual aplicación que la ley vigente en ese momento, y que por lo tanto se estaría otorgando a la madre los mismos derechos y preferencias, continuando con la discriminación hacia el padre.

Finalmente, el texto aprobado, el 08 de Enero del año 2013, por la comisión de Constitución del Senado, en lo que respecta al artículo 225 del C.C., fue el siguiente:

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

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

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

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

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

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

Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.”³¹

En conclusión, se puede señalar que respecto al artículo 225 del C.C el segundo informe de la comisión estableció:

- En el inciso segundo, define el régimen de Cuidado Personal Compartido, es decir, recoge expresamente la corresponsabilidad y el concepto de residencia.
- En el inciso cuarto, se refiere al caso en que no exista acuerdo y los padres viven separados, disponiendo:
 - El Principio de Corresponsabilidad en la primera parte del inciso.
 - mientras no exista acuerdo entre los padres, se entrega el cuidado personal compartido a la madre, pero se consagra expresamente que no constituye una preferencia legal, de forma de no generar una discriminación contra el padre.
 - La parte final del inciso “si los hijos residieren de hecho sólo con el padre, en ese caso y mientras no exista acuerdo o resolución judicial

³¹ CHILE. Historia de la Ley 20.860: “Introduce Modificaciones al Código Civil y otros Cuerpos Legales, con el objeto de Proteger la Integridad del Menor en caso que sus Padres Vivan Separados”. Segundo Informe de la Comisión de Constitución. Pág. 206.

en contrario, continuarán transitoriamente bajo el cuidado personal de aquél”, con el objeto de no afectar en su estabilidad emocional.

II.- Asimismo, durante la discusión del proyecto en la Comisión de Constitución, se propuso por parte de las profesoras señoras Carmen Domínguez y Carolina Salinas que se incorporara un nuevo artículo, cuyo objetivo consistía en establecer el régimen del cuidado de los hijos menores y el ejercicio de ese derecho por parte de los padres, expresando que “El aporte del nuevo precepto está intencionado en el sentido que señale de manera expresa los criterios y circunstancias que deben estar siempre considerados cuando el juez fije o los padres ejerzan el cuidado en alguna de las modalidades que la ley contempla”³². Agregando que “resulta una novedad para el Derecho chileno que se expliciten elementos que son sin duda, en materia de cuidado, parte de las consideraciones que se tienen en cuenta para describir y definir en los casos particulares el interés superior de los niños involucrados en una disputa de sus padres. De esta forma, discrecionalmente no será posible minusvalorar su importancia o dejarlos de lado en el análisis”³³.

La propuesta fue aceptada por los miembros de la comisión. Luego de un largo debate, el texto aprobado para este nuevo artículo fue el siguiente:

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

- a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar;*
- b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad;*
- c) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular;*

³² CHILE. Historia de la Ley 20.860: “Introduce Modificaciones al Código Civil y otros Cuerpos Legales, con el objeto de Proteger la Integridad del Menor en caso que sus Padres Vivan Separados”. Segundo Informe de la Comisión de Constitución. Pág. 523.

³³ Ibid.

- d) *La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades;*
- e) *La opinión expresada por el hijo;*
- f) *El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar;*
- g) *Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio;*
- h) *El domicilio de los padres, e*
- i) *Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.”*³⁴

c) Discusión en Sala.

Se llevó a cabo el día 12 de marzo del año 2013 la discusión particular del Proyecto de Ley presentado por la Comisión de Constitución.

Existió un consenso general, salvo en ciertos puntos, especialmente en lo que se refiere a la atribución del cuidado personal cuando no existe acuerdo de los padres, contenido en el **inciso cuarto del artículo 225 del proyecto**, debido a que algunos Senadores consideraban que en la práctica dicha norma seguía discriminando a los padres. En definitiva, en la sala del Senado se aprobó en su mayoría el proyecto, pero se realizó votación separada respecto al mencionado inciso.

El nuevo inciso cuarto propuesto en Sala rezaba lo siguiente:

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

³⁴ CHILE. Historia de la Ley 20.860: “Introduce Modificaciones al Código Civil y otro Cuerpos Legales, con el objeto de Proteger la Integridad del Menor en caso que sus Padres Vivan Separados”. Segundo Informe de la Comisión de Constitución. Pág. 536.

Por ende, la diferencia sustancial en relación al anterior inciso cuarto era la expresión “*Sin perjuicio de lo anterior y mientras no exista acuerdo, el juez deberá resolver dentro de 60 días quién tendrá a cargo el cuidado del hijo*”.

El texto fue aprobado por unanimidad y fue despachado el proyecto tanto en la Cámara de Diputados como en la Cámara del Senado, pasando al tercer trámite constitucional.

2.1.3 TERCER TRÁMITE CONSTITUCIONAL: CÁMARA DE DIPUTADOS

Sesionó el 11 de abril del año 2013. Se aprobó la mayoría del proyecto, salvo el artículo 225 del C.C., el cual fue rechazado, cuestionándose la redacción de la norma. Por ende, los Diputados volvieron a insistir en que se revisarán algunos criterios, constituyéndose así la comisión mixta.

2.1.4 TRÁMITE COMISIÓN MIXTA: SENADO- CÁMARA DE DIPUTADOS

Se constituye para revisar las diferencias que se presentaban entre las distintas cámaras.

La Comisión mixta modificó el artículo 225 del C.C. de la siguiente manera:

Respecto del inciso primero: acordó priorizar el acuerdo de los progenitores en materia de cuidado personal cuando se produce la separación; dicho acuerdo deberá establecer, además, la frecuencia y libertad con la que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá la relación directa y regular con los hijos.

Respecto del inciso tercero: acordó establecer que en caso que los padres no alcancen acuerdo respecto al cuidado personal de los hijos, éstos continuarán bajo el cuidado personal del progenitor con el que están conviviendo.

Respecto del inciso cuarto:

- Se eliminó la primera parte del inciso rechazado, ya que a la vista de gran parte de los expertos, podría interpretarse fácilmente como cuidado personal compartido obligatorio a todo evento: *“Si los padres viven separados y no hubiere acuerdo entre ellos, compartirán la responsabilidad y todos los derechos y deberes respecto de los hijos comunes”*.

- Se regularizó quien tendrá el cuidado personal del hijo cuando los padres estén separados y no exista acuerdo entre ambos. Esta propuesta debe hacerse cargo de los siguientes aspectos:

- Debe evitarse el aumento en la judicialización de las causas.
- Debe incorporarse un principio por el que el niño víctima de violencia o abuso sexual vea resguardado su derecho.
- Debe conservarse el límite para el caso de deudores de pensiones alimenticias.
- Deben considerarse los casos de violencia intrafamiliar y de hogares monoparentales con padre o madre ausente del hijo en común.

-Se eliminó el plazo de 60 días que se había establecido en el segundo trámite de la Cámara de Senadores, ya que sería más conveniente remitirse a los plazos de la Ley de Tribunales de Familia utilizando la frase “en la forma y plazo legal”.

- Se estableció que lo anterior, será sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226 del C.C., norma que también se enmendó y que permite que en ciertos casos se pueda confiar el cuidado personal del menor a los ascendientes, es decir, a los abuelos.

De manera que de esa forma el criterio supletorio quedo regulado de forma razonable, teniendo en cuenta sobre todo los antecedentes de hecho.

Respecto del inciso sexto: se consagró que si la situación ya se encuentra en manos del juez, éste fijará de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, tanto el régimen de cuidado personal como la frecuencia y libertad con la que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, siempre considerando el interés superior del menor para definir estos criterios.

Respecto del nuevo artículo 225- 2: se agregó como criterio, para el establecimiento del régimen y ejercicio del Cuidado Personal, la contribución que el padre o madre hizo a la manutención del hijo mientras éste estuvo bajo el cuidado personal del otro de los padres. Se debe recordar, que en las disposiciones de la Cámara de Diputados se dispuso que el padre o madre que no había contribuido a la mantención de su hijo o no había cumplido con la pensión de alimento no podría quedar con el cuidado personal del menor. Lo anterior, fue desechado y se estableció un criterio más amplio porque no siempre el no pago de la pensión de alimentos se debe a una mala voluntad o falta de compromiso del padre o madre, sino que puede deberse a otras situaciones.

En definitiva, el texto aprobado por la Comisión Mixta respecto al artículo 225 del C.C. expresaba lo siguiente:

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

El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y

educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

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

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

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

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

Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.”³⁵.

Por su parte, el texto aprobado respecto el artículo 225-2, es el siguiente:

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

- a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar;
- b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad;

³⁵ CHILE. Historia de la Ley 20.860: “Introduce Modificaciones al Código Civil y otro Cuerpos Legales, con el objeto de Proteger la Integridad del Menor en caso que sus Padres Vivan Separados”. Oficio Ley al Ejecutivo. Pág. 536.

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.”.

2.1.5 RESULTADOS DE VOTACIÓN DE ÚLTIMOS TRÁMITES

- Todos los incisos del artículo 225 que hoy forman parte del texto de la ley, fueron aprobados por la unanimidad de los miembros de la comisión mixta.
- En la sala de la Cámara de Diputados: Informe de Comisión Mixta, aprobada con 99 votos a favor, 0 en contra y una abstención.
- En la Sala del Senado: dicho informe se aprobó con 30 votos a favor, sin negativas ni abstenciones.

2.1.6 TRAMITE FINALIZACIÓN: CÁMARA DE DIPUTADOS

El 12 de junio del año 2013 se comunica al Presidente de la República el texto aprobado de la Ley.

La misma, fue promulgada el día 16 de Junio de 2013 y publicada en el Diario Oficial el 21 de junio del mismo año.

Consagrándose los artículos 225 y 225-2 en los términos expresados en el informe de la Comisión Mixta.

2.1.7 CONCLUSIÓN

De acuerdo a lo expresado anteriormente es posible concluir que el actual artículo 225 del C.C. y el artículo 225-2 del mismo cuerpo legal (que dispone los criterios que el juez debe tener presente al momento de otorgar la tuición de los menores), el Cuidado Personal no fue consagrado en los términos que originalmente fue planteado en los distintos proyectos de ley presentados. No obstante, lo anterior, se debe señalar que el texto final del artículo 225 recogió todas las inquietudes que en la tramitación del mismo se fueron planteando a partir de las numerosas y contrapuestas opiniones que tuvo durante su tramitación la mencionada Ley. Puesto que por un lado, al finalizar el Primer Trámite Constitucional se consagró en dicho artículo: el acuerdo de los padres, como primera regla, para determinar si el cuidado personal corresponde a uno, otro o ambos padres (inciso 1º). En el caso de que no existiera acuerdo, a la madre le va a corresponder el cuidado personal de los hijos provisionalmente mientras el juez decida con quién se quedará el hijo (inciso 4º). Por otro lado, finalizado el Segundo Trámite Constitucional la redacción del artículo 225 del C. C. consagraba en su inciso segundo la definición de régimen de Cuidado Personal Compartido recogiendo expresamente el Principio de la Corresponsabilidad Parental y el concepto de residencia. En el inciso cuarto se refería al caso que no exista acuerdo y los padres viven separados, disponiéndose un plazo de 60 días para que el juez determinara quién de los padres tendría el cuidado personal del niño.

Sin embargo, existió un interés común de los parlamentarios de llegar a un acuerdo por los antecedentes que tuvieron en vista, en relación, al sin número de niños que viven sólo con su madre o su padre (según la casen 2011 en Chile existían 1.925.000 familias monoparentales y 1.600. 000 niños vivían solo con su padre), para consagrar la efectiva participación que los padres deben tener en la educación de sus hijos; casos de abuso sexual y de violencia intrafamiliar en que

los derechos del niño deben tener un especial resguardo; el aumento de las demandas de pensiones de alimentos (en el año 2012 superaron las 200.000 demandas de alimentos, con lo cual se planteaba una realidad bastante compleja) y evitar el aumento de la judicialización de los casos.

De acuerdo a lo anterior, se puede concluir que se trata de una materia de gran importancia, en donde se debe destacar la disposición de los parlamentarios para llegar a un acuerdo, puesto que cada vez que hubo un punto de desencuentro entre los parlamentarios, **especialmente en la redacción del inciso cuarto del artículo 225 del C.C.** se le solicitó a los profesores expertos en la materia, a magistrados y a la asesora legal del SERNAM que se reunieran y redactaran un texto que ayudara a resolver las diferencias entre los legisladores, principalmente, porque se trataba de un tema en que existía un convencimiento que el Principio de Interés Superior del Niño y de la Corresponsabilidad Parental tenían que ser los criterios inspiradores de los nuevos artículos 225 y 225-2 del C.C. y de la nueva legislación en general. Por lo tanto, el texto final que se logró en la comisión mixta refleja de manera bastante equilibrada la forma en que estos principios se deben desarrollar en términos prácticos, claridad legislativa, criterios que se esperan sean los inspiradores para los magistrados, lo que se ve reflejado en la promulgación y publicación de la Ley N° 20.680 que introduce modificaciones al Código Civil y otros cuerpos legales con el objeto de proteger la integridad del menor en caso que sus padres vivan separados, consagrando de manera expresa el Principio de Corresponsabilidad Parental.

2.2 PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

Las normas relativas al cuidado personal bajo la normativa anterior a lo establecido por la Ley 20.680, no contemplaba norma alguna que estableciera el “Principio de Corresponsabilidad”, definido como *“El reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos”*. Además, se encuentra expresamente reconocido por la Convención de Derechos del Niño en su artículo 18, donde se establece:

“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 (...).”

Ahora bien, este principio se ha adoptado en otras legislaciones de América latina, a excepción de Perú y Argentina, y en casi todas las naciones del mundo desarrollado, frente a los cuales la legislación chilena se encontraba en una desventaja, antes de la modificación introducida en junio del presente año. Una desventaja, porque al no consagrarlo, no se adaptaba a la nueva sociedad que, como bien se ha dicho, ha sufrido un giro en 180° respecto de la crianza de los hijos. Los roles de los padres ya no están determinados como en aquella época en la que se dictó el Código Civil, en donde el padre era el proveedor del hogar y la madre la que criaba, educaba y cuidaba a los menores. Hace algunos años ya, los padres se han interesado por participar de una manera activa en la vida de los hijos, y las madres han entendido también que ellas no son las únicas que tienen este deber. Es por esta razón, y debido a que las normas del Código no amparaban el derecho que tiene el padre a tener un rol activo en la crianza de los hijos, se buscó una modificación al Código, y que se logró en junio del presente año y que tiene como principal objetivo establecer el llamado “Principio de Corresponsabilidad Parental”, que dice relación con la participación activa que tienen los padres para con los hijos.

De esta manera, y en base a la información expuesta, la Ley N° 20.680 terminó por instaurar el principio con la finalidad de adaptar nuestro orden legal interno a principios de derecho internacional y también para priorizar un sistema igualitario de ejercicio de los derechos parentales, incluyendo aquellos casos en que ha habido separación de los padres.

Es necesario destacar que la corresponsabilidad trae consigo diversos beneficios, especialmente en relación al Interés Superior de los Hijos (principio también consagrado por la Ley 20.680), por cuanto promueve un sistema de parentalidad en que ambos padres concurren en igualdad de condiciones a la toma de

decisiones referidas al bienestar, educación y crianza de los hijos; permite estar en concordancia y armonía con las normas internacionales ya comentadas y con nuestra propia Constitución Política; contribuye a que los padres tengan una mejor disposición a coordinarse y entablar un diálogo permanente que entregue contenido y luego operacionalice un régimen de cuidado personal que sea funcional a este principio general; otorga condiciones para un mejor desarrollo de los niños, ya que cuentan con afectos y roles parentales más presentes una vez que uno de los padres se ha retirado del hogar; otorga mejores condiciones para los hijos, en el contexto de la separación de los padres, evento de por sí complejo y de efectos normalmente negativos para su desarrollo, entre otros.

En definitiva, por la determinación del cuidado personal -unilateral o conjunto- y el principio de corresponsabilidad, ambos padres seguirán involucrados en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes relativos a la parentalidad que les reconoce la ley.

2.2.1 EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 225 DEL C.C.

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

El inciso 1° del artículo 224 del C.C. establece el Principio de Corresponsabilidad como principio general del ejercicio, conjunto o separado, del Cuidado Personal de los hijos. De esta manera, ambos padres deberán participar de manera activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos comunes.

Ahora bien, cabe indicar que el alcance de las palabras *“activa, equitativa y permanente”* deberá ser determinado por la jurisprudencia en el futuro.

A) CORRESPONSABILIDAD Y LAS ATRIBUCIONES DEL ART. 225 DEL C.C.

Relación con las atribuciones establecidas en el antiguo artículo 225 del C.C.

Antes de la modificación del art. 225, que se cambió completo por una redacción nueva, este artículo establecía la denominada **atribución legal preferente en favor de la mujer**, en aquellos casos en que los padres vivían separados (estén casados o no previamente). La excepción a esta regla consistía en una resolución judicial fundada (en el interés superior del niño por existencia de maltrato, descuido u otra causa calificada, art. 225 inciso. 3º, o en una inhabilidad física o moral de la madre, art. 226), o bien, en un acuerdo expreso y formalizado, que respetase determinados requisitos legales. De esta manera, la regulación previa era la siguiente:

Padres viven juntos (Regla General)	Corresponde a ambos padres el cuidado personal
Padres viven separados (Excepción)	1º Atribución legal unilateral y preferente a favor de la madre 2º Atribución convencional unilateral 3º Atribución judicial unilateral

En relación a lo anterior, el antiguo artículo 225 del C.C. señalaba, además, que al padre o madre que no tenía el cuidado personal y que no había contribuido a su mantención mientras estuvo al cuidado del otro, pudiendo hacerlo, no se le podría otorgar judicialmente (art. 225 inciso 3º, segunda parte). Lo anterior fue eliminado, siendo esto consistente con el espíritu de la nueva ley en el sentido de atender

especial y primordialmente al interés superior del niño más que a la situación de cada padre, lo que implica revisar caso a caso.

Relación con las atribuciones establecidas en el nuevo artículo 225 del C.C.:

Ahora bien, la nueva redacción del artículo 225 del C.C. establece una triple excepción a la regla del artículo 224 del mismo cuerpo legal, esto es, que los padres vivan juntos, por medio de la cual se puede establecer el CP compartido o unilateral:

Padres viven juntos	Corresponde a ambos padres el cuidado personal
Padres viven separados	1° Atribución convencional (unilateral o compartida). 2° Atribución legal (quien vive con los hijos) 3° Atribución judicial unilateral

- **Análisis de las atribuciones del artículo 225 del C.C. y su relación con el Principio.**

a) Atribución Convencional.

Su ubicación en el artículo 225 del C.C. nos recuerda la preferencia del legislador por privilegiar los acuerdos en desmedro de la judicialización de este tipo de conflictos. Dichos acuerdos incluyen la posibilidad de un

cuidado personal compartido, estableciéndose en el inciso 2º lo que se entiende por él y asociándolo directamente al mencionado principio de corresponsabilidad.

En estos casos, el legislador estableció que necesariamente deberán incluir la regulación de un régimen relacional que otorgue contenido al derecho-deber de mantener una relación directa y regular. Esto deberá ser explicado a las partes en las mediaciones que versen sobre estas materias, para que tengan en cuenta el marco legal vigente y así evitar dilaciones innecesarias en la tramitación judicial del acuerdo.

El Cuidado Personal Compartido solamente puede ser determinado convencionalmente por medio de la formalización de la voluntad de los padres, por alguno de los siguientes medios:

- a) Acuerdo de mediación, aprobado judicialmente (art. 106 Ley N° 19.968);
- b) Declaración ante un Oficial del Registro Civil (art. 225 inciso 1º);
- c) Escritura pública (art. 225 inciso 1º).

Es importante destacar que **un juez de familia no podrá determinar un cuidado personal compartido**, ya que la propia normativa no contempla esta posibilidad. En efecto, de acuerdo a lo señalado en el art. 225 inciso 6º del C.C., el juez solamente podrá modificar un cuidado personal unilateral otorgándolo al otro padre o madre, exclusivamente, o bien, uno compartido en el mismo sentido.

Ahora bien, el Cuidado Personal Compartido, como institución de parentalidad, otorga a las partes la posibilidad de definir autónomamente un sistema de residencia, comunicación y toma de decisiones con libertad, teniendo siempre en cuenta y primordialmente los principios de corresponsabilidad y de interés superior de los hijos.

La determinación de este régimen de cuidado personal incluirá, como lo quiso enfatizar el legislador, la reglamentación del sistema de residencia de los hijos, cuestión que deberá atender a asegurar una adecuada estabilidad y continuidad. Este sistema hace alusión tanto al lugar geográfico donde pernoctarán los hijos, así como también a la rotación o cambio periódico que pudiese establecerse, siempre en base al interés superior del niño y las mejores condiciones atendida su condición particular.

En caso que las partes determinen un cuidado personal unilateral, el padre o madre que no quede como titular de este derecho, no podrá desentenderse de sus obligaciones parentales, las cuales subsistirán por dos motivos, esencialmente: el primero, por los principios de corresponsabilidad y de interés superior del niño, ya mencionados. El segundo, por lo establecido en el art. 43 de la Ley de Menores, según el cual *“La pérdida o suspensión de la tuición [Cuidado Personal] de los menores no importa liberar a los padres o guardadores de las obligaciones que les corresponden de acudir a su educación y sustento”*.

b) Atribución Legal.

El inciso tercero de este nuevo artículo 225 del C.C. regula la posibilidad que no exista acuerdo, escenario en que la ley establece que el cuidado personal de los hijos quedará a cargo del padre o madre con quien *conviven*, sin establecer preferencia explícita por ninguno de los dos, como lo hacía el antiguo art. 225.

c) Atribución judicial.

Finalmente, el inciso 6° del art. 225 abre la posibilidad para que, en cualquier momento el juez determine algo diferente, pero siempre teniendo presente: a) circunstancias especiales que pudiesen surgir; b) el interés superior de los hijos; c) la obligación de definir un régimen comunicacional

de oficio; y d) la posibilidad que otorga el art. 226 de entregar el cuidado personal a un tercero.

Sobre este último punto, el otorgamiento del cuidado personal a terceros, el nuevo art. 226 del C.C. establece el Interés Superior del Niño junto a los criterios del nuevo art. 225-2 del C.C., como directrices para que el juez determine a un eventual destinatario en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres. El legislador no introdujo modificaciones en relación al otorgamiento del cuidado personal a terceros sin que medie esta causal, sino que, por ejemplo, por la sola voluntad de los padres, exteriorizada en un acta de mediación aprobada judicialmente.

2.2.2. CONCLUSIÓN

La introducción del Principio de Corresponsabilidad a nuestro ordenamiento jurídico vino de alguna manera a dar cumplimiento al Principio de Igualdad consagrado en nuestra Constitución Política. Como se dijo, ahora los padres y las madres, tienen el derecho a tener un rol activo en la crianza y educación de sus hijos. Aún así, la Ley N° 20.680, al establecer este Principio de Corresponsabilidad Parental, lo establece de alguna manera en forma accesoria a la relación directa y regular y no como una regla fundamental para regular las relaciones de los padres con los hijos. Por esto mismo, algunos autores consideran que no es suficiente la norma que regula este principio, ya que por un lado no se faculta a los jueces para poder decretar el cuidado personal compartido con oposición de uno de los padres, conforme al interés superior del niño (ello se permite en la casi generalidad de los ordenamientos jurídicos). Además, no se establecen explícitamente las facultades y deberes para el padre no custodio, como de vigilancia y control y de ayuda y auxilio.

2.3 CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 20.680

2.3.1 CONSIDERACIONES GENERALES

Es menester señalar que la gran motivación de la modificación del artículo 225 del C.C. se puede encontrar fundamentalmente en el cambio cualitativo que se ha ido produciendo en la familia chilena y, en particular, en la forma cómo los padres deben enfrentar el cuidado de los hijos en el caso que estén separados. Es por ello que las iniciativas parlamentarias presentadas por diputados, que buscaban transformar las normas relativas al cuidado personal con el objeto de proteger la integridad del menor en caso que los padres vivieran separados, fueron apoyados en forma muy significativa por agrupaciones de padres, como son Agrupación “Amor de Papá”, Corporación “Amor por Siempre”, Fundación “Fitur Paters” y Organización “Papá Presente”, que entregaron un testimonio importante para avalar la necesidad de modificar el mencionado artículo por cuanto los padres no estaban vinculados realmente en la crianza y educación de sus hijos.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.680, mayoritariamente, la tuición de los hijos menores estaba entregada a las madres, quedando los padres sin contacto con sus hijos. Cuando esto ocurría de forma inversa (aunque fuera en términos numéricos menos significativo) eran las madres las que quedaban sin ese contacto. Lo que, ciertamente, no ayuda al niño.

Es así que se puede señalar que el antiguo artículo 225 del C.C. permitía diferentes cuestionamientos, a saber:

- En primer lugar, se cuestionaba que se les impidiera a los padres que acordaran formalmente el cuidado personal compartido del hijo. Noción que comienza a prevalecer y se convierte en criterio inspirador de dicha norma.
- En segundo lugar, los jueces no se consideraban dotados de atribuciones para poder aprobar los acuerdos de tuición compartida o alternada que se podían alcanzar en los procesos de mediación obligatorias o mediante

convenciones reguladoras de la separación o el divorcio. Es decir, una legislación que fue caminando por un lado, pero que no tenía, en este caso específico, la delegación de atribuciones para que los jueces pudieran complementar otras decisiones en las que sí la ley los había empoderado.

- En tercer lugar, los tribunales continuaban resolviendo los juicios con la creencia de que la tuición le correspondía a la madre bajo todo evento y que esta era obligatoria.
- Por último lugar, el mencionado artículo 225 del C.C.no permitía ni facilitaba al progenitor que no ejercía el cuidado personal una relación directa y regular entre el hijo y el padre, no permitía una presencia permanente del padre como corresponde, ya que muchas madres estrictamente aplicaban la norma, en el sentido que el padre tenía derecho a tener contacto con los hijos sólo en ciertas y determinadas circunstancias, lo que generaba conflicto e impedía que los padres pudieran tener un contacto directo con sus hijos.

Por ello, es necesario analizar las modificaciones introducidas al artículo 225 del C.C. en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 20.680

2.3.2 MODIFICACIONES A LAS REGLAS DE ATRIBUCIÓN DEL CUIDADO PERSONAL DEL ARTÍCULO 225 DEL CÓDIGO CIVIL Y CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO EN CHILE.

Con la publicación de la Ley 20.680 el 21 de junio de 2013 se modificó el antiguo artículo 225 del C. C., que establecía la preferencia materna del Cuidado Personal de los hijos en el caso que los padres vivieran separados. El actual artículo 225 contiene las normas o reglas de atribución del Cuidado Personal de los hijos en caso que los padres vivan separados. Por su parte, el nuevo artículo 225-2 contiene los criterios de atribución que va a tener en consideración el juez para otorgar el cuidado personal de los hijos a uno de los padres.

2.3.2.1 EL ACTUAL ARTÍCULO 225 DEL CÓDIGO CIVIL DISPONE:

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

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

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

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

- **Análisis de las atribuciones del artículo 225 del C.C.**

I.- Respecto de los padres el nuevo artículo 225 del C.C. en virtud de la Ley 20.680 mantiene las reglas de atribución que regía anteriormente:

a) En primer lugar contiene una **atribución convencional** en que se privilegia el acuerdo de los padres. Así queda de manifiesto en virtud de lo establecido en su inciso primero:

“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...”

Por ende, en caso que los padres vivan separados siempre se va a estar como primera opción a lo que los ellos acuerden, dando la posibilidad que los progenitores convengan el cuidado compartido del niño, niña o adolescente o que el menor quede bajo el cuidado de uno de sus progenitores. Se mantiene, por ende, como criterio recto el acuerdo entre los padres consagrado en nuestra legislación a partir de la Ley N° 19.585 denominada “Ley de Filiación”.

El acuerdo acerca del cuidado personal del hijo debe establecer también la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tenga el cuidado personal, mantendrá una relación directa y regular con los hijos.

Como se mencionó anteriormente, el Cuidado Personal Compartido solamente puede ser determinado convencionalmente dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento por medio de la formalización de la voluntad de los padres, por alguno de los siguientes medios:

- i. Acuerdo de mediación, aprobado judicialmente (art. 106 Ley N° 19.968);
- ii. Declaración ante un Oficial del Registro Civil (art. 225 inciso 1°);
- iii. Escritura pública (art. 225 inciso 1°),

Es necesario mencionar, que “la ley no indicó qué sanción opera en caso de no efectuar la subinscripción en el referido plazo de 30 días. Podría estimarse que mientras no se realice, el acuerdo entre los padres será inoponible a terceros, considerando que el último inciso del artículo 225 establece que mientras una subinscripción relativa al cuidado personal (de un hijo) no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros. En todo caso, no creemos que la sanción pudiese ser la nulidad, pues estamos ante una norma imperativa de requisito, cuya infracción no tiene asignada una sanción general por la ley”³⁶.

Asimismo, es importante destacar que **un juez de familia no podrá determinar un cuidado personal compartido**, ya que la propia normativa no contempla esta posibilidad. En efecto, de acuerdo a lo señalado en el art. 225 inciso 6° del C.C., el juez solamente podrá modificar un cuidado personal unilateral otorgándolo al otro padre o madre, exclusivamente, o bien, uno compartido en el mismo sentido.

- b) En segundo lugar, se establece **atribución legal**, en el caso que los padres no alcancen un acuerdo. En este caso, se observa con la modificación que introduce la Ley 20.680, un cambio de criterio de lo que existía hasta el 20 de junio de 2013, en el artículo 225 del C.C., debido a que ya no existe una preferencia materna para la atribución supletoria en caso de no existir acuerdo entre los padres. El criterio que rige hoy es que los niños menores de edad se quedan bajo el cuidado del padre con quien convivan.

³⁶ “La Filiación y la Protección de los Incapaces”, Apuntes del Clases del profesor Juan Andrés Orrego Acuña, p.34. En [www. Juanandresorrego.cl](http://www.Juanandresorrego.cl). consultada 16 de noviembre del año 2013.

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

El cambio de criterio es lo que constituye el núcleo de la modificación que introduce la Ley N° 20.680. La reforma más importante de la mencionada Ley, es que **ya no rige la preferencia materna, hoy lo que rige es la convivencia del niño.**

Asimismo, se debe tener en cuenta, que la Ley N° 20.80 no define qué significa “Convivir con el Niño”, pero sí de la historia fidedigna de la Ley se puede extractar finalmente lo que se entiende por tal, por ciento, más que el principio de residencia, más que el domicilio, se refiere a aquél padre con el cual el menor vive o respecto a aquél de los padres con el cual está bajo cuidado de hecho el menor. Por lo tanto, de forma de no modificar la situación de hecho, de preservar en definitiva la vida que está manteniendo el menor con uno de sus padres, se utiliza este criterio conservador de asignar el cuidado personal a ese padre o a esa madre.

En la doctrina nacional, se discute entre los autores si este cambio de criterio de atribución legal a falta de acuerdo supone una supletoriedad o una regla transitoria mientras no se discute o no se decida judicialmente el destino del niño respecto del padre a quien se le entrega el Cuidado Personal.

Hay quien señala que es una regla supletoria, “puesto que si fuera transitoria se estaría siempre frente a una situación muy débil para aquél de los padres que mantiene el Cuidado Personal de sus hijos bajo el criterio establecido por el actual artículo 225 del C.C., ya que sería quizás quitarle la intensidad a dicho Cuidado Personal a falta de acuerdo. El que se estime como una regla supletoria estabiliza la situación, ya que es sabido que no todos los padres van a llegar a juicio. Por lo tanto, respeto de aquel padre o madre que no quiere intentar una discusión judicial va a permitir que esta norma se pueda llegar a

consolidar en el tiempo, perdiendo toda característica de transitoriedad”³⁷. Continúa agregando “que quizás se entendió como una norma transitoria cuando en la tramitación del Proyecto de Ley estaba siendo redactado con el plazo en el cual el juez debía decidir respecto del Cuidado Personal, modificación que se introdujo, finalmente en la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados en el tercer tramite, que finalmente no se estableció esa redacción”³⁸.

- c) En tercer lugar **atribución judicial**: se debe consignar que a falta de acuerdo y no estando los padres conformes con el Cuidado personal del menor con aquél de los padres con quien conviva, habrá que ir a discutir en juicio, tal como sucedía antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.680.

Por tanto, “la discusión judicial para cambiar la regla de atribución legal se va a seguir produciendo, pero se va a producir, evidentemente, con menor premura o menor urgencia que sí se hubiera eliminado la atribución legal supletoria pasando directamente de la atribución convencional a la atribución judicial, sin alternativa intermedia”³⁹.

Este es el orden de atribuciones, con el modificación importante que elimina la preferencia materna y elimina también un germen de judicialización que se habría dado de no ser así.

³⁷ SALINAS SUAREZ, Carolina. En seminario “Análisis de la nueva regulación sobre Cuidado Personal, Patria Potestad y Relación Directa y Regular de los niños, niñas y adolescentes en Chile; a la luz de las modificaciones introducidas por la Ley 20.680”. Modificación a las reglas de atribución del cuidado personal de los artículos 225 y 226 del C.C.”. Talca, Chile. 23 de agosto de 2013. La asistencia al mencionado seminario era fundamental para la elaboración de la presente memoria, puesto que en éste se trataría el tema en análisis por expositores de gran interés debido a que participaron en la tramitación de la mencionada Ley como son la profesora Fabiola Lathrop Gómez, Profesora Carolina Salinas Suarez, Honorable Senador de la Republica Hernan Larrairín Fernández, Ministra Ilustricima Corte de Valparaiso Usía Inés María Letelier Ferrada, entre otros.

³⁸ SALINAS SUAREZ, Carolina. En seminario “Análisis de la nueva regulación sobre Cuidado Personal, Patria Potestad y Relación Directa y Regular de los niños, niñas y adolescentes en Chile; a la luz de las modificaciones introducidas por la Ley 20.680”. Modificación a las reglas de atribución del cuidado personal de los artículos 225 y 226 del C.C.”. Talca, Chile. 23 de agosto de 2013.

³⁹ Ibid

II.- Respecto del juez el nuevo artículo 225 del C.C. en virtud de la Ley 20.680 establece la siguiente regla de atribución:

Atribución judicial: En virtud de una resolución judicial que atribuye el cuidado personal del hijo a uno de los padres: *“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 (artículo 225, inciso 4º).* Nótese “que el juez no puede disponer que el cuidado personal del hijo sea compartido. Debe atribuirlo a uno u otro de los padres, pero no a ambos. El cuidado compartido, entonces, sólo puede establecerse por acuerdo de los padres, y si existía, el juez puede dejarlo sin efecto”⁴⁰.

Por lo tanto, señaladas las reglas de atribución en virtud del actual artículo 225 del C.C., tanto respecto de los padres como respecto del juez, corresponde analizar el nuevo artículo 225-2 del C.C. introducido a la legislación chilena a partir de la Ley N° 20.680.

2.3.2.2 Nuevo artículo 225-2 Orden de atribución del Juez:

Si se sitúa en orden de importancia, la primera gran novedad de la Ley 20.680 es eliminar el criterio de preferencia materna; la segunda gran novedad es el nuevo artículo 225-2 del C.C. que le enumera al juez una serie de criterios que debe tener en consideración a la hora de determinar a cuál de los padres o tercero entrega el Cuidado Personal del menor.

Es menester señalar que los criterios establecidos en el artículo 225-2 del C.C. no estaban establecidos en los proyectos de Ley original sino que “fueron un aporte muy relevante de la Magistrado Gloria Negroni y la Profesora Fabiola Lathrop

⁴⁰ *La Filiación y la Protección de los Incapaces*, Apuntes del Clases del profesor Juan Andrés Orrego Acuña, p.34. En [www. Juanandresorrego.cl](http://www.Juanandresorrego.cl). consultada 16 de noviembre del año 2013.

puesto que las mismas fueron grandes defensoras de la inclusión de este artículo, personas que fomentaron la inclusión de estos criterios durante la discusión y tramitación del proyecto de Ley”⁴¹.

El Artículo 225-2 dispone:

“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.”*

⁴¹ SALINAS SUAREZ, Carolina. En seminario “Análisis de la nueva regulación sobre Cuidado Personal, Patria Potestad y Relación Directa y Regular de los niños, niñas y adolescentes en Chile; a la luz de las modificaciones introducidas por la Ley 20.680”. Modificación a las reglas de atribución del cuidado personal de los artículos 225 y 226 del C.C.”. Talca, Chile. 23 de agosto de 2013.

- **Análisis de criterios:**

a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar; este criterio se consagró en primer lugar por la importancia que tiene el cómo el hijo se vincula a cada uno de sus padres. No sólo a los padres, sino también a todo el resto del entorno familiar de cada uno de ellos. El entorno familiar se refiere a un concepto amplio de familia que incluye a todas esas personas significativas que rodean al padre y a la madre.

b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad; es esencial la posición que asume uno de los padres en la disputa judicial, ya que ciertamente en están enfrentados, pero así y todo se rescata tanto el Principio de Colaboración que rige el procedimiento de Familia, sino que también el cambio cultural al que están llamados los abogados como actores relevantes a producir en la población con estas disputas de los hijos en caso de separación de los padres

c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo. Se estableció en este artículo, pues se eliminó en el fondo, como un criterio para negarle a uno de los padres el Cuidado Personal del menor en caso de no haber contribuido a la mantención del hijo cuando estaba bajo el cuidado personal del otro progenitor. Se estableció de manera general porque, ciertamente, es un criterio que debe aplicarse no sólo si se trata del padre sino que también de la madre. Por ejemplo, cuando son los abuelos quienes tienen el Cuidado Personal del niño o niña.

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 artículo 229 inciso quinto; se relaciona con lo expresado anteriormente.

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; fue un tópico bastante discutido en la Comisión

de Familia de la Cámara de Diputados, claramente porque esta letra podía significar una preferencia velada a favor de la madre, que generalmente tiene el cuidado material y afectivo de niño o niña, aún cuando los padres vivan juntos todavía. Criterio que sin lugar a duda y pese a los prejuicios que pudiera suscitar la dedicación afectiva, debe ser considerado por el juez, ya que éste no puede otorgar el Cuidado Personal a un padre que no sabe de que se alimenta su hijo pequeño, por ejemplo.

f) La opinión expresada por el hijo; el derecho del hijo de ser oído por el juez se recoge en este criterio.

g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar; reforzamiento de la consideración de los medios de prueba que el juez debe tener en cuenta para decidir a quién de los progenitores otorga el Cuidado Personal de los hijos

h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio; se refiere a la actitud que ellos han asumido en el proceso.

i) El domicilio de los padres, y

j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo. Se refiere a que podría haber otros antecedentes importantes en el caso específico o el caso que saliera de la regla común.

Sin duda, que el nuevo artículo 225-2 del C.C. tiene por misión orientar las decisiones de los magistrados a la hora de determinar quién de los padres o tercero ejercerá el cuidado personal del menor. Dicho, criterios de atribución, muy probablemente, se van a ir trasformando jurisprudencialmente, en su comprensión, en elementos esenciales de la definición que las decisiones que los jueces tomen con respecto al Cuidado Personal, quizás con la misma importancia que tienen los criterios que se consideran para determinar la cuantía de una compensación económica, por ejemplo. Por lo tanto, hoy existe en nuestra legislación, un mandato legal expreso a los jueces, cual es la obligación considerar los criterios

establecidos en el nuevo artículo 225-2 C.C. a la hora de adoptar la decisión judicial.

2.3.2.3 CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO EN CHILE

La institución del Cuidado Personal Compartido busca fortalecer la integridad del menor y persigue el propender a que éste tenga la mejor calidad de vida posible en caso de que sus padres no vivan juntos.

El inciso 2º del artículo 225 del C.C. dispone que 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”*.

Asimismo, la organización Papá Presente define dicha institución como “un sistema de vida familiar post ruptura, que busca preservar la estructura triangular de la familia, considerando tanto el interés superior del niño como los intereses de los padres en beneficio de los hijos”⁴²

Se debe tener presente, que la corresponsabilidad es un elemento que permite que ésta se lleve a efecto mediante la crianza y la educación de los hijos comunes en un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad continua.

La profesora Fabiola Lathrop Gómez, en su trabajo *“La corresponsabilidad parental”*, se pronuncia en favor del cuidado personal alternado o compartido de los hijos. Señala que *“la custodia compartida, alternada o sucesiva es un sistema familiar, posterior a la ruptura familiar o de pareja que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la*

⁴² CHILE. Historia de la Ley 20.860: “Introduce Modificaciones al Código Civil y otros Cuerpos Legales, con el objeto de Proteger la Integridad del Menor en caso que sus Padres Vivan Separados”. Segundo Informe de la Comisión de Familia. Pág. 345.

residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados. Se trata de una figura jurídica de gran impacto en la organización de las relaciones familiares pues evita, al menos teóricamente, que uno de los progenitores –generalmente el padre- quede desprovisto de injerencia en la vida del hijo.” Se refiere luego a los principios en que se basa la custodia compartida: “Los principios inspiradores de la custodia compartida son la corresponsabilidad parental, la igualdad parental, y la coparentalidad, todos ellos informados transversalmente por la necesidad de una conciliación de la vida laboral y familiar.” En su trabajo, profundiza en el primero de estos principios, el de la corresponsabilidad parental, desde diversos ángulos: el sociológico, el psicológico y finalmente el jurídico. Desde la óptica sociológica, afirma que “el principio de corresponsabilidad parental consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos (...) Se trata de un principio que cobra relevancia, fundamentalmente, porque padre y madre, hombre y mujer, están compartiendo progresivamente ámbitos que históricamente habían sido espacios exclusivos de uno u otro. En este sentido, las cifras hablan por sí solas: la participación laboral femenina ha aumentado de un 28,1%, a un 40% en agosto de 2008. Asimismo, se están asumiendo roles cada vez más equitativos por parte de ambos progenitores, produciéndose, consecuentemente, la disolución paulatina y progresiva de los ‘binomios’ mujer-hogar y padre-proveedor, lo que, a primera vista, podría conducir a conceder derechos y deberes potencialmente iguales a padre y madre una vez producida la crisis matrimonial o de pareja.” Aborda la autora la materia, más adelante, con una mirada desde la psicología jurídica. Destaca que la teoría que había prevalecido en las décadas de los setenta y ochenta, en cuanto a que “la gran mayoría de los hijos tenían un progenitor psicológico, es decir, una persona que, sobre una base diaria, continua, a través de la interacción, el compañerismo y la reciprocidad, satisfacía las necesidades psicológicas y biológicas del niño”, actualmente se considera unánimemente obsoleta, sobre la base, entre otras, de investigaciones que afirman que los hijos de padres separados que presentaban un mayor y mejor desarrollo eran aquellos que mantenían un contacto regular y continuo con ambos

padres después de la ruptura conyugal, o bien, aquellos que pertenecían a familias en las que no había existido o había cesado un alto nivel de conflictividad parental. En lo concerniente a las normas jurídicas, demuestra la profesora Lathrop de qué manera se ha incorporado el principio de la corresponsabilidad parental en la normativa internacional, regional e interna. Así, respecto de las normas internacionales, alude al artículo 18, número 1, de la Convención de los Derechos del Niño; y a los artículos 5° y 16° de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. En cuanto a las normas regionales, menciona el Protocolo de San Salvador (no ratificado por Chile), adicional al Pacto de San José de Costa Rica, en el que se declara que *“todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres”*, aunque en él se agrega que *“salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre”*, apegándose así a la doctrina de los años tiernos. En el contexto regional europeo, menciona varias resoluciones y recomendaciones emanadas del Parlamento Europeo y del Comité de Ministros del Consejo de Europa”.⁴³ Por su parte, el profesor Rodrigo Barcia, sostiene que “es dudoso que el principio de la corresponsabilidad de los padres sea un principio autónomo del Derecho de Familia, sino que más bien, parece ser una de las aplicaciones del interés superior del niño. Afirma, en efecto, que el sustento de la corresponsabilidad, más que la equidad entre los padres, es una aplicación del principio del interés superior del niño. Agrega que si bien la autorregulación del conflicto es algo deseable, por cuanto los padres son los que mejor conocen sus capacidades y las necesidades del niño, y que este proceso sólo puede ser exitoso en la medida que los padres estén en un plano de igualdad, todo ello debe ser funcional al interés superior del hijo; el principio de igualdad de los padres, tiene importancia porque a través de él se vela por el interés superior del niño”.⁴⁴

⁴³ *“La Filiación y la Protección de los Incapaces”*, Apuntes de Clases del profesor Juan Andrés Orrego Acuña, nota al pie. Pág.32. En www.juanandresorrego.cl. consultada 16 de noviembre del año 2013.

⁴⁴ Barcia Lhemann, Rodrigo, *“Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia”*, Santiago de Chile, Thompson Reuters Puntotex, año 2011, pág. 391.

Ahora bien, la institución de la tenencia compartida, o custodia alternada, como se mencionó, consiste en la convivencia del hijo con cada uno de los padres durante determinados períodos, que se alternan o suceden entre ellos, de modo que, en cada uno de dichos períodos, uno de los padres ejerce el cuidado personal, y el otro mantiene un régimen comunicacional. Si bien esta distribución del tiempo para efectos de asignar el cuidado personal a ambos padres puede presentar ventajas y desventajas de distinta índole, resulta de suma justicia que ello sea apreciado caso a caso teniendo en cuenta el interés superior de cada hijo.

De lo expresado anteriormente, es menester señalar que se trata de un sistema que presenta tanto ventajas como inquietudes, a saber:

Dentro de las ventajas se destacan:

- Favorece la implementación práctica de los principios de Igualdad jurídica, Corresponsabilidad Parental y Coparentabilidad.
- Encuentra sustento jurídico en convenciones internacionales que las propician.
- Se hace cargo de los cambios que han operado en los roles en la sociedad y al interior de la familia entre hombres y mujeres, por lo tanto, entre padres y madres.
- Favorece la cultura de los acuerdos entre los padres y permite alcanzar siempre una mejor solución para los casos concretos que se puedan discutir.
- No implica necesariamente la alternancia de la residencia, que es una de las inquietudes que se ha presentado en la práctica.

Dentro de las inquietudes:

- Perjudica a la estabilidad emocional, intelectual y física de los niños.

- Vulnera el Principio de Interés Superior del Menor so pretexto de una igualdad jurídica entre hombres y mujeres.
- Exige un ambiente ideal de consenso de capacidad económica y parental que no se da normalmente en la realidad y en el contexto de separación de los padres.
- Además presenta el desafío de conciliar el derecho de los niños y sus progenitores a la coparentabilidad y la efectiva aplicación de la corresponsabilidad parental en igualdad de condiciones con la necesaria estabilidad física y emocional de los menores.

Las opciones consideradas en la discusión durante la tramitación del proyecto de Ley para poder consagrar el Cuidado Personal Compartido en Chile fue respecto a sí se permitía el Cuidado Compartido convencional. También se discutió sí se consagraba legalmente en defecto de acuerdo entre los padres y por último, si el juez podía imponer un cuidado compartido del menor a los padres en los casos específicos que llegaran a su conocimiento. Lo ideal hubiese sido consagrar que a falta de acuerdo se estableciera como norma supletoria el cuidado personal compartido de forma legal.

Sin embargo, sólo se consagró aquel Cuidado Personal Compartido que emana del acuerdo de los padres, principalmente porque esta institución funciona muy bien cuando existe una situación de cordialidad entre los padres y de no agresión, vale decir, cuando hay una relación entre los padres pacífica, no confrontacional. Así el inciso 1º primer parte del artículo 225 reza “*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(...)*”. **Atribución Convencional.**

“Plantear un cuidado personal compartido impuesto por un juez o que sea dictado por la Ley en caso de no haber acuerdo entre los padres supondría graves

trastornos en la vida doméstica de ese hijo, puesto que vendría impuesta una solución que quizás no es la más adecuada para esa familia”⁴⁵.

En la legislación chilena se entendió que el régimen del Cuidado Personal Compartido es, sin duda, una institución que beneficia a los hijos y que sólo era factible, y por ende, tener aplicación **cuando existiere acuerdo entre los padres para establecerlo**, por lo que no se puede determinar dicho régimen por la decisión de un tercero. Así también, la asignación del cuidado de los hijos dejaba de enfocarse en la calidad de los padres y de constituir un derecho de uno de éstos pasando a considerarse siempre el interés del niño en cada situación en particular.

El inciso 1º parte final consagra la relación del Cuidado Personal Compartido con el régimen comunicacional, y así, dispone: *“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”*.

Ciertamente, que exista un Cuidado Personal Compartido no anula la posibilidad que se establezcan visitas para el otro de los padres. Así, no necesariamente, este cuidado personal compartido tiene que implicar una residencia alternada de manera matemática distribuida en el tiempo, sino que podría significar también la necesidad de establecer un régimen comunicacional para aquellos períodos en el niño esté bajo la tuición o cuidado del otro de los padres. Por ejemplo, si está seis meses con la madre y los otros seis meses con el padre, evidentemente, que el progenitor que no está con él durante los primeros seis meses va a tener el derecho a un régimen comunicacional con el menor.

⁴⁵ SALINAS SUAREZ, Carolina. En seminario “Análisis de la nueva regulación sobre Cuidado Personal, Patria Potestad y Relación Directa y Regular de los niños, niñas y adolescentes en Chile; a la luz de las modificaciones introducidas por la Ley 20.680”. Modificación a las reglas de atribución del cuidado personal de los artículos 225 y 226 del C.C.”. Talca, Chile. 23 de agosto de 2013

2.3.2.4 DESAFÍOS Y PREGUNTAS PENDIENTES

1. ¿Cambiará eventualmente el criterio judicial frente a una demanda de un padre ahora que no hay preferencia materna?

La pregunta en el fondo es que si este cambio de criterio se va a producir en el corto plazo.

2. Lo anterior: ¿Significaría una distinta apreciación o exigencia de prueba?

Sí, y esta tarea evidentemente no es sólo de los magistrados, sino que la tienen necesariamente los abogados y todas las partes que están involucradas en el juicio, van a tener también que adecuar el ofrecimiento de prueba que se rinda acorde a los nuevos criterios establecidos en el artículo 225-2 C.C.

3. ¿Cómo estimular la corresponsabilidad en defecto de custodia compartida?

Se sabe que la custodia compartida de alguna manera estimula la corresponsabilidad. Pero ¿Qué pasa si no hay custodia compartida?, ¿Cómo estimular la corresponsabilidad? ¿La tiene que estimular necesariamente el juez? ¿Va a ser una tarea entregada a los consejeros técnicos en un tribunal? ¿Van a estar los mediadores mayormente capacitados o se les va a dar una capacitación acorde al cambio que introduce la Ley 20.680?

Esto plantea desafíos, desde el punto de vista estructural en relación con la educación y lo que culturalmente se les trasmite a los padres y a las madres.

4. ¿Cuáles son los beneficios e implicancias de tener un listado de criterios expresos en el nuevo 225-2?

No Son criterios taxativos, ya que la letra j) establece un criterio general. La implicancia de estos criterios es ¿Qué tendrá que ser considerado en el razonamiento y la argumentación que da el magistrado a la hora de fallar?

¿Tendrá qué estar presente en la apreciación de la prueba? Las implicancias pueden ser demasiadas y la adecuada comprensión que jurisprudencialmente se le den a todos y cada uno de esos criterios va a apoyar en demasía él cómo se va ir introduciendo, finalmente, la reforma de la Ley 20.680 en el sistema en general. Se debe insistir en que no sólo será una tarea de los magistrados, sino que también de todos los que colaboran con la justicia de familia.

CAPÍTULO 3: CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO Y DERECHO COMPARADO

Analizadas las normas vigentes en nuestro país respecto al cuidado personal compartido, es necesario revisar brevemente cuál es el tratamiento que se le da a esta materia en otros países, tales como Francia, España, Argentina, Perú, Brasil e Italia. De esta forma hacer una comparación entre la legislación chilena y el derecho comparado.

Finalizaremos este capítulo con algunas conclusiones al respecto.

3.1 ANÁLISIS DEL TRATAMIENTO DE OTRAS LEGISLACIONES RESPECTO AL CUIDADO PERSONAL

3.1.1 En Francia

Tratamiento al Cuidado Personal:

En Francia, el cuidado personal de los hijos está insertado en la figura de la patria potestad regulada en su Código Civil y que contempla tanto aspectos personales como patrimoniales del hijo. Por su parte, la patria potestad tiene por objeto velar por la seguridad, salud y moralidad de los hijos, asegurar su educación y permitir su desarrollo con el respeto debido a su persona.

Entonces y de acuerdo a lo expresado, la patria potestad envuelve el cuidado personal de los hijos, y que, por expresa disposición de la ley, se ejerce de forma compartida entre el padre y la madre. Esto lo señala el artículo 372, inciso 1° *“El padre y la madre ejercerán en común la patria potestad”*. Agrega la disposición en su inciso 2° el caso de la filiación establecida después de un año del nacimiento del menor, señalando: *“Sin embargo, cuando la filiación se estableciera respecto de uno de ellos transcurrido un plazo superior a un año desde el nacimiento de un niño cuya filiación hubiera sido ya establecida respecto del otro, sólo éste podrá*

ejercer la patria potestad. El mismo principio se aplicará cuando la filiación se declarara judicialmente respecto del segundo progenitor del niño". El inciso 2º hace referencia a la filiación que ya ha sido establecida respecto de uno de los padres, la patria potestad solo la ejercerá aquél. Por último, el inciso final establece la posibilidad de que los padres puedan ejercerla en común, mediante una declaración conjunta de ambos ante el secretario judicial del tribunal, al consagrar: *"La patria potestad podrá, sin embargo, ejercerse en común en caso de declaración conjunta de ambos padres ante el secretario judicial del Tribunal de grande instance o por decisión del jugeaux affaires familiales."*

Cabe señalar, que la regla general consagrada en el artículo 372 inciso 1º no se ve afectada en caso alguno frente a una separación de los padres así lo establece el artículo 373-2 CC *"La separación de los padres no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la patria potestad"*.

Asimismo, el artículo 373 prevé el caso en que uno de los padres se vea privado de ejercer la patria potestad, y por ende, también estará privado del cuidado personal del hijo, al establecer que *"Será privado del ejercicio de patria potestad el padre o la madre que no esté en condiciones de manifestar su voluntad a causa de su incapacidad, ausencia o cualquier otro motivo"*. Es decir, la excepción a la regla general del artículo 372 inciso 1º procede cuando el interés del hijo lo exija. El artículo 373-2-1 agrega *"Si el interés del niño lo exigiera, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad a uno de los padres. /El ejercicio del derecho de visita y de alojamiento no podrá denegarse al otro progenitor, salvo por motivos graves. /Este progenitor conservará el derecho y el deber de velar por el mantenimiento y la educación del niño. Deberá ser informado de las decisiones importantes relativas a la vida del menor. Deberá cumplir la obligación que le impone el artículo 371-2"*. Por ende, aquí opera el criterio judicial (**atribución judicial**) en virtud del cual el juez puede confiar el ejercicio de la patria potestad a uno de los padres cuando el otro progenitor no pueda ejercer la patria potestad, manteniendo de todos modos el otro progenitor derecho de visita, a ser informado

de las decisiones importantes de la vida del niño, el deber de velar por su mantención y educación, entre otros.

A su vez, cualquiera de los padres puede solicitar al juez de que establezca la modalidad de ejercicio de la patria potestad y la contribución a la mantención y educación de los hijos, artículo 373-2: *“La separación de los padres no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la patria potestad./ Tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de éste con el otro progenitor./Todo cambio de residencia de uno de los padres, en la medida en que modifique las modalidades de ejercicio de la patria potestad, deberá comunicarse con la debida antelación al otro progenitor. En caso de desacuerdo, el progenitor más diligente podrá solicitar al juge aux affaires familiales que adopte una decisión en función del interés del niño. El juez asignará los gastos de desplazamiento y ajustará en consecuencia el importe de la contribución para la mantención y la educación del niño”*. Por ende, se debe señalar que la separación de los padres no afecta el ejercicio de la patria potestad, se dispone por mandato legal que ambos progenitores deben mantener relaciones personales con los hijos. Además, agrega el artículo citado que en caso de existir un cambio de residencia que modifique el ejercicio de la patria potestad y ello genere desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de los ellos (la ley francesa utiliza expresión *“el más diligente”*) puede solicitar al juez que adopte una decisión al respecto. **(Atribución judicial)**

Además, es menester señalar, que el sistema francés contempla la posibilidad de que los padres puedan a través de un convenio organizar las modalidades del ejercicio de la patria potestad y fijar la contribución a la mantención y a la educación del niño en su artículo 373-2-7: *“Los padres podrán recurrir al juge aux affaires familiales para que ratifique el convenio en el que organizan las modalidades del ejercicio de la patria potestad y se fija la contribución a la mantención y a la educación del niño”*. Si bien es cierto que el convenio debe ser ratificado por el tribunal, es regla legal, es una clara manifestación de la Atribución Convencional otorgada a los padres en beneficio del menor. En caso de falta del

convenio, el artículo 373-2-8 da la posibilidad para que uno de los padres, o el ministerio público, a través de éste, un tercero, pueda solicitar al tribunal que establezca las modalidades del ejercicio de la patria potestad y se fija la contribución a la manutención a la educación del niño, disponiendo que: *“Cualquiera de los padres, o el ministerio público o, a través del ministerio público, un tercero pariente o no, podrá recurrir al juez para que establezca las modalidades del ejercicio de la patria potestad y de la contribución a la manutención y a la educación del niño”.*

En razón de lo mencionado anteriormente, y en virtud del artículo 373-2-9, que versa: *“En aplicación de los dos artículos precedentes, la residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los padres, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos./ Si uno de los progenitores lo solicita, o en caso de desacuerdo entre ambos respecto del modo de residencia del niño, el juez podrá ordenar con carácter provisional una alternancia de residencia durante un plazo determinado. Al término de este plazo, el juez emitirá un fallo definitivo sobre la alternancia de residencia del niño en el domicilio de cada uno de los padres o la residencia en el domicilio de uno de ellos”.* El juez, tiene la facultad de fijar la residencia del menor en el domicilio de cada padre de forma alternada o fijarlo en el domicilio de uno solo de ellos. Si hay desacuerdo en cuanto a la residencia del menor, el juez está facultado para ordenar la alternancia de la residencia de forma provisional durante cierto plazo. Plazo que, una vez cumplido, el juez deberá dictar sentencia resolviendo la controversia respecto a la residencia. Materialización de Atribución judicial.

Asimismo, la legislación francesa dispone en el artículo 373-2-10 la solución en caso de desacuerdo de los padres, disponiendo: *“En caso de desacuerdo, el juez tratará de conciliar a las partes./ Al efecto de facilitar la búsqueda por los padres de un ejercicio consensuado de la patria potestad, el juez podrá proponerles una medida de mediación y, tras haber obtenido su conformidad, designar un mediador familiar al efecto./ Podrá ordenarles que se dirijan a un mediador familiar para que*

les informe sobre el objeto y el desarrollo de esta medida). Es decir, el juez intentará conciliarlos, y podrá proponerles una medida de mediación todo con el propósito de que los progenitores puedan ejercer la patria potestad de manera consensuada para así lograr la mayor protección de los intereses del menor.

Es necesario hacer presente que el artículo 373-2-12 señala que, antes de cualquier decisión que adopte el juez en relación a la modalidad del ejercicio de la patria potestad o el derecho a visitas del progenitor que no la ejerce o de confiar a un tercero los menores, podrá encargar a una persona calificada una encuesta social con el fin de obtener información de la situación del menor. *“Antes de cualquier decisión que fije las modalidades de ejercicio de la patria potestad y del derecho de visita o que confíe a los hijos a un tercero, el juez podrá encargar a una persona calificada la realización de una encuesta social./Ésta tendrá por objeto recabar todas las informaciones sobre la situación de la familia y sobre las condiciones en que viven y son educados los hijos.”*El inciso 3º agrega *“Si uno de los padres impugnara las conclusiones de la encuesta social, podrá ordenarse, a instancia suya, la realización de una contra-encuesta./ La encuesta social no podrá utilizarse en el debate sobre la causa de divorcio”.* A su vez, para complementar lo anterior, es importante señalar que el Código Civil francés con el fin de que el juez adopte la mejor decisión establece ciertos criterios que debe seguir éste para determinar la modalidad de ejercicio de la patria potestad en su artículo 373-2-11: *“Cuando se pronuncie sobre las modalidades del ejercicio de la patria potestad, el juez tendrá especialmente en cuenta: 1º La práctica seguida anteriormente por los padres o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad; 2º Los sentimientos expresados por el niño en las condiciones previstas en el artículo 388-1; 3º La aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro; 4º El resultado de los informes periciales que hayan podido efectuarse, teniendo en cuenta particularmente la edad del niño; 5º Los datos de las encuestas y contra-encuestas sociales previstas en el artículo 373-12 que hayan podido llevarse a cabo.”* Todos estos criterios más la encuesta social dejan de manifiesto que la ley francesa entrega al juez

parámetros para otorgar la patria potestad a uno de los padres con el fin de lograr la mayor protección del menor. (Atribución judicial)

Finalmente, es necesario destacar lo establecido en el artículo 373-2-13 que consagra lo siguiente *“El juez podrá en todo momento, a instancia de ambos padres o de uno de ellos o del ministerio público, o a través de este último de un tercero, pariente o no, modificar o completar las disposiciones del convenio ratificado, así como las decisiones relativas al ejercicio de la patria potestad”*. El juez, a petición de parte, podrá tanto modificar o completar lo establecido en el convenio como lo que respecta al ejercicio de la patria potestad.

De acuerdo a lo mencionado anteriormente, es posible concluir que la ley francesa establece que el padre y la madre ejercerán en común la patria potestad (**Atribución Legal**). Luego, consagra que en caso de separación de los padres, ésta no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la patria potestad dando la posibilidad a los ellos que puedan acordar un convenio que fija la organización del ejercicio de la patria potestad y de la contribución a la manutención y educación de los hijos (**Atribución Convencional**). Asimismo, consagra que **“La patria potestad podrá ejercerse en común en caso de declaración conjunta de ambos padres ante el secretario judicial del Tribunal de grande instance o por decisión del jugeaux affaires familiales.”** Es decir, los padres de común acuerdo pueden fijar el cuidado personal compartido (**Atribución Convencional**). Finalmente, se puede señalar, que en caso de desacuerdo de los padres, la ley francesa reglamenta los pasos que debe seguir por el juez para determinar quién de los padres ejercerá la facultad la patria potestad y por ende, el cuidado personal de los hijos (**Atribución Judicial**).

3.1.2 En España

Tratamiento al Cuidado Personal:

La Guarda Custodia Compartida se estableció por una modificación que se introdujo al Código Civil Español en el año 2005, dándosele una nueva redacción al artículo 92.

El actual artículo 92 se encuentra bajo el título “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio” y en él versa lo siguiente: “1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. 2. El juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos. 3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. 4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges. 5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos. 6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda. 7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. 8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se proteger adecuadamente el interés superior del menor. 9. El Juez, antes de adoptar alguna

de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.”

De acuerdo a lo consagrado en el número 2 del artículo citado se reconoce el derecho del menor a ser oído por el juez cuando éste tenga que adoptar alguna medida que lo involucre y que diga relación con su custodia, cuidado y educación.

Asimismo, de acuerdo al número 5 del artículo citado, en esta legislación se contempla **la guarda y custodia compartida tanto por mutuo acuerdo de los padres**(atribución convencional), ya sea a través de un convenio regulador o por acuerdo que se produzca durante el procedimiento como por **imposición judicial**(atribución judicial). Asimismo, es destacable que la legislación española consagre que en ambos casos se debe procurar que los hermanos permanezcan juntos, lo que sin duda, se vincula con el interés superior de los niños.

3.1.3 En Italia

Tratamiento al Cuidado Personal:

En la ley italiana -artículo 6, párrafo segundo de la Ley de Divorcio italiana del año 2005 y en el actual artículo 155 (modificado, en enero del año 2006) del Código Civil italiano de 1942, se consagra el principio en virtud del cual es el juez quien atribuye la guarda y custodia del hijo, y en el propio interés de éste. Para tal efecto, el Tribunal que declara la disolución del matrimonio, o el cese de sus efectos civiles, resolverá a qué progenitor corresponde el cuidado de los hijos, teniendo siempre presente sus intereses materiales y morales.

Artículo 155. - (Medidas) – También en el caso de separación del los padres, el hijo tiene derecho a mantener una relación equilibrada y continuativa con cada uno de ellos, tiene derecho a recibir el cuidado, la educación y la instrucción por parte de ambos y de mantener relaciones significativas con los parientes de ambas familias (del padre y de la madre).

En relación al primer punto, el juez adopta las medidas relativas al hijo con exclusiva referencia al interés moral y material del niño. Tiene en cuenta prioritariamente la posibilidad de que se otorgue la custodia del menor a ambos padres o establece a quien de los dos le sea otorgada, determina los tiempos y el régimen de visitas de cada padre, fijando además la medida con la cual cada progenitor tiene que contribuir al mantenimiento del sustentamiento del hijo de ambos, a su cuidado, a su instrucción y su educación. El juez, además, tiene que tener en cuenta, siempre tutelando el interés de los hijos, de los posibles acuerdos entre los padres. Adopta todas las medidas relativas a los hijos.

La patria potestad se otorga a ambos progenitores. Las decisiones de mayor relevancia para los hijos relativas a la instrucción, educación y la salud las tomarán ambos padres de común acuerdo teniendo en cuenta las capacidades, la inclinación natural y las aspiraciones de los hijos. En caso de desacuerdo las decisiones las tomará el juez.

Solo para las decisiones sobre temas de ordinaria administración, el juez puede establecer que los padres ejerciten la patria potestad separadamente.

Salvo acuerdos diferentes libremente suscriptos por las partes, cada uno de los padres tendrá que proveer al mantenimiento de los hijos en medida proporcional a sus ingresos; el juez establecerá, si es necesario, un pago periódico para realizar el principio de proporcionalidad, a determinar teniendo en cuenta:

- 1) las necesidades actuales del hijo;*
- 2) el tenor de vida disfrutado por el hijo durante la convivencia con ambos padres;*
- 3) los tiempos de estancia con cada uno de sus padres;*
- 4) los ingresos de ambos progenitores;*
- 5) el valor económico de las tareas domesticas y del cuidado del hogar realizados por cada progenitor.*

El pago está automáticamente actualizado a los índices ISTAT o a otros posibles parámetros indicados por las partes o por el juez.

En caso de que las informaciones a nivel económico facilitadas por los padres no resulten suficientemente documentadas, el juez efectuará una estimación a través de la policía tributaria sobre las rentas y los bienes objeto de la denegación, incluso si intestados a “sujetos diferentes”.

De acuerdo a lo anterior, en la legislación italiana se consagra el cuidado personal compartido por medio de la **atribución judicial** al consagrar en el inciso 2º del artículo 155 **“el juez adopta las medidas relativas al hijo con exclusiva referencia al interés moral y material del niño”** . El juez es el llamado a otorgar la tuición de los hijos menores a ambos o a uno de los padres siempre en interés superior del menor para aquello debe tener presente los intereses materiales y morales de estos. Es tal la facultad del juez que el cuidado personal de los hijos menores puede ser establecido de manera compartida por decisión judicial, al establecer el inciso 2º del artículo en cuestión **“ la posibilidad de que se otorgue la custodia del menor a ambos padres”**. Agrega el precepto **“o establece a quien de los dos le sea otorgada, determina los tiempos y el régimen de visitas de cada padre, fijando además la medida con la cual cada progenitor tiene que contribuir al mantenimiento del sustentamiento del hijo de ambos, a su cuidado, a su instrucción y su educación”**. Es decir, existe la posibilidad que el juez puede otorgar el cuidado personal a uno de los padres. La parte final del inciso 2º del mencionado artículo refuerza **“El juez, además, tiene que tener en cuenta, siempre tutelando el interés de los hijos, de los posibles acuerdos entre los padres. Adopta todas las medidas relativas a los hijos”**. En la legislación italiana se consagra el principio en virtud del cual es el juez quien atribuye la guarda y custodia del hijo, y en el propio interés del menor.

3.1.4 En Argentina

Tratamiento al Cuidado Personal:

El Código Civil argentino en su artículo 206 modificado por la Ley 26.618 de julio de 2010 dice lo siguiente: *“De los efectos de la separación personal”*, artículo 206,

resuelve la materia en los siguientes términos: *“Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su cargo se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad. / Los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquél a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores quedarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.”*

Por lo tanto, en la legislación argentina rige el **criterio de edad** para otorgar la tuición de los hijos, en este caso la madre es quien tendrá el cuidado personal de los hijos cuando estos fueran menores de 5 años, **manteniendo la preferencia** materna en desmedro del padre, ya que éste solo de forma excepcional y por causas graves podrá obtener dicha tuición.

3.1.5 En Perú

Tratamiento al Cuidado Personal:

Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes en el Perú fue modificado en el año 2008 por la Ley 29.269, que introduce la tenencia compartida, modificando los artículos 81 y 84 de dicho cuerpo legal.

El artículo 81 consigna que *“si los padres están separados de hecho, la Tenencia de los niños y adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño y el adolescente. De no existir acuerdo o si éste resulta perjudicial para los hijos, la Tenencia la resolverá el juez especializado, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”*.

El artículo 84 consagra lo siguiente: *“Facultad del juez. En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquier de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:*

- a) *El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;*
- b) *El Hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y*
- c) *Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.*

En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor”.

En cuanto a la variación de la Tenencia, el artículo 82 expresa que *“si ella resulta necesaria, el juez ordenará, con asesoría de un equipo multidisciplinario, que ésta se efectúe en forma progresiva, de manera que no le produzca daño o trastorno al menor”.*

De lo anterior, se puede concluir que el **criterio convencional** es el que prima en la legislación peruana, ya que los padres pueden acordar quién de ellos detendrá la tenencia de los hijos, pero deben, para establecer dicho acuerdo, escuchar a sus hijos. Asimismo, se consagra con amplias facultades el **criterio de la atribución judicial**, toda vez que no exista acuerdo entre los padres o si dicho acuerdo sea perjudicial para los menores. Asimismo, se establece por mandato legal la posibilidad de que sea el propio juez el que decrete el cuidado personal compartido de los menores cuando sea procedente, dando cumplimiento al Principio del Interés Superior de los hijos. Por su parte, el artículo 84 consagra los criterios judiciales que debe considerar el juez para otorgar la tenencia de los hijos a uno de los padres, señalando: en primer lugar un **criterio de residencia**; en segundo lugar un criterio de **preferencia materna en el casos de los menores de tres años y** por último asegura el régimen de visitas para aquel de los padres que no obtenga la tenencia. Finalmente, el artículo 82, continúa con la atribución judicial, ya que dispone que el juez, cuando la variación de la tenencia afecte a los menores, decretará la asesoría de un equipo multidisciplinario, para que la mencionada variación, no produzca trastorno a los menores.

3.1.6 En Brasil

Tratamiento al Cuidado Personal:

El Código Civil brasileño del año 2003, en las normas concernientes al *“Poder familiar”*, dispone en su artículo 1.630: *“Los hijos están sujetos al poder familiar, en cuanto menores.”* El artículo 1.631, por su parte, expresa: *“Durante el casamiento y la unión estable, compete el poder familiar a los padres; ante la falta o impedimento de uno de ellos, el otro lo ejercerá con exclusividad. / Divergiendo los padres en cuanto al ejercicio del poder familiar, cualquiera de ellos podrá recurrir al juez para solucionar el desacuerdo.”* También cabe tener presente al artículo 1632, que reza: *“La separación judicial, el divorcio y la disolución de la unión estable no alteran las relaciones entre padres e hijos sino en cuanto al derecho, que a los primeros cabe, de tener en su compañía a los segundos.”*

Es posible expresar que en la legislación brasileña no se registra una norma expresa respecto al cuidado personal de los hijos en caso de separación, divorcio o disolución de la vida estable de los progenitores, ya que solo se limita a disponer que en estos caso se altera el derecho de tener la compañía de los hijos a uno de los padres, sin consagrar expresamente una preferencia materna o paterna. Sin embargo, es posible concluir de manera tácita que en primer lugar rige una **atribución legal**, puesto que si bien, el artículo 1.631, dispone en su inciso 1º que compete el poder familiar de los padres respecto de los menores durante el matrimonio y la unión estable, agregando, que en caso de impedimento o falta de uno de los padres le corresponde dicho poder al otro de manera exclusiva. Por su parte, el inciso 2º dispone que en caso de desacuerdo cualquiera de los padres pueda recurrir ante el juez. Por ende rige un **criterio judicial**. De acuerdo a lo expresado, se puede señalar que dichos criterios rigen durante el matrimonio de manera expresa, son también aplicables en caso de separación judicial, divorcio o disolución de la unión estable.

Con esta breve pero importante revisión de las normas que rigen el cuidado personal en las legislaciones recién analizadas, de otros países, de otros continentes, queda de manifiesto la existencia de grandes diferencias entre ellas.

Respecto de las legislaciones europeas versus las legislaciones latinoamericanas, se puede expresar que, por un lado, se trata de un tema que aún no ha sido discutido en algunos países de latino América, en donde sigue la preferencia por la figura materna, debido a que se le considera la más apta para el cuidado de los hijos menores, criterio que genera que el padre nuevamente quedé en desventaja vulnerándose, así, el Principio de Igualdad, como es el caso de la legislación Argentina. Por otro lado, se debe especificar que las legislaciones europeas han consagrado el cuidado personal compartido en sus legislaciones, como el caso de España, país que es uno de los pioneros y del que, en gran parte, Chile siguió el ejemplo.

Respecto de las legislaciones europeas mencionadas, es posible señalar que si bien consagran la figura del cuidado personal compartido, existe una diferencia respecto del criterio de atribución para la instauración de dicha institución. En el caso de la legislación francesa y española, se consagra como primer factor el **criterio convencional** en caso de acuerdo de los padres y luego **la atribución judicial**. En cambio, en Italia se consagra el cuidado personal compartido por medio de la **atribución judicial**. Por ende, se puede concluir que la ley francesa y española han dado un tratamiento más adecuado a la institución del cuidado personal compartido, toda vez que da como primera opción, que sean los padres quienes opten por dicho régimen y luego el juez. No como en el caso de la legislación italiana, donde sólo es una facultad que puede ejercer el juez.

Respecto de las legislaciones latinoamericanas, brevemente analizadas, se puede señalar que la ley Argentina no trata en su Derecho de Familia la figura del cuidado personal compartido, manteniendo aun **criterios antiguos para otorgar el cuidado personal de los hijos**, tales como la **edad de éstos y una marcada preferencia materna**. Por su parte, llama la atención que la legislación brasileña no consagre de manera expresa la institución del cuidado personal de los hijos en

caso de disolución del matrimonio o de la vida estable; sólo se limita a disponer que en estos caso se altera el derecho de tener la compañía de los hijos a uno de los padres, sin consagrar expresamente una preferencia materna o paterna. De lo que se puede concluir que tácitamente rige en primer lugar un **criterio convencional** y en segundo lugar un **criterio legal**. Finalmente, si bien, la legislación peruana hace una breve referencia a la institución del cuidado personal compartido en el inciso final del artículo 81, regula de manera extendida la institución del cuidado personal, considerando como primer criterio para determinar la tenencia de los hijos, en caso de separación de los padres, la **atribución convencional**, pero agregando que en caso de no existir dicho acuerdo o que éste sea perjudicial para los menores regirá la **atribución judicial**.

De acuerdo a lo expresado, se puede concluir que las legislaciones latinoamericanas, aun no consideran dentro de sus normativas la institución del cuidado personal compartido, consagrando sólo el cuidado personal. La ley trasandina se rige por criterios que dejan en desmedro al padre, violentando el principio de Igualdad ante la Ley y el Principio de Interés superior del menor. La ley de Brasil tiene un vacío respecto a dicha institución, ya que no existe norma expresa que regule la materia. Por último, la legislación peruana es cierto que hace una breve referencia al cuidado personal compartido, pero aún no lo consagra y sigue regulando el cuidado personal de los hijos con preferencia a la madre y a la edad de los hijos.

Por último, respecto al año de instauración de las normas en cada una de las distintas legislaciones extranjeras en comento, es necesario tener presente que las legislaciones latinoamericanas son legislaciones jóvenes en comparación con las legislaciones europeas. Teniendo esto en consideración, es posible entender por qué las europeas consagran el cuidado personal compartido y las de nuestra región. En Francia, Italia y España, las normas que consagran el Cuidado Personal Compartido son del año 2006(Francia e Italia) y 2005 (España)

respectivamente, puesto que el escenario o realidad social de dichos países en aquella época hizo necesario la instauración de esta institución.

En América latina, donde aún se habla de cuidado personal, la norma más antigua, es la de Brasil, del año 2003 y por lo mismo, se puede entender que no regule de forma expresa la institución del cuidado personal consagrando la institución del “Poder Familiar”. Por su lado, la Ley Peruana del año 2008 hace una breve referencia, como ya se dijo, a *la tenencia compartida*, que permite deducir que es una materia que se tiene presente, pero que aún no se consagra legalmente. Finalmente, la norma Argentina del año 2010, mantiene los criterios de la edad del menor y una preferencia materna para otorgar el cuidado personal de los hijos, lo que sin duda refleja la realidad de la región en el sentido que las leyes europeas son más avanzadas.

3.2 CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO: DERECHO COMPARADO VERSUS ACTUAL ARTÍCULO 225 DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO

A continuación, se trata el tema del cuidado personal compartido en el derecho comparado versus la legislación chilena.

El Cuidado Personal Compartido tiene su origen en California, Estados Unidos, en el año 1979. Dicha institución se encuentra reconocida en numerosas legislaciones tanto en el derecho anglosajón como en el derecho europeo: Francia, Alemania, Italia, España. En latino América aún no tiene un mayor reconocimiento, según lo hemos expuesto.

Es menester señalar que la Ley 20.680 tiene una gran virtud, ya que intensifica y le da una mejor aplicación a los principios que ya estaban recogidos por nuestra legislación, y a la vez, esta misma ley, consagra otros nuevos y muy importantes principios, lo que es sin duda un mérito. Los principios inspiradores de la “Ley amor de Papá” son, por una parte el Interés Superior del niño, niña o adolescente, el Derecho a ser Oído y la Autonomía Progresiva, que son aquellos que ya

existían antes de la dictación de esta ley y que no se relacionan mayormente con el derecho comparado. Por otra parte, está la consagración de nuevos principios, en donde nos encontramos con el de Protección de la Vida Familiar, la Igualdad Parental, y la Corresponsabilidad Parental, que son aquellos que tienen más atingencia con el derecho extranjero, siendo los dos últimos los que guardan directa relación y aplicación con el nuevo artículo 225 del C.C.

i) Principio de Corresponsabilidad Parental en el Derecho Comparado:

En esta materia es posible destacar una institución consagrada en virtud del artículo 225 del C.C. a partir de la entrada en vigencia de la Ley 20.680. Institución que concreta el principio de corresponsabilidad en Chile y que deja de manifiesto el intento del legislador por tratar de avanzar en esta materia, poniéndose a nivel con sus pares. Dicho Principio se evidencia en:

Institución del Cuidado Personal Compartido

La máxima expresión del principio de corresponsabilidad Parental en la legislación chilena se produce a través de la figura del cuidado personal compartido consagrado en el nuevo artículo 225 del C.C. Asimismo, en el derecho comparado, lo que dice relación al cuidado personal compartido ha tenido un mayor desarrollo, ya que en algunas legislaciones extranjeras, en especial europeas y anglosajonas, se han establecido diferentes modelos de cuidado personal y distintas fórmulas legales para su concreción.

a. i) Modelos de cuidado personal compartido en el derecho comparado

Al observar en el derecho comparado y sistematizar las legislaciones extranjeras, sobre todas las europeas y anglosajonas, la figura del cuidado personal compartido que personifica o materializa el principio de corresponsabilidad parental, se encuentran tres grandes modelos:

- Progenitor residente principal: mediante la designación de un progenitor principal con quien el hijo viva la mayor parte del tiempo; ésta es la figura que se podría introducir en las

realidades familiares chilenas en aquellos pocos casos en que el cuidado personal compartido va a tener aplicación.

- Sistema de la rotación: del derecho anglosajón, a través de una alternancia más o menos preestablecida del hijo en los domicilios de cada uno de sus padres (alternada o sucesiva); este modelo se aplica, especialmente, en donde se ha entendido que el derecho de los padres consiste en tener la tuición de sus hijos en igualdad de derechos, y por el mismo tiempo, sino, no existe cuidado personal compartido.
 - Anidación de los hijos: modelo alemán, mediante la rotación parental en la vivienda asignada a los hijos.
- a. ii) En cuanto a las Fórmulas legales por la que se recoge el Cuidado Personal Compartido en el derecho comparado, las alternativas son las siguientes:
- Mención expresa como una de las posibilidades de organizar la convivencia (Modelo de España de la Ley del año 2005).

Consagrar el Cuidado Personal Compartido como la alternativa por la cual pueden optar los padres y el hijo. En este caso, el legislador sólo consagra dicho cuidado como una de las alternativas que tienen los padres y éstos tienen el deber de decidir.

- “Valoración judicial prioritaria”(Modelo de Italia).

En Italia, la legislación le entrega la atribución al juez para que presente a los padres las posibilidades de: cuidado personal en uno solo de los padres o el cuidado personal compartido y dentro de éste cuidado los tres modelos anteriormente señalados. En virtud del principio de corresponsabilidad parental, el juez debe tratar de valorar prioritariamente el establecimiento en esa realidad familiar del

cuidado personal compartido. Es decir, la legislación establece un orden de prelación en el cuidado personal y el juez es quien debe valorar el cuidado personal compartido.

- Técnica legislativa que la menciona como primera opción (Modelo de Francia).

Se utiliza la misma figura del modelo italiano, pero en un lenguaje especial, debido a que la legislación no le señala al juez que valore prioritariamente, pero sí se le permite introducir el modelo de la alternancia por un tiempo de prueba. Es menester señalar que en esta legislación no se habla de cuidado personal compartido, sino de alternancia.

- Modelo supletorio (Modelo de Estados Unidos).

En este caso la legislación presume que el cuidado personal compartido bajo el modelo de alternancia es el adecuado y quien esté en contra lo debe probar.

De acuerdo a lo expuesto, se puede concluir que las legislaciones europeas y anglosajonas han dado un tratamiento adecuado a la figura del cuidado personal compartido, consagrando distintos modelos para su real aplicación, ya sea estableciendo la residencia principal del progenitor, un sistema de rotación o una residencia compartida del menor con sus padres y el sistema de la anidación. Asimismo, respecto a las fórmulas legales consagradas en el derecho comparado se destaca el modelo español, ya que se considera el más igualitario. En el caso de Italia, se le entrega la atribución al juez para determinar el cuidado personal compartido. Por último, otras legislaciones no hablan de cuidado personal compartido, sino que de alternancia.

i) Principio de Igualdad Parental en el Derecho Comparado:

Con el artículo 225 C.C. que rige desde la entrada en vigencia de la Ley 20.680, Chile logró una legislación acorde con la legislación internacional. Al revisar la legislación extranjera en relación al mencionado principio, se concluye que existen dos grandes grupos de normas: el primer grupo de normas se encuentra encabezado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, referida a la infancia y a la adolescencia, el segundo grupo de normas, son las referidas al conjunto de seres humanos donde se incluye los menores y los adultos

- a) En materia específica de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, se adecua a lo que consagra dicha convención en su artículo. 2.1: *“Los Estados Partes (...) asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de (...) cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”*. Es decir, la legislación chilena, con la entrada en vigencia del nuevo artículo 225 del C.C. establecido en la Ley Amor de Papá, se pone a tono con aquella disposición que señala que en el caso que se esté discriminando a los representantes legales, a los padres del menor, se está discriminando al niño. Si bien, este criterio puede llamar la atención, constituye un gran avance en la materia, ya que permite entender de la manera más omnicomprensiva existente en el derecho internacional de los derechos humanos, el Principio de Igualdad. En otras palabras, si se está discriminando al padre por una atribución preferente a la madre, no sólo se discrimina a ese padre sino que también a ese hijo, debido a que la Convención de los Derechos del Niño contiene uno de los conceptos más omnicomprensivos del Derecho de Igualdad.
- b) En lo que respecta al grupo de normas referidas al conjunto de seres humanos, donde se incluye la infancia y los adultos, entre ellas se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en

su artículo 23 dispone: “1. *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. /2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello./3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes./4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para **asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.** En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”.* Es decir, le ordena a los Estados firmantes conceder a los padres, al matrimonio, a la pareja, los mismos derechos y deberes, tanto durante el matrimonio o su unión como en el caso disolución de la misma. Con la modificación del artículo 225 del C.C.se otorga a los padres dicha posibilidad.

En definitiva, Chile, con la Ley 20.680 y en especial con el modificado artículo 225 del C.C., se pone acorde con el Derecho Comparado. No obstante, cabe destacar que en el derecho comparado europeo hace bastante tiempo que se eliminó el criterio de atribución preferente a la madre. Es decir, se refiere a las legislaciones europeas con las cuales Chile se suele comparar. En lo que respecta a las legislaciones latinoamericanas, algunas aún mantienen dicho criterio, ya que la mayoría de dichas legislaciones, están fundadas o son replicas textuales de su propio Código Civil. Por su parte, en el modelo anglosajón, hace muchas décadas que se eliminaron las expresiones relativas a la atribución del Cuidado Personal en razón del sexo de los padres, y del sexo y edades de los hijos, puesto que éstas resultaban categorías sospechosas, que fueron expulsadas de la legislación interna, precisamente, por los mandatos provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

3.3 CONCLUSIÓN

Es menester señalar que se puede concluir que en el derecho comparado el Cuidado Personal Compartido es un tema que ha quedado atrás, porque si se analiza el Derecho de países como Francia, Alemania, Italia, España, dicha institución no pasó de ser una figura de papel y es muy probable que lo mismo ocurra, sin duda, en Chile.

La razón principal se debe a que la institución del Cuidado Personal Compartido de la forma en que está consagrado en la Ley 20.680, es una figura promocional, pedagógica, pero no es una Ley de Cuidado Personal Compartido propiamente tal, sino que más bien es una Ley de Cuidado Personal, de relación directa y regular, ya que a través de esta Ley **no se trata de introducir un sistema de cuidado compartido obligatorio, solo se establece en caso de acuerdo de los padres; además, cabe agregar que este sistema permite distintas modalidades, que no se consagran en la legislación chilena reformada.**

Se debe tener en cuenta que el Cuidado Personal Compartido como figura tradicionalmente concebida en el derecho comparado, está siendo desplazado por aquellos modelos de parentalidad más agudos en lo que se refiere a la subjetividad de los derechos. Esto es, las asociaciones de padres, sobretodo de varones separados, que impulsaron desde la década de los setenta apoyados incluso por algunos movimientos feministas en Los Estados Unidos, la introducción del Modelo de Cuidado Personal Compartido, han abandonado este modelo y han tomado otro, que es el tratar de hacer coercible este derecho. Por lo que ya no se habla de Cuidado Personal Compartido, sino que se habla del “Derecho a”, como por ejemplo en Canadá, algunos estados de Estados Unidos, Hong Kong, etc.

Las consecuencias que se hable del “Derecho a”, es que los padres tienen un derecho subjetivo, un poder-deber reconocido por el Estado y que los padres lo hacen coercible, es decir, que si no se cumple, puede dar lugar a una indemnización de perjuicios. Las asociaciones de padres han ido más allá y han demandado más y es posible que lo mismo ocurra en Chile, porque sin duda hay

conformidad de parte de las asociaciones de padres chilenos, como por ejemplo, la asociación “Amor de Papá” en cuanto a la Ley 20.680, ya que es bastante distinta a lo que ellos solicitaron e, incluso, es muy distinto al proyecto contenido en los boletines que son los antecedentes de la misma.

CONCLUSIONES FINALES

1.- El Cuidado Personal en Chile ha tenido una evolución desde el Código Civil de 1855 hasta la Ley N° 20.680.

Los Criterios o factores que determinaban la atribución o asignación del Cuidado Personal de los hijos en Chile se acotaban a lo que era la edad y el sexo de los hijos menores. Así las hijas estaban siempre bajo el cuidado de la madre, en cambio, los hijos dependía de su edad.

La Ley N° 18.802 eliminó la distinción de sexo y edad de los hijos y estableció como regla general que en el caso que los padres vivieran separados el cuidado personal de todos los hijos menores de edad correspondería a la madre. Estableciendo el criterio de preferencia materna que empezó a regir desde 1.989 con una leve atenuación con la Ley 19.585 conocida como “Ley de Filiación” que, si bien, mantuvo el criterio innovó, pues permitió, que además en el fondo de la madre pudiese haber una posibilidad que los padres pactaran libre y voluntariamente, que unos a más de los hijos menores quedaran bajo el cuidado del padre. Si bien el criterio legal de preferencia materna se mantuvo, se incorporó el criterio de atribución convencional, dando posibilidad que se otorgará el cuidado personal del hijo al padre.

La distinción, entonces, por edad y por sexo se perdió en el año 1989; así consta en la historia fidedigna en el establecimiento del criterio convencional y desde la Ley N° 19.585 no se observó respecto de dicha regla ningún cambio hasta la Ley 20.680 publicada el 2013.

Claramente, en este proceso que siguieron los legisladores en cuanto al Cuidado Personal, existió un claro reflejo de lo que era la sociedad al momento de la codificación del Código Civil y de lo que posteriormente fue pasando en materia de filiación y en materia de los ejercicios de los derechos de los padres respecto de los hijos.

Se resalta, sobre todo, en la última reforma que introdujo la Ley N° 20.680 que la línea rectora de la igualdad entre los padres es fundamentalmente la causa primera de esta modificación, la inspiración que está detrás de dicha modificación.

2.- Bajo la vigencia del antiguo artículo 225 del C.C., existía una preferencia legal respecto de la madre, ya que en el caso que los padres vivieran separados, a ella le correspondía el cuidado personal de los hijos menores.

3.- La ley no admitía que el cuidado personal de los hijos fuera asumido por ambos progenitores, si ellos vivían separados. Puesto que en un principio el cuidado personal correspondía a la madre (ex artículo 225, inciso 1º) y por excepción al padre (ex artículo 225, inciso 2). En otras palabras, el cuidado compartido no se admitía ni siquiera por acuerdo de ambos padres. No obstante, estas reglas podían ser modificadas por una resolución judicial (ex artículo 225, inciso 3).

4.- A consecuencia de lo anterior, se producía una discriminación respecto del padre, pasando a llevar así los derechos que a éste le corresponden de acuerdo a lo prescrito en nuestra Constitución. Por ende, se debía equiparar la posibilidad de que ambos padres puedan optar por el cuidado de ellos, sea por sentencia judicial o a través del común acuerdo de los progenitores, presentándose este escenario, los hijos tendrían que convivir la misma cantidad de tiempo con el padre que con la madre; así se lograría dar real cumplimiento al Principio de Igualdad ante la Ley que tienen los padres respecto de sus hijos consagrado en nuestra carta fundamental.

5.- El antiguo artículo 225, como se señaló, establecía un derecho para la madre. Derecho que atentaría contra el Principio de Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente, consagrado en la Convención Sobre Derechos del Niño, ratificada por Chile en el año 1990. Este principio es algo difícil de conceptualizar, pero se puede decir que tiene relación con que, todas las leyes y las medidas tomadas respecto de un menor, deben serlo en atención principalmente a su interés superior, para luego buscar y determinar cuál es la mejor forma de que se vea

beneficiado y así, satisfacer las necesidades que tiene en los distintos aspectos de su vida. Por lo expresado, existió la necesidad de pensar no tanto en la situación de los padres, como quizás estaba inspirada la antigua legislación desde el Código Civil del año 1855 sino que también había que pensar fundamentalmente en el Interés Superior del Niño Dicho, concepto que cuando se invierte, es decir, en lugar de pensar en los padres, se piensa en los niños, ordena y se logran criterios que pueden permitir una legislación distinta.

6.- La antigua norma, de alguna forma, tenía ciertos criterios orientadores e inspiradores y que, en particular, acusan la necesidad o el interés del legislador de priorizar fundamentalmente a la madre en el cuidado personal de sus hijos cuando están separados. Los padres, en ese sentido, tienen un rol distinto, no tienen una vinculación regular y directa, lo que ha generado mucha dificultad.

7.- El actual artículo 225 del C.C. sólo consagró aquel Cuidado Personal Compartido que emana del acuerdo de los padres, principalmente porque esta institución funciona muy bien cuando existe una situación de cordialidad entre los padres y de no agresión, vale decir, cuando hay una relación entre los padres pacífica, no confrontacional.

Lo anterior, permite afirmar que este Cuidado Personal Compartido, de la forma en que está consagrado en la Ley Nº 20.680, es una figura promocional, una figura pedagógica, pero no es una ley de Cuidado Personal Compartido, sino que es una ley de Cuidado Personal, de relación directa y regular, pero Cuidado Personal compartido no.

8.- Se puede percibir que esta norma será de poco impacto en esta figura. Puesto que, si se parte de la base que el Cuidado Personal Compartido sólo opera cuando los padres están de mutuo acuerdo (crítica que se realizó en la tramitación de la Ley), es decir, no se le otorga la facultad al juez de ordenar el cuidado personal compartido del menor, no obstante contar con las debidas garantías consagradas en el artículo 225-2 del C.C.

9.- Cómo es posible que hoy en día el juez no pueda decir que otorga el cuidado personal compartido con la oposición de uno de los padres haciendo un ejercicio de ponderación a partir de los criterios del artículo 225-2, pero si pueda establecer una relación directa y regular en contra de la voluntad de los padres a favor de los abuelos en virtud del artículo 226 C.C. Por esto mismo, algunos autores considera que no es suficiente la norma que regula este principio, ya que por un lado no se faculta a los jueces para poder decretar el cuidado personal compartido con oposición de uno de los padres, conforme al interés superior del niño (ello se permite en la casi generalidad de los ordenamientos jurídicos). Además, no se establecen explícitamente las facultades y deberes para el padre no custodio, como de vigilancia y control y de ayuda y auxilio. Existe una contradicción, una dicotomía en no confiar en el criterio de los jueces.

10.- Es una ley que tiene la gran virtud de llamar a crear un contexto de reflexión acerca del ejercicio de nuestra propia parentalidad. Pero, en términos de actualización jurídica y en términos de adecuarnos a la legislación internacional, en términos de ponerse a tono con el derecho comparado en materia de Cuidado Personal Compartido hay mucho que hacer. Debido, principalmente, que en el derecho comparado europeo hace bastante tiempo que se eliminó los criterios de atribución preferente a la madre. En lo que respecta a las legislaciones latinoamericanas, algunas aún mantienen dicho criterio, ya que la mayoría de dichas legislaciones, están fundadas o son replicas textuales de su propio Código Civil. Por su parte, en el modelo anglosajón hace muchas décadas que se eliminó las expresiones relativas a la atribución del Cuidado Personal en razón del sexo de los padres, del sexo y edades de los hijos.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK Manasevich, René. La Filiación y sus efectos. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2000.548 p.

BAEZA Concha, Gloria. Los Nuevos Tribunales de Familia. Procedimiento Ordinario. Santiago, Chile: LexisNexis, 2005. 236 p.

BARCIA, Rodrigo. Fundamentos del derecho De Familia y de la Infancia. Santiago, Chile: Thomson Reuters Puntotex, 2011. 572 p.

BAVESTRELLO Bontá, Irma. Derecho de menores. 2ª.ed. Santiago, Chile: LexisNexis, 2003.329 p.

BIBLIOTECA del Congreso Nacional de Chile [fecha de consulta mayo a diciembre 2013]. Disponible en: <<http://www.bcn.cl/>>

CÓDIGO Civil. Ministerio de Hacienda. Diario Oficial, 30 de Mayo de 2000. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2013. 448 p.

CÓDIGO civil de Argentina. Código Civil de la República de Argentina. [fecha de consulta octubre 2013]. Disponible en:
http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf

CÓDIGO civil de Brasil. Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. Subtitulo II Las Relaciones de Parentesco. Capitulo V. 2002. 242 p. [Consulta: octubre de 2013]. Disponible en:
<https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-civil-brasil.pdf>

CÓDIGO Civil de Francia. Dra. Michèle MESTROT, Profesora de la Universidad de Pau y de los Países de l'Adour; Prof. Dr. José Javier HUALDE SANCHEZ, Catedrático de la Universidad del País Vasco (San Sebastián - Gipuzkoa); Prof. Dr. Christian LAROUMET, Catedrático de la Universidad de París II; Prof. Dr. Jean-Jacques LEMOULAND, Catedrático de la Universidad de Pau y de los Países de l'Adour. 2006. 318 p. [Consulta: mayo de 2014]. Disponible en: [file:///C:/Users/ESTEBAN/Downloads/Code_41%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/ESTEBAN/Downloads/Code_41%20(2).pdf)

CÓDIGO Civil de España. Código Civil español. Libro Primero: De las Personas. [Consulta: octubre de 2013]. Disponible en: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/1T4bis.htm>

CÓDIGO civil de Italia. Sección VI. Capítulo V: De la disolución del matrimonio de la separación de los cónyuges. [Consulta: septiembre de 2013]. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/34910064/Codigo-Civil-Italiano-Articulo-1-Al-Articulo-158>
CÓDIGO de los Niños y Adolescentes civil de Perú. Libro III: Instituciones Familiares, Capítulo II: Tenencia del Niño y Del Adolescente. 2008. 40 p [Consulta: octubre de 2013]. Disponible en http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgna/Codigo_Ninos_Adolescente.pdf:

HISTORIA de la Ley 20.680. Introduce Modificaciones al Código Civil y otro Cuerpos Legales, con el objeto de Proteger la Integridad del Menor en caso que sus Padres Vivan Separados. [Consulta: abril a septiembre de 2013]. Disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20680&anio=2013

GÓMEZ DE LA TORRE Vargas, Maricruz. El sistema filiativo chileno. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2007. 379 p.

LATHROP Gómez, Fabiola. Cuidado personal de los hijos. Análisis de la Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia. Santiago, Chile: PuntoLex S.A., 2005. 160 p.

LÓPEZ Díaz, Carlos. Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia. Santiago, Chile: Librotecnia, 2005. 791 p.

SCHMIDHT Hott, Claudia. Insituciones de Derecho de Familia. Chile: Lexis Nexis. 2004. 288 p.

ORREGO Acuña, Juan Andrés. Estudios de Derecho Privado: Libro Homenaje al Jurista René Abeliuk Manasevich. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2011. 376 p.

ORREGO Acuña, Juan Andrés. La Filiación y la Protección de los Incapaces. Apuntes del Clase. [Consulta: abril a diciembre de 2013]. Disponible en <http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho-de-familia/>

ORREGO Acuña, Juan Andrés. La Filiación y de la Relación Jurídica entre los Padres e Hijos. Apuntes del Clase. [Consulta: abril a diciembre de 2013]. Disponible en <http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho-de-familia/>

PIZARRO Wilson, Carlos. Estudios de Derecho Civil IV: Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Olmué. 2008. Santiago: Legal Publishing Chile. 2009. 757 p.

SEMINARIO Análisis de la nueva regulación sobre Cuidado Personal, Patria Potestad y Relación Directa y Regular de los niños, niñas y adolescentes en Chile; a la luz de las modificaciones introducidas por la Ley 20.680. Modificación a las reglas de atribución del cuidado personal de los artículos 225 y 226 del C.C. Talca. Chile: Organización Asociación Regional de Magistrados del Maule, 23 de agosto de 2013.

ANEXOS