

CUIDADO PERSONAL EN LA LEY 20.680

De la inconstitucionalidad a la corresponsabilidad

María José Fuenzalida San Martín*

Karina Cerda Gallardo*

Universidad Católica Silva Henríquez

Resumen

El trabajo examina la regulación del cuidado personal de los menores en caso de separación de los padres bajo la normativa previa a la Ley de Corresponsabilidad (20.680), desde la óptica de la igualdad entre los padres, concluyendo que su afectación de este derecho hacía necesaria su modificación. La segunda parte del trabajo analiza la nueva regulación, poniendo énfasis en los efectos de ella sobre el bienestar del menor en casos de separación. Se concluye con algunas observaciones críticas, basadas en los conceptos y criterios vagos de la ley, respecto de la posibilidad de que efectivamente la ley sirva, por un lado, como guía para el ejercicio de la corresponsabilidad entre los padres, y, por otro, para evitar la judicialización de los desacuerdos entre estos.

Palabras clave: Cuidado personal; Igualdad ante ley; Corresponsabilidad; Interés superior del niño.

* Egresadas de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Escuela de Derecho de la UCSH.

CHILD CUSTODY UNDER ACT 20.680: From unconstitutionality to joint parental responsibility

Abstract

The article examines the legal regulation of child custody in cases of separation of parents under rules prior to the Act on Joint Parental Responsibility (20.680), from the point of view of equality among the parents, concluding that the infringement of that right made necessary their reform. The second part examines the new rules, emphasizing their effects on the child's welfare in cases of separation. It concludes, based on the law's vague concepts and criteria, with some critical remarks on the chances of the Act to effectively serve as guide for the parents in the exercise of joint parental responsibility, on the one hand, and to prevent litigation in cases of disagreement among them, on the other.

Keywords: Child custody; Equality before the law; Joint parental responsibility; Best interests of the child.

Introducción

La presente investigación está enmarcada dentro de la regulación chilena relativa al cuidado personal de los hijos, específicamente en la situación que se genera tras la separación de los padres. En este contexto, expondremos tanto las normas del antiguo régimen, como del nuevo que se consagra con la dictación de la Ley de Corresponsabilidad, n.º 20.680, publicada el veintiuno de junio de 2013.

En cuanto a la antigua normativa analizaremos la principal norma aplicable, a saber, la contenida en el inciso primero del artículo 225 del Código Civil, la que establecía una regla de atribución legal automática en favor de la madre. Esta estipulación dio lugar a una discusión acerca de la inconstitucionalidad de la norma en razón de resultar injustificadamente discriminatoria contra el padre. Así, presentaremos los argumentos generales que

apoyaron la constitucionalidad de ella, referidos principalmente a que la regla preferente de atribución era la convencional, y que a falta de tal acuerdo se aplicaba, supletoria y automáticamente, la legal.

Por otro lado, desde la perspectiva que apoyaba la inconstitucionalidad del precepto, expondremos los principales argumentos, deteniéndonos en la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19, número 2, de la Constitución, con el objeto de demostrar que la norma legal constituía una discriminación en contra del padre sin que ello respondiera a una razón justificada. Desde esta última postura se impulsó el proyecto de ley cuyo objetivo era modificar la regulación de la materia y equiparar la situación de ambos padres mediante la implementación de la coparentalidad o cuidado personal compartido.

Analizaremos luego los rasgos generales de este proyecto, abordaremos la críticas que se presentaron ante el establecimiento de un nuevo régimen, y que se centraron en la inestabilidad que este representaría para los menores. Como contrapartida, algunos autores defendieron la necesidad de un nuevo modelo basándose en la posibilidad de observar los resultados beneficiosos de la coparentalidad que pueden encontrarse en el derecho comparado, y la posibilidad que esto representa en cuanto a replicar lo mejor de cada modelo en nuestro país.

En la segunda parte de este trabajo analizamos la Ley de Corresponsabilidad. Esta ley consagra el principio de la corresponsabilidad como primer mecanismo de atribución del cuidado personal de los hijos. Expondremos tanto las virtudes de este como aquellos problemas que se generan en virtud de la redacción y la vaguedad utilizada por el legislador.

A continuación presentamos el segundo mecanismo de atribución: el legal. Éste tiene por objeto dejar atrás las inconstitucionalidades del antiguo régimen, estableciendo como solución, el sistema de residencia del menor, a falta de acuerdo de los padres.

Finalmente exponemos la atribución judicial, la cual se establece como *ultima ratio*, pues uno de los objetivos más destacables

de esta ley, es que busca fomentar la cultura de los acuerdos. En cuanto a la intervención judicial, esta se ve complementa por una serie de directrices que el magistrado debe ponderar para otorgar el cuidado personal al otro de los padres o a un tercero.

Parte I

El antiguo régimen de cuidado personal

1. Concepto de cuidado personal

Considerando que tanto a nivel doctrinario como legal no se ha establecido un concepto claro de lo que debe entenderse por cuidado personal, para los fines de ésta investigación comenzaremos con lo que ha señalado la jurisprudencia chilena al respecto. Así, la Corte de Apelaciones de Santiago señala que el cuidado personal consiste en “el derecho de los padres a tener a sus hijos en su compañía” 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”.¹

De este concepto merece destacarse que la Corte, al referirse al cuidado personal, use tanto el término derecho como el de deber para establecer la obligación que les asiste a ambos padres respecto de los hijos. Desde luego, en la esfera del Derecho de Familia no debe entenderse obligación en el sentido patrimonial, pues el concepto que “predomina es el de ‘*deber*’ de contenido esencialmente ético”,² que surge no de la suscripción de un instrumento o contrato, sino a partir de la relación filial o de descendencia. En cuanto a los fines de ese deber, la Corte Suprema al determinar el sentido y contenido de la obligación de los padres del cuidado

¹ Véase sentencia *Cuidado personal*.

² Schmidt Hott (2004) p. 39

personal, de la crianza y educación de sus hijos ha estimado que “constituye un deber jurídico superior, que obliga legal y prioritariamente a los padres a tomar todas las medidas necesarias para la mayor realización integral de los hijos”.³

Además de la jurisprudencial, es interesante notar el concepto que el Servicio Nacional de la Mujer tienen del cuidado personal, el que define como “el derecho y deber que los padres tienen de amparar, defender y cuidar la persona del hijo o hija menor de edad y participar en su crianza y educación”.⁴ En nuestra opinión esta definición incorpora elementos adicionales relativos a la protección de los hijos, por lo que nos parece fundamental complementar el concepto aportado por la Corte y las normas del Código Civil, con el objeto de ofrecer una noción más completa y acabada de este derecho-deber. Entenderemos entonces que el cuidado personal consiste en el derecho-deber que les asiste a los padres de tener a los hijos en su compañía para criarlos, educarlos, alimentarlos, corregirlos, protegerlos y procurarles las herramientas necesarias para su mayor realización espiritual y material posible.

2. Historia de la regulación

La regulación que ha tenido la atribución legal del cuidado personal de los hijos en nuestro país, se sintetiza de la siguiente manera:

1855 Desde la dictación del Código Civil (y hasta la ley n.º 18.802 de 1989), la edad y el sexo de los hijos menores de edad fueron los factores que determinaban el cuidado personal: el cuidado de las niñas de toda edad y los niños menores de cinco años de edad correspondía a la madre, mientras que al padre correspondía el cuidado de los hijos mayores de esa edad.

³ Véase sentencia *Chacón, Mancilla y Ramírez*.

⁴ Véase el documento “Cuidado personal compartido”, disponible en hipervínculo [1]. *Cfr.* la indicación sustitutiva del Ejecutivo del 30 de marzo de 2011 en la Historia de la Ley n.º 20.680, p. 16, disponible en hipervínculo [2].

- 1935* La ley n.º 5.680 aumentó el límite de edad de la regla para los varones a diez años.
- 1952* La ley n.º 10.271 modificó la regla anterior aumentando el límite a catorce años.
- 1989* La ley n.º 18.802 eliminó la distinción entre sexos respecto de los menores y estableció que en caso de vivir separados los padres, el cuidado de todos los hijos menores de edad correspondería a la madre.
- 1998* La ley n.º 19.585 incorporó la posibilidad de que madre y padre pactasen libre y voluntariamente que uno o más de los hijos quedaran al cuidado del padre.⁵

3. Normativa vigente hasta el 20 de junio de 2013

El Código Civil regula el cuidado personal en el Título IX del Libro I, “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”, que fue agregado por el artículo 1º, número 24 de la ley 19.585, correspondiente a los artículos 224, 225 y 226.

En base a dichas normas debía distinguirse el contexto familiar en el cual se aplican las reglas de atribución del cuidado personal. Así, del Código se desprendían dos situaciones:

- i. El artículo 224 inciso 1º Código Civil establecía que, si los padres vivían juntos, el cuidado personal le era atribuido a ambos de consuno. En el caso de que el matrimonio de los padres terminara por muerte de uno de ellos, se atribuía legalmente al padre o la madre sobreviviente. Modificando la legislación anterior, la ley 19.585 extendió esta regla de atribución al padre o madre que hubiere reconocido al hijo

⁵ Véase la intervención de Paola Truffello en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, en el Primer Informe de la Comisión del 22 de junio de 2012, pp. 366 y ss.

no concebido ni nacido durante el matrimonio. Al respecto, la Corte Suprema ha estimado que el artículo 224 Código Civil consagraba un deber de los padres de carácter general, sentando que:

[e]l artículo 224 del Código Civil establece que corresponde a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos. Dicho concepto alude a un deber genérico, comprensivo de todos aquellos que corresponden a los padres respecto de sus hijos, responsabilidades que derivan precisamente de la filiación y que deben cumplirse teniendo como preocupación fundamental el interés superior del hijo, de conformidad a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 222 del Código Civil.⁶

ii. El inciso primero artículo 225 Código Civil se enmarcaba dentro de un contexto crisis familiar, fracaso y, frecuentemente, desavenencias que hayan llevado a los padres a interrumpir o terminar la vida en común junto a sus hijos. En este escenario que las reglas de atribución ofrecidas por la ley eran las siguientes:⁷

- (a) *Legal*: En caso de separación de los padres el cuidado personal de los hijos le corresponde a la madre.
- (b) *Convencional*: Ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre.
- (c) *Judicial*: 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.

⁶ Véase sentencia *González con Agüero*.

⁷ Véase *Castillo con Santander*: “[S]i los progenitores viven separados, trátase de filiación matrimonial o no matrimonial, cabe distinguir entre la atribución legal, la convencional y la judicial”.

- iii. Independiente del contexto familiar, de convivencia o separación de los padres, el Código establecía una forma de atribución del cuidado personal de aplicación general. Así, el artículo 226 consagraba la facultad del juez de, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. El criterio de elección del tercero, consistía en referir a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes.

4. Críticas a la atribución legal automática del antiguo artículo 225

Dentro de las reglas que establecía la ley, en el caso de separación de los padres, la de atribución automática del cuidado personal de los hijos a la madre generó discusión en la doctrina debido a la posibilidad a su potencial inconstitucionalidad, en razón de la vulneración al principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19, número 2, de la Constitución, en particular respecto de la figura del padre y la discriminación que implicaba la norma en su contra.

Sin embargo, la discusión sobre la presencia o no de inconstitucionalidad, el análisis puede abordarse desde dos perspectivas: la del hijo, por un lado, y la de los padres, por el otro. Desde un enfoque respecto de los hijos, la figura base para el análisis corresponde al principio del interés superior del niño. En el caso del enfoque respecto de los padres, se debe analizar el mencionado principio constitucional de igualdad ante la ley y la no discriminación.

4.1. Interés superior del niño

Pese a la consagración de este principio, tanto a nivel internacional como nacional, no existe una definición que establezca claramente cuál es su sentido y alcance, ni tampoco los elementos

que lo componen. De acuerdo con Ravetllat el querer determinar el contenido del principio es una labor complicada, porque corresponde a lo que se conoce en Derecho como concepto jurídico indeterminado o una cláusula general.⁸ En razón de lo anterior, para el autor el interés superior del niño debe sujetarse a una interpretación dinámica y flexible, que permita que el contenido del mismo se vaya perfilando y concretando caso a caso, pues si, por el contrario, si se aplicara una interpretación estática, se generarían amplias posibilidades de que muchas situaciones quedasen indebidamente excluidas de lo establecido en un concepto delimitado, con la consecuencia potencial de que el menor quede en situación de indefensión, atentando contra la finalidad misma del principio. Al respecto, el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño [CDN] ilumina acerca de la finalidad del principio del interés superior del niño que cuando establece que “el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”.

En concordancia con lo anterior, nuestra Corte Suprema ha afirmado:

Que en efecto, en estas materias cabe considerar siempre el interés superior del niño, principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo dispone el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño y, aun cuando su concepto sea indeterminado, puede afirmarse que él alude a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los niños y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad.⁹

⁸ Ravetllat (2012), p. 92.

⁹ Sentencia *Olivares con Chocobar*.

Ahora, a pesar de que la Corte Suprema confirma que no existe un concepto claro de lo que debe entenderse por interés superior del niño, se aprecia que sigue la línea de la necesidad de tener presente cuál es su objetivo para poder determinar su contenido en el caso específico. Sin embargo, de esto surge una importante controversia respecto de quién o quiénes son los llamados a decidir qué es lo que deberá considerarse para cumplir con dicha finalidad. Por regla general dichas personas son:

[R]epresentantes legales y jueces, [quienes] no operan de manera aséptica y neutral, sino que, por el contrario, en la mayoría de las ocasiones, aún actuando con la mejor intención, no logran sustraerse a sus propias convicciones y prejuicios y, consciente o inconscientemente, encaran la cuestión y valoran ese interés desde su propia óptica vital e ideología, en lugar de hacerlo pensando única y exclusivamente en el niño, con sus necesidades, sentimientos y escala de valores distintos de los que presentan los adultos.¹⁰

En virtud de ello, el juez, que es el principal llamado a determinar el contenido de este principio, tiene una labor que se torna compleja, puesto que, pese al deber de aplicar lo establecido por la norma, en esta aplicación existe una fuerte carga emotiva que se basa en su propia visión.

Para efectos de esta investigación, si bien el interés superior del niño representa una prioridad a considerar siempre para la resolución de cualquier conflicto en materia de cuidado personal, es precisamente su supremacía lo que lleva al resultado de que los planteamientos que puedan siempre ser derrotados en la práctica, esto porque como el alcance del mismo se determina en el caso concreto, el curso de nuestra investigación se relativiza, desplazando la importancia de analizar también la problemática desde el enfoque de la situación de los padres.

¹⁰ Ravetllat (2012), p. 91.

4.2. **Discusión sobre la constitucionalidad del antiguo artículo 225 respecto de la situación de los padres**

Ahora que hemos definido el ámbito de nuestra investigación, cabe señalar que respecto de la situación de los padres en materia de cuidado personal, la discusión giraba en torno a la regla de atribución legal establecida en el inciso primero del antiguo artículo 225. Esta discusión se genera porque tanto un sector de la doctrina, como una parte de destinatarios de la norma, consideraban que, entre otros argumentos que profundizaremos más adelante, el precepto era inconstitucional en tanto atentaba contra el derecho de igualdad ante la ley. En oposición, otros actores defendían su constitucionalidad en base a los argumentos que expondremos a continuación.

4.2.1. **Argumentos a favor de la constitucionalidad**¹¹

(i) *El criterio de atribución es preferentemente convencional*

Como ya señalamos, una de las opciones respecto de la atribución del cuidado personal era de carácter convencional. Esta regla estaba plasmada en el inciso segundo del antiguo artículo 225 Código Civil al señalar que mediante escritura pública 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, podían determinar que el cuidado personal de uno o más hijos correspondiera al padre.

Este criterio fue incorporado por la ley 19.585 y atiende a la autonomía de la voluntad de los padres para convenir la forma en que se regulaba el cuidado personal de los hijos. De acuerdo con Rodríguez Pinto esta autonomía puede manifestarse de distintas maneras.¹² Por ejemplo, si existen varios hijos, el padre podría

¹¹ En general, véase Rodríguez Pinto (2009).

¹² Rodríguez Pinto (2009), p. 551.

tener el cuidado personal de todos ellos o solo de algunos, en cuyo caso debía hallarse un criterio para determinar cuáles se quedarían con él y cuáles con la madre, lo que incluso podría significar que se aplicara alguna de las formas establecidas por la reglamentación histórica del cuidado personal, separando a los hermanos en atención a su edad o sexo. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha dispuesto que la atribución legal del cuidado personal tiene carácter de opcional solo en los casos en que los padres no lo hayan acordado:

De ahí que la adopción de esta regla por el legislador es una opción lícita, que, además, por su fácil aplicación, simplifica la solución de un problema que muchas veces requiere de una definición urgente para no lesionar el interés superior de los niños. Por lo demás, no se trata de una regla absoluta, desde el momento que ella puede ser alterada por acuerdo de los padres, como también por resolución judicial dictada conforme al inciso tercero del artículo en cuestión.¹³

Además, la autonomía también podía manifestarse en el acuerdo respecto del régimen de comunicación que tendrá el padre o madre que no tiene el cuidado personal, no estableciéndose un límite para la forma y regularidad de éste.

Sin embargo, dentro del mismo inciso parece contenerse un límite en tanto los padres podrían pactar de común acuerdo solo que el cuidado personal tocara al padre, es decir, del texto del artículo podía extraerse una restricción a la autonomía, consistente en que no poder entregarse por acuerdo el cuidado personal de uno o más hijos a un tercero. Así, en todos los casos en que se involucra a un tercero “viene exigida la intervención judicial y tanto el cuidado personal de los hijos como el derecho-deber de mantener con ellos una relación directa y regular se adjudican judicialmente (no por atribución legal ni convencional)”.¹⁴ Esto se

¹³ Véase sentencia *Bustamante con Álvarez*.

¹⁴ Rodríguez (2009), p. 552

vincula con lo dispuesto en el antiguo artículo 226 que facultaba al juez, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes (el orden de preferencia estaba dado por los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes).

Ahora, incluso si fuera efectivo que la primera opción era la atribución convencional, en nuestra opinión es cuestionable su viabilidad práctica porque, si partimos de la base que la disputa por determinar el cuidado personal surge con la separación de los padres, y esta, eventualmente, deriva de diferencias irreconciliables en la pareja, es difícil que precisamente en esta materia lleguen a un consenso pacífico. Como señala Rodríguez, “[e]n efecto, la parentalidad difícilmente puede ser ejercitada conjuntamente después de la separación; especialmente si la separación ha ocurrido porque los padres no pueden ponerse de acuerdo en otras cosas de la vida”.¹⁵

(ii) *Es necesaria la existencia de una regla de atribución automática*

Este argumento presenta dos aspectos. El primero responde a la necesidad de certeza jurídica respecto de la situación del menor en un contexto de crisis familiar. Si el legislador no prevé esta posibilidad, al no haber norma que supla la falta de acuerdo entre los padres, el hijo quedaría jurídicamente desprotegido durante el tiempo en que los padres logren llegar a un acuerdo, o en que el juez determine en qué progenitor se radicará el cuidado personal. En este sentido “[s]e trata de una regla que permite solucionar problemas prácticos importantes de una manera simple y segura, evitando que el niño y sus intereses queden en una situación de indefensión”,¹⁶ lo que atentaría tanto en contra del interés superior del niño, como de lo establecido en general en la CDN. Esta idea encuentra respaldo en la jurisprudencia del Tribunal

¹⁵ Rodríguez (2008), p. 1.

¹⁶ Opinión de la profesora María José Arancibia, recogida en *El Mercurio Legal* de 25 de enero de 2012.

Constitucional, el que ha señalado que:

[E]s pertinente consignar que, apreciada en abstracto, la norma cuestionada tampoco pugna con la Constitución. Efectivamente, la atribución del cuidado personal del menor a uno de los cónyuges cuando éstos se encuentran separados, parece razonable e inspirada en el interés superior del niño. La situación fáctica producida exige su protección inmediata, sin incertidumbre alguna, en tanto los padres formalizan algún acuerdo o recurren al tribunal competente.¹⁷

El segundo aspecto de este argumento tiene un carácter más práctico, y que consiste en evitar que el conflicto llegue a tribunales, lo que además de sobrecargar la labor judicial conlleva un desgaste para el menor tanto en términos psicológicos como emocionales, lo que puede significarle una mayor inestabilidad y vulnerabilidad. Como ha sostenido Carmen Domínguez:

Esa regla lo que persigue es evitar la litigiosidad en esta materia lo que constituye un objetivo loable. En efecto, en materia familiar debe evitarse en lo posible que el conflicto termine en tribunales por las grandes consecuencias que ello genera en el bienestar del niño y su familia, en términos que la judicialización del conflicto muchas veces termina con lo poco que quedaba de relación entre los padres. Por ello, la mantención de una regla legal supletoria es importante porque desincentiva esa judicialización.¹⁸

(iii) *La madre es quien cumple de mejor manera el rol de cuidar a los hijos*

El sustento de este argumento a favor de la constitucionalidad radica en consideraciones de carácter histórico respecto de los roles de género de acuerdo a las cuales la mujer posee habilidades

¹⁷ Sentencia *Bustamante con Álvarez*.

¹⁸ Domínguez (2010).

connaturales para el cuidado de los hijos y las labores domésticas, correspondiendo al hombre la administración del patrimonio. Tal entendimiento tradicional de los roles de género explica la existencia de “un derecho preferente de la mujer a ejercer el cuidado personal de los hijos, que es congruente con un esquema en el cual se asignan roles a cada sexo en el ejercicio de la parentalidad: a la mujer los niños, al hombre los bienes (El hombre es quien tiene la patria potestad, por regla general)”.¹⁹ Nuestro Tribunal Constitucional ha dado voz a esta consideración cultural, afirmando que:

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

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

La atribución provisoria del cuidado a la madre, quien usualmente lo conserva en el evento de separación, no hace sino confirmar una práctica arraigada en nuestra sociedad.²⁰

4.2.2. Argumentos a favor de la inconstitucionalidad

Antes de abordar los argumentos principales que sustentan la inconstitucionalidad de la antigua norma, nos parece importante rebatir los fundamentos en los que se basa el planteamiento contrario.

En primer lugar, respecto a la consideración de que el criterio de atribución era preferentemente convencional, consideramos que

¹⁹ Boletín n.º 7007-18.

²⁰ Sentencia *Bustamante con Álvarez*.

es discutible de acuerdo a la redacción del precepto mismo, porque el carácter convencional en esta materia se establecía *después* de disponer que si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.

Si bien compartimos el hecho de que es necesaria la existencia de una regla de atribución automática, surge la interrogante de por qué ésta no pudiera establecerse en favor de ambos padres, considerándolos en el contexto de separación como igualmente responsables del cuidado personal del hijo. Ante esto, la racionalidad y coherencia que deben existir en la legislación se ven disminuidas. Si es la ley quien expresa como derecho-deber de los padres el cuidado personal respecto de los hijos, no parece lógico que por el hecho de la separación se restrinja la participación de uno de ellos, en este caso del padre, siendo que a lo que se pone fin es a la relación de convivencia entre los adultos, pero en ningún caso se extingue la condición de padres que les asiste a ambos.

En relación a la consideración según la cual es la madre quien mejor cumple el rol de cuidar a los hijos, creemos que, si bien esta ha sido una labor ligada siempre a la figura femenina, el mismo desarrollo histórico muestra que las diferencias del rol social de hombres y mujeres se han estrechado a través de los años, por lo que no se justifica en la actualidad el mantener una regla de tales características, más aún si se considera que las luchas defendidas por diversos movimientos sociales, principalmente los feministas, reivindicaban derechos de las mujeres que giran en torno a la igualdad entre ellas y los hombres.

Tras lo precisado anteriormente, y para dar paso al fundamento de la inconstitucionalidad del precepto legal, los argumentos que analizaremos son, por una parte, que cada hijo tiene el derecho a ser educado por su padre y por su madre, *con independencia de la situación familiar*, y, por otra, el argumento sobre la vulneración que representaba la norma para el principio constitucional de igualdad ante la ley.

(i) *Derecho de cada hijo a ser educado por su padre y madre*

El derecho de que cada hijo sea educado por su padre y su madre, se manifiesta, en el contexto de separación de los padres, en que deba establecerse un régimen de comunicación directa y regular entre el menor y el padre que no vive con él. A este respecto, la relación directa y regular está consagrada tanto a nivel internacional como nacional. Así, la CDN señala que “[l]os Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” (artículo 9.3). Y ya antes de la ley 20.680 el artículo 229 del Código Civil disponía que “[e]l padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo”. De esto se sigue que el niño es titular del derecho a relacionarse en forma regular y permanente con su padre o madre que no viva con él.²¹

La jurisprudencia ha reconocido la naturaleza de derecho establecido en beneficio del niño, punto sobre el cual la Corte de Apelaciones de Concepción ha declarado:

La reforma de la ley N° 19.585, al suprimir la expresión derechos de visitas, reemplazándola por el deber a una relación directa y regular, puso énfasis en que ya no es un privilegio del padre o madre que no vive en compañía de su hijo, sino que es también un derecho del propio hijo, porque el desarrollo de su autonomía progresiva e integral exige que mantenga un régimen de comunicación fluida y filial con ambos progenitores.²²

²¹ Gómez de la Torre (2007), p. 150.

²² Sentencia *Visitais*.

El que se ponga el énfasis en un derecho propio del hijo permite entender que su desarrollo y crecimiento están directamente ligados a la mayor presencia posible de ambos padres, lo que constituye un aspecto fundamental de la estabilidad y realización material y espiritual del menor. Más aun, se trata del reconocimiento de un derecho que “mira la formación futura e integral de los jóvenes de saberse hijos de determinados sujetos en miras al establecimiento de su propia identidad [...] pues la ley lo establece como esencial, por lo que debe ser fomentado y garantizado, como garantía en resguardo de los derechos de los menores”²³

(ii) *Igualdad ante la ley*

Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La igualdad ante la ley se encuentra regulada tanto en el plano internacional como nacional. En el ámbito internacional, el artículo 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos la obligación de garantizar “a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”. Asimismo, en su artículo 26 establece que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley”, y continúa afirmando que en consecuencia “la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas la protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra condición social”.

Además, encontramos la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece en su artículo 1 la obligación de los estados de respetar los derechos ahí reconocidos “sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole”. El artículo 24 refuerza esta idea al establecer que “todas las personas son iguales ante la ley” de manera que “[e]n consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección en la ley”.

²³ Sentencia *Gaete con Meyer*.

En el ordenamiento jurídico chileno, este derecho tiene consagración a nivel constitucional en el artículo 1º, inciso primero: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Fortaleciendo esta idea, encontramos el artículo 19, numeral 2º, que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, y en particular declara que hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Concepto. Para entender qué es el derecho de igualdad ante la ley, recurrimos tanto a la doctrina nacional como a la jurisprudencia del TC.

La doctrina afirma que el derecho a la igualdad ante la ley “*significa que, en todos los aspectos relevantes, las personas deben ser tratadas y consideradas de igual manera a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo*”.²⁴ El mismo autor precisa que “[e]l derecho a la *igualdad ante la ley y en la ley* constituye un derecho subjetivo, ya que es una facultad o atributo inherente a toda persona a no ser objeto de discriminación, vale decir, de un trato basado en diferencias arbitrarias”.²⁵

Este derecho fundamental es de la esencia de la persona y forma parte de la dignidad de la misma, y por ende todos deben ser considerados y tratados como iguales. No obstante, es lícito efectuar diferencias en el trato siempre que existan razones que obedezcan a los criterios establecidos para ello. En cuanto a esto último, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

El principio de igualdad significa [...] que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes.²⁶

Criterios que justifican la diferenciación. Existen diversos criterios que debe cumplir una norma para establecer lícitamente una

²⁴ Nogueira (2008) p. 230, cursivas del autor.

²⁵ Nogueira (2008), p. 230.

²⁶ *Requerimiento de inconstitucionalidad.*

diferenciación justificada. Es así que encontramos que “[e]l derecho a la igualdad no tiene un carácter autónomo, sino relacional”,²⁷ es decir, solo es posible establecer si una persona se encuentra en una posición de igualdad o desigualdad *en comparación* con otra persona, y así es posible determinar si están siendo discriminadas o no. En la práctica, para lograr establecer esto, es necesario que ambos sujetos estén en una situación análoga, es decir, no necesariamente en una idéntica situación, pero sí en situaciones tales que los elementos a analizar permitan realizar una comparación.

Vimos anteriormente que se permite establecer diferencias de orden legal entre las personas, lo que refleja que la igualdad es relativa y que los requisitos a respetar, para que se permita una desigualdad, se establecen con el objeto de evitar que éstas sean arbitrarias e injustificadas. En este contexto el Tribunal Constitucional ha afirmado que:

No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo.²⁸

Por tanto, para poder establecer una diferenciación es necesario que ésta se funde en un motivo razonable, que considere quiénes se encuentran en una misma condición, y por tanto, no puede ser arbitraria. Sin embargo, los requisitos de racionalidad y no arbitrariedad son insuficientes *per se*, ya que el principio de igualdad

²⁷ Nogueira (2008), p. 230 cursivas del autor.

²⁸ Sentencia *Entidades financieras en liquidación*.

no consiste únicamente en la prohibición de tratos desiguales sin una justificación racional y carente de arbitrariedad, sino que además debe atender a un criterio de proporcionalidad. Es así como el Tribunal Constitucional ha dispuesto:

Que tratándose de un examen abstracto, [...] debe ponderarse según el criterio de razonabilidad, teniendo presente sus dimensiones de adecuación o idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad.²⁹

En síntesis, para poder establecer una diferenciación es necesario que primero se realice la comparación entre las personas que se encuentran en situaciones similares y determinar si es necesario constituir una diferenciación, de ser así, ésta debe ser razonable, justificada y proporcional. Desde luego, el rol del Estado a este respecto es central, como ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda la actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones; relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos [...] Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúan bajo su tolerancia y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas³⁰.

El Estado, es por tanto, el primer llamado al respeto del derecho fundamental de igualdad. Por ello debe utilizar todas sus herramientas para respetar y garantizar el respeto de este derecho. En particular, la labor del poder ejecutivo y del legislativo de configurar diferenciaciones, solo es lícita cuando ellas sean procedentes y conforme a los criterios mencionados. En la medida en que esto

²⁹ Sentencia *Inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres*.

³⁰ Opinión Consultiva OC-18/03, sobre migrantes indocumentados

últimos no sean satisfechos, la discriminación resultará ser una diferencia arbitraria, un caso de desigualdad en el tratamiento de las personas carente de justificación objetiva y razonable, como asimismo, es el tratamiento igual de personas que se encuentran en situaciones en que hay diferencias jurídicas relevantes, que obligarían a un tratamiento diferenciado³¹.

De acuerdo a lo expuesto hasta ahora, queda en evidencia la necesidad de una regla los argumentos a favor de la consitucionalidad de atribución automática del cuidado personal a la madre, vulneraba la igualdad en el trato entre hombres y mujeres, generando una discriminación de aquellas prohibidas, tanto a nivel internacional como nacional, una discriminación por sexo. Esta diferenciación es carente de toda razonabilidad, justificación y proporcionalidad, esto porque en cuanto a al cuidado personal de los hijos, no determina mayor o menor capacidad, y, por lo mismo, tampoco asegura el debido resguardo al interés superior del niño.

4.3. Consideraciones anteriores aplicadas al cuidado compartido

Ante la posibilidad cierta de que, para terminar con la situación de trato desigual, se introdujera en la regulación el cuidado personal compartido, algunos de los argumentos a favor de la constitucionalidad de la regulación antigua reaparecieron como críticas a la regulación que se trataba de aprobar.³² Tales argumentos siguieron las ideas de parte de la dogmática.

En tal sentido, Rodríguez Pinto (2008) afirma que el mecanismo de atribución automática del cuidado personal compartido trae consigo serias dificultades, sobre todo en cuanto a su aplicación. Señala que este generaría una grave inestabilidad para los hijos, y que, por tanto, el principio del interés superior del niño no aconseja este tipo de soluciones sobre tuición. La autora afirma:

³¹ Nogueira (2008), p. 236

³² Los boletines (refundidos) que resultaron en la Ley 20.680 fueron los 5917-18 y 7007-18.

[E]s sabido que los hijos necesitan estabilidad y seguridad para desarrollar una personalidad armónica, equilibrada e, incluso, virtuosa. El interés superior del niño debería proteger [...] en esta materia, ambos objetivos: la estabilidad y seguridad de un hogar, y el auxilio de ambos padres en el proceso de madurez.³³

El punto es reforzado por la constatación que, de acuerdo a la normativa vigente, el hecho de que el cuidado personal sea ejercido por uno de los padres del menor no implica que se termine el vínculo entre el hijo y el padre no custodio, pues el mismo Código establecía que dicho vínculo se mantendría a través del sistema de relación directa y regular consagrado en el antiguo artículo 229 Código Civil, relación que ha de ejercerse con la frecuencia y la forma que acuerden los padres o, en su defecto, de acuerdo al modo que establezca el juez, no existiendo en caso alguno un atentado a la relación filial en el sistema vigente en la época.

Un mecanismo de atribución compartida, se establecería para potenciar el derecho de los padres al cuidado personal y no estaría velando por los hijos y una estabilidad integral para los mismos, colocándolos en un estado aun mayor de vulnerabilidad ante la separación de los padres.

En respuesta a la supuesta inestabilidad que podría provocar para el menor la implementación del cuidado personal compartido en Chile, parte de la doctrina respalda su conseagración llamando la atención sobre el hecho de que el derecho comparado habla a favor de la regulación.

Para la discusión de este punto deben distinguirse al menos dos modelos de custodia o cuidado personal de hijos de padres separados: la custodia unilateral, cuando es ejercida solo por uno de los progenitores, como es el caso de chileno; y la custodia compartida, reconocida legalmente en Estados Unidos, Francia, Alemania, España, Italia, Suecia, Holanda, Australia y Bélgica, entre otros países.³⁴

³³ Rodríguez Pinto (2008), p. 3.

³⁴ Lathrop (2005), p. 81.

Los orígenes de la custodia compartida se encuentran en el derecho anglosajón, con la promulgación en 1925 del *Guardianship of Infants Act*, en Inglaterra, en que se reconoce a la madre los mismos derechos sobre los hijos que hasta entonces ejercía el padre. Se inicia así un largo proceso dirigido a situar a ambas figuras parentales en un plano de igualdad en todas las esferas relacionadas con el cuidado y crianza de los hijos. En Estado Unidos, se afirma que California fue el primer Estado en regularlo, aunque hay quienes sostienen que el primer antecedente se encuentra en la legislación de Carolina del Norte.³⁵

La custodia compartida es definida por Lathrop³⁶ como aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial 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 residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados.

Entre los principios que han inspirado la implementación de la custodia compartida, se distingue la igualdad real entre hombre y mujer, la corresponsabilidad parental, y el derecho del niño a la coparentalidad, es decir, a mantener un contacto frecuente con ambos progenitores, no obstante la situación de ruptura de pareja.³⁷

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ Lathrop (2008), p. 13.

³⁷ Schmidt (2009), p. 493, define el principio de coparentalidad como: “la responsabilidad parental compartida de los progenitores de criar, educar y asistir a sus hijos, todos los cuales importan deberes de alto contenido ético que escapan a los principios que sustentan el Derecho patrimonial”, citado en la intervención de Paola Truffello en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, en el Primer Informe de la Comisión del 22 de junio de 2012, pp. 355. Acuña San Martín (2004), p. 31, la define como “la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos”.

5. Conclusiones sobre el antiguo artículo 225

El precepto legal contenido en el antiguo artículo 225 inciso primero Código Civil era inconstitucional a la luz del derecho fundamental de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 de la Constitución.

La inconstitucionalidad estaba dada porque establecía una discriminación en contra del padre que no obedecía a los criterios de proporcionalidad, racionalidad y justificación, resultando por tanto arbitraria al atender a una de las categorías establecidas en el plano internacional, respecto de las cuales está prohibido discriminar, concretamente en cuanto al sexo.

Por lo demás, el legislador, al establecer la regla de atribución automática en favor de la madre, reforzaba la creencia y tradición histórica de que es la mujer quien tiene mayores aptitudes para tener bajo su cuidado la crianza de los hijos, lo que no se ajusta necesariamente a la realidad actual de nuestra sociedad.

Creemos que efectivamente es necesaria la existencia de una regla de atribución automática del cuidado personal de los hijos ante la separación de los padres, pero ésta debe establecerse en función de ambos progenitores, para así fortalecer la corresponsabilidad y con ello también proteger el interés superior del niño.

Parte II

El cuidado personal luego de la Ley 20.680

1. Reformas introducidas por la Ley

En cuanto a las reformas que introduce la *Ley de Corresponsabilidad*, a continuación profundizaremos solo en aquellos artículos que se refieren al tema objeto de esta investigación, a saber, los actuales 224, 225, 225-2 y 229 del Código Civil.

En primer lugar, el nuevo artículo 224 señala que “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”. La importancia de este precepto consiste en la incorporación que hace de la corresponsabilidad parental como principio rector en cuanto al cuidado de los hijos, tanto para los casos en que los padres vivan juntos como aquellos en vivan separados.

Por su parte, el nuevo artículo 225 Código Civil establece que:

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 subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

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

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

En cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el

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

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

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

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

De acuerdo a su estructura, y a diferencia del antiguo artículo 225 Código Civil, el nuevo artículo establece en su inciso primero, como *primer mecanismo* de atribución del cuidado personal, el convencional. Además, de su lectura se desprende que por medio de este acuerdo el cuidado personal solo puede pactarse por y para los padres, excluyendo la posibilidad de que este sea entregado a un tercero. Respecto de esta situación y en cuanto a la naturaleza jurídica del acuerdo y sus eventuales sanciones por incumplimiento, trataremos más adelante.

El inciso segundo incorpora una definición de cuidado personal compartido, lo que pese a ser destacable, presenta inconvenientes en cuanto a la vaguedad de los términos utilizados por el legislador, lo que también desarrollaremos en lo sigue.

En el inciso tercero, se establece el *segundo mecanismo* de atribución del cuidado personal, a saber, el de carácter legal au-

tomático. Esto representa un cambio sustancial pues se desprende que tras la reforma se prioriza el acuerdo, y solo en ausencia de este la regla legal. En este caso el cuidado personal no se radica ya, como establecía el criterio legal previo a la reforma, automáticamente en la madre, sino en el padre o madre con quien el hijo se encuentre conviviendo. Esto último termina con la distinción de género que existía en el antiguo precepto y que entregaba a la madre el cuidado personal de los hijos en el caso de no existir acuerdo, resolviendo así la inconstitucionalidad.

Los incisos cuarto, quinto y sexto se refieren, en tanto, a la atribución judicial del cuidado personal, regulando la forma de intervenir, los límites y las atribuciones en que el tribunal deberá fundar su decisión.

Finalmente, el inciso séptimo establece la inoponibilidad a terceros de aquellos nuevos acuerdos o resoluciones cuya subinscripción no haya sido cancelada por una posterior. Respecto de este punto surge la interrogante respecto de en qué tipo de casos cabría hacer valer la inoponibilidad en materia de cuidado personal, o bien en que forma podría afectar a un tercero un nuevo acuerdo o resolución en esta materia, de manera tal que se justifique el establecer la inoponibilidad en su favor. Algunos ejemplos permiten ilustrar en qué casos pudiera ser procedente alegar la inoponibilidad. Considérese el caso en que, por inhabilidad física o moral de ambos padres, el juez determine que el cuidado personal del menor quede entregado a un tercero de forma temporal, mientras los padres cumplen, por ejemplo, una terapia de fortalecimiento de habilidades parentales o de rehabilitación, según sea el caso. Por su parte, el tercero, mientras tenga el cuidado personal del niño, puede realizar gestiones mediante la que, como administrador temporal de los bienes del menor, obtiene algún beneficio –por ejemplo, económico, en forma de una beca– y que podrá hacer valer durante el cuidado personal. Luego, cumplido el tratamiento por parte de los padres, el juez podría reestablecer en estos el cuidado personal. En este punto, existe una nueva sentencia que cambia la situación del tercero toda vez que conlleva el cese de su

titularidad en cuanto al cuidado personal, pero mientras ésta no se subinscriba en la forma que señala el artículo 225, ese tercero podrá alegar la inoponibilidad de la resolución, lo que le permitirá continuar cobrando el beneficio económico gestionado.

Otro ejemplo a considerar puede ser que los padres decidan modificar el cuidado personal, pasando de un régimen donde éste recae en uno solo de ellos, a un régimen de corresponsabilidad. En virtud de este sistema, las decisiones respecto de, por ejemplo, la religión o la educación del hijo, deben ser tomadas conjuntamente por ambos padres. Imaginemos que, celebrado el acuerdo de coparentalidad, y mientras este aún no se encuentre subinscrito, uno de los padres, desconociendo el acuerdo, decide, unilateralmente, cambiar de colegio al menor y realizar los trámites de matrícula. Cuando el otro padre tenga noticia de la situación, podría concurrir al colegio y presentar el acuerdo, pues es razón de éste le correspondía haber participado en la toma de tal decisión, y en cuanto esto no sucedió solicita cancelar la matrícula del hijo. En este punto, el colegio como tercero, puede alegar la inoponibilidad del acuerdo, pues pese a constar por escrito, no se habría satisfecho lo establecido en el artículo 225 respecto de la subinscripción como mecanismo de cancelación de un acuerdo anterior.

Ahora, siguiendo con el análisis del nuevo articulado, la incorporación del nuevo artículo 225-2 entrega los criterios que el juez debe considerar al momento de establecer el régimen de cuidado personal. El precepto señala:

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.

La norma contrasta con la situación previa, pues entre los criterios que establecía la legislación anterior para la atribución judicial del cuidado personal, encontrábamos que estos se limitaban al maltrato, descuido u otra causa calificada, o bien a la inhabilidad física o moral de ambos padres. Con la reforma, entonces, se incorpora este catálogo de criterios que el juez debe ponderar y considerar conjuntamente para poder determinar a quién entregará el cuidado personal, lo que se encuentra en concordancia con el inciso quinto del artículo 225, que establece la prohibición para el juez de fundar su decisión exclusivamente en la capacidad económica de los padres.

2. Atribución convencional del cuidado personal

El inciso segundo del artículo 225 establece el régimen de cuidado personal compartido y, como señalamos anteriormente, define qué debe entenderse por tal. Señala también la forma en que se ha de materializar, esto es, mediante un sistema de residencia que asegure una *adecuada estabilidad y continuidad*.

En base a los términos utilizados por el legislador, nos parece confuso que defina la corresponsabilidad entregando características que se refieren a la *manera* de llevarla cabo, sin señalar bajo qué circunstancias fácticas se entiende que se le está dando cumplimiento a dicho sistema.

Así, por ejemplo, surgen interrogantes como la siguiente: ¿Es equivalente el acuerdo sobre régimen de corresponsabilidad al acuerdo completo y suficiente regulado en la Ley de Matrimonio Civil?

Para responder a esta pregunta, ante todo, debemos señalar que con la *Ley de Corresponsabilidad* se modifican normas de diversos cuerpos legales, entre ellas, la del artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil. Dicha disposición establece el acuerdo regulador en caso de separación de hecho de los cónyuges, el cual debe abarcar tanto sus relaciones mutuas como la situación respecto de los hijos si los hubiere. Con la modificación se introduce en la parte final del inciso segundo que “en este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido”.

Lo anterior significa que para el legislador la corresponsabilidad es perfectamente regulable mediante el mecanismo señalado anteriormente, y que, de hacerse a través de él, ambos instrumentos quedan necesariamente vinculados. Esto tiene sentido si entendemos que ambos se originan en un contexto de separación de los padres, y en virtud del cual se genera la necesidad de regular las diversas situaciones que puedan afectarlos tanto a ellos entre sí como a sus hijos.

Sin embargo, nos parece que su aplicación respecto del cuidado personal compartido es errónea, pues, ante lo novedoso de la corresponsabilidad y las particularidades que esta presenta, la simplicidad normativa en la que incurre el legislador genera vacíos e imprecisiones que atentan directamente contra el objetivo que se supone persigue el perfeccionamiento de la legislación a través de modificaciones que la ajusten a la necesidad social que se pretende regular.

Para aclarar lo anterior, analizaremos el instrumento en ambos casos, en cuanto a forma y contenido del mismo.

Según el artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil, el acuerdo completo y suficiente es aquel en que se regulan materias tales como: alimentos que se adeuden entre cónyuges, materias relacionadas con los bienes del matrimonio contraído bajo el régimen de sociedad conyugal o participación en los gananciales, además de todo lo relacionado con los hijos en caso de que existan, por ejemplo, alimentos, relación directa y regular, cuidado personal, etcétera.

En lo relativo a los hijos, creemos necesario, ante todo, distinguir si nos referimos al cuidado personal, a la relación directa y regular, o al régimen de alimentos. Si hablamos de régimen de cuidado personal, a su vez, hay que subdistinguir si corresponde a uno o a ambos padres. Ante todo, la Ley de Matrimonio Civil no establece en el artículo 21 una exigencia de formalidad respecto de la celebración del acuerdo completo y suficiente para los efectos de regulación solo en atención a las materias que debe contener, sino que al señalar en su artículo 22 que el acuerdo que conste por escrito en escritura pública o acta extendida y protocolizada ante notario público, en acta extendida ante un Oficial del Registro Civil, o en transacción aprobada judicialmente, lo que hace es establecer la forma en que dicho acuerdo otorgará fecha cierta al cese de convivencia.

De lo anterior se desprende que para esta ley el establecimiento de un acuerdo completo y suficiente por sí solo no requiere de una formalidad específica. Así, por ejemplo, si tras la separación

de hecho los cónyuges concurren al Registro Civil y firman un acta de cese de convivencia, estarían con ello automáticamente estableciendo su fecha cierta, por lo que si posteriormente llegan a acuerdo respecto de las materias relativas a la situación de los hijos podrían, en apariencia, hacerlo por medio de un instrumento distinto de los mencionados anteriormente. Creemos que es por este motivo que para dar al acuerdo la formalidad correspondiente se establece el artículo 225. Así, dicha norma establece que el acuerdo completo y suficiente debe otorgarse por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Conjuntamente señala que el mismo podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades. De esta forma, cualquiera sea el régimen de cuidado personal acordado, no hay diferencia *formal* alguna entre el acuerdo que menciona el artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil y el que regula el artículo 225 del Código Civil.

Sin embargo, las complicaciones surgen al analizar ambos acuerdos respecto del contenido y la manera en que ha de regularse efectivamente el ejercicio del cuidado personal compartido, en cuanto al régimen de relación directa y regular y al de alimentos. Respecto de la relación directa y regular, el nuevo artículo 229 Código Civil señala:

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

Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre

o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable.

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

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

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

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

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

De esta norma surge la siguiente contradicción: El inciso primero comienza señalando que la relación directa y regular es un derecho que le asiste al padre o madre *que no tenga el cuidado personal*, y que su frecuencia y libertad se acordará con quien tenga el cuidado

personal del menor mediante las convenciones establecidas en el inciso primero del artículo 225, es decir, las que radican el cuidado personal en uno solo de los padres o en ambos.

Por su parte, el inciso segundo del 229, al definir la relación directa y regular deja en claro que corresponde al vínculo entre el hijo y el padre o madre que no ejerce su cuidado personal, y, a mayor abundamiento, el artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil confirma que la relación directa y regular es aquella “que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado”.

Por una parte, entonces, de acuerdo a la definición de uno y otro régimen, es ilógico esperar que se pueda fijar la relación directa y regular en el sistema de cuidado personal compartido, pues el primero requiere que uno de los padres tenga el cuidado personal y el otro no, siendo este último quien tiene el derecho de reclamarlo como tal, mientras que el segundo implica que ambos padres tienen el cuidado personal del hijo en iguales condiciones.

Por otra parte, incluso sin atender a las definiciones establecidas en la ley para ambos regímenes, tanto para el del artículo 225, inciso segundo, como para el del artículo 229, inciso segundo, sino atendiendo solo al sentido natural y obvio de los mismos, ¿es posible tener el cuidado personal del hijo sin tener con él una relación directa y regular? Creemos que en ausencia de una ley más acabada en cuanto a lo que se incluye dentro del cuidado personal compartido la respuesta sigue siendo negativa. Por lo tanto, en un sentido u otro, lo establecido en el artículo 229 del Código Civil es incompatible con la corresponsabilidad.³⁸

En lo relativo al régimen de alimentos, ni en el Código Civil ni en leyes especiales se define lo que debe entenderse por alimentos. De acuerdo con Rossel,³⁹ en la doctrina nacional, los alimentos, desde un punto de vista jurídico, se han definido co-

³⁸ En el mismo sentido, María Sara Rodríguez, “Nuevas normas sobre tución y patria y potestad II”, en *El Mercurio Legal*, 30 de julio de 2013. Disponible también en hipervínculo [3].

³⁹ Rossel (1994) p. 334.

mo las prestaciones a que está obligada una persona respecto de otra de todo aquello que resulte necesario para satisfacer las necesidades de su existencia. Juan Andrés Orrego⁴⁰ agrega a este concepto, que esta obligación subsistirá, en la medida que el obligado esté en condiciones de satisfacerla y el acreedor justifique su necesidad de reclamarla. Ramos Pazos, en tanto, complementa definiendo el derecho de alimentos como aquél “que la ley otorga a una persona para demandar de otra, que cuenta con los medios para proporcionárselos, lo que necesite para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, que debe cubrir a lo menos el sustento, habitación, vestidos, salud, movilización, enseñanza básica y media, aprendizaje de alguna profesión u oficio”.⁴¹

La doctrina extranjera señala, por su parte, que los alimentos comprenden “todo aquello que una persona tiene derecho a percibir de otra -por ley, declaración judicial o convenio- para atender a su subsistencia, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción”.⁴² Por otro lado, el Instituto Interamericano del Niño, éste entiende la pensión alimenticia como la “prestación de tracto sucesivo destinada a la asistencia económica de una persona -sustento, vestuario, medicamentos y educación-, cuya existencia surge de la ley, contrato y testamento”.⁴³ Nuestra Corte Suprema, por su parte, considera los alimentos como “las subsistencias que se dan a ciertas personas para su mantenimiento, o sea, para su comida, habitación y aún en algunos casos para su educación, y corresponde al juez regularlos en dinero, periódicamente, o en especies”.⁴⁴

De lo anterior podemos desprender que en lo que respecta a los alimentos no se alude a un régimen de cuidado personal determinado para establecerlos, por lo que no aparece como incompatible con el régimen de corresponsabilidad, pudiendo los padres, en razón del mismo, regular prácticamente de cualquier forma el

⁴⁰ Orrego (2009), p. 326.

⁴¹ Ramos (2000) p. 499.

⁴² Obal (1979), p. 645.

⁴³ Bavestrello (2003), p. 79.

⁴⁴ Citada por Abeliuk (2000), p. 378.

modo en que concurrirán a la satisfacción de esta materia. Los alimentos deben regularse cualquiera sea el régimen de cuidado personal que se establezca, ya sea por acuerdo de los padres, por disposición de la ley o por resolución judicial.

Así, bien podría suceder que inicialmente los padres acuerden, por ejemplo, que los alimentos se fijen de forma equitativa respecto de los gastos, en proporción a sus remuneraciones, que cada uno se haga cargo de los gastos que se generen dentro del tiempo que le corresponda estar con el menor, que dejen solo su regulación para un momento posterior, que derechamente no regulen la materia, etcétera, pues el legislador no reglamenta el contenido de dicho acuerdo.

Ahora bien, creemos pertinente situarnos en el contexto de la judicialización, sea en cuanto a alimentos o a la relación directa y regular, pues en un escenario así, en el régimen de corresponsabilidad, surge una complicación importante que la ley no aborda, esto es, establecer a quién corresponde la titularidad de la acción para reclamar alimentos y relación directa y regular.

En virtud del artículo 264, inciso primero, el hijo no puede parecer en juicio sino autorizado o representado por el padre o la madre que ejerce la patria potestad, o por ambos, si la ejercen de manera conjunta. A su vez, el artículo 245 del Código Civil, también modificado por la Ley de Corresponsabilidad, establece que si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por quien tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, o por ambos, de conformidad al artículo 225.

Si la patria potestad se ejerce por uno solo de los padres, se aplica lo establecido en el inciso tercero del artículo 244, que señala que los padres podrán actuar indistintamente en los actos de mera conservación. Respecto del resto de los actos, se requerirá actuación conjunta. En caso de desacuerdo de los padres, o cuando uno de ellos esté ausente o impedido, o se negare injustificadamente, se requerirá autorización judicial.

Así, quien tiene el cuidado personal del hijo ejerce también la patria potestad, salvo resolución judicial en contra. Hasta aquí

el problema de determinar quién puede demandar alimentos o relación directa y regular sigue sin respuesta, pues de todas las normas citadas, es claro que en régimen de corresponsabilidad puede perfectamente establecerse el ejercicio conjunto de la patria potestad, y así seguimos sin poder distinguir la legitimación activa de la pasiva respecto de los alimentos y la relación directa y regular.

Además del vacío anterior, al analizar el artículo 244, aparece otra situación, a saber, que si no hay acuerdo entre los padres, se requerirá autorización judicial, lo que se opone a uno de los objetivos de la ley, que consiste precisamente en evitar la judicialización. Finalmente creemos que la respuesta a la interrogante planteada solo podría integrarse mediante la jurisprudencia que vaya generándose por la aplicación de la ley al caso particular.

Retomando el análisis del texto del nuevo artículo 225, y teniendo presente que, respecto de la atribución convencional del cuidado personal, los únicos intervinientes son los padres, pareciera que este sistema se satisface con el solo hecho del acuerdo, independiente de su contenido. Por tanto, a la luz del principio de la corresponsabilidad, resulta difícil, si es que no imposible, determinar en la práctica qué es lo adecuado.

Si bien los padres, en la búsqueda del acuerdo, deben responder al interés superior de los hijos, creemos que lejos de establecerse un parámetro para el cumplimiento de la corresponsabilidad, nos encontramos con una mayor dificultad puesto que el carácter polémico e indeterminado en la jurisprudencia, la doctrina, y las normas internacionales, del contenido de dicho principio, difícilmente podría representar una fórmula que permita *a los padres* distinguir cuándo la exigencia estará satisfecha.

El espíritu de la legislación busca estimular la práctica de acuerdos entre los padres, con el objeto de evitar así la judicialización y la exposición de los niños a procesos que pudieran ser perturbadores para ellos. Sin embargo, si no existen criterios ni límites claros para lograr dichos acuerdos, esto podría devenir en un problema mayor, donde los más afectados, finalmente, serán

los niños. Tal situación nos parece inaceptable, por lo que creemos necesario destacar en este punto lo que establece el artículo 21 inciso final de la Ley de Matrimonio Civil, que señala que “los acuerdos antes mencionados deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables”. Frente a este mandato, insistimos, ¿cómo pueden saber los padres por sí solos cuáles son los límites de estos derechos irrenunciables? Esta interrogante representa un defecto de la ley que encuentra una solución necesariamente ligada al rol del juez, por lo que el punto será desarrollado al referirnos a la atribución del cuidado personal de carácter judicial.

Atendiendo a que en este mecanismo de atribución no hay más intervinientes que los padres, se presenta la siguiente problemática: ante un incumplimiento, ¿cuáles son las sanciones aplicables? Para determinar esto debemos distinguir entre incumplimientos de forma y de fondo. En cuanto a las sanciones por incumplimiento de la formalidad del acuerdo, debemos referirnos a la naturaleza jurídica de este. Hecho este análisis, pasaremos a referirnos a las sanciones aplicables al incumplimiento de los mínimos legales, es decir, al fondo del acuerdo.

El artículo 225 señala que el acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil. Aquí nos remitimos al inciso primero del artículo 1699 del mismo Código que establece que “instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario”, y en su inciso segundo señala que el “otorgado ante escribano e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública”. El artículo 403 del Código Orgánico de Tribunales, en tanto, define la escritura pública como “el instrumento público o auténtico otorgado con las solemnidades que fija esta ley, por el competente notario, e incorporado en su protocolo o registro público”. Las exigencias y solemnidades legales de la escritura pública, a su vez, las encontramos en los artículos 404 al 411 del mismo cuerpo legal. En cuanto a las sanciones por incumplimiento de las solemnidades legales, encontramos causales

genéricas y específicas de nulidad de la escritura pública. Las genéricas son todas aquellas que derivan de la circunstancia de no haberse otorgado con estricto cumplimiento de las solemnidades legales. Son específicas aquellas que señalan los artículos 412 al 414 del mismo Código.

Así, la naturaleza jurídica del acuerdo establecido en el artículo 225 del Código Civil corresponde a una escritura pública, cuyo incumplimiento deriva del no respeto de las solemnidades que la ley establece para tales instrumentos, y ante lo cual las sanciones ya se encuentran establecidas en las normas que hemos señalado.

En cuanto al contenido del acuerdo, como señalamos, el artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil, establece que a lo menos se deben regular los alimentos, el cuidado personal, y la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado.

Establecidos los alimentos y la relación directa y regular, encontramos que las sanciones por su incumplimiento se establecen en las normas descritas a continuación. Respecto de los alimentos las sanciones se regulan en los artículos 14 y 16 de la Ley 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias. La primera de estas disposiciones establece que si el alimentante:

[N]o hubiere cumplido su obligación en la forma pactada u ordenada o hubiere dejado de pagar una o más de las pensiones decretadas, el tribunal que dictó la resolución deberá, a petición de parte o de oficio y sin más trámite, imponer al deudor como medida de apremio, el arresto nocturno entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente, hasta por quince días. El juez podrá repetir esta medida hasta obtener el íntegro pago de la obligación.

La segunda norma señala que existiendo una o más pensiones insolutas, el juez, a petición de parte:

ordenará, en el mes de marzo de cada año, a la Tesorería General de la República, que retenga de la

devolución anual de impuestos a la renta que corresponda percibir a deudores de pensiones alimenticias, los montos insolutos y las pensiones que se devenguen hasta la fecha en que debió haberse verificado la devolución (...) Suspenderá la licencia para conducir vehículos motorizados por un plazo de hasta seis meses, prorrogables hasta por igual período, si el alimentante persiste en el incumplimiento de su obligación.

Respecto de la relación directa y regular, el artículo 66 inciso tercero de la Ley 16.618 establece que:

El que fuere condenado en procedimiento de tuición, por resolución judicial que cause ejecutoria, a hacer entrega de un menor y no lo hiciere o se negare a hacerlo en el plazo señalado por el tribunal, o bien, infringiere las resoluciones que determinan ejercicio del derecho a que se refiere el artículo 229 del Código Civil, será apremiado en la forma establecida por el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil. En igual apremio incurrirá el que retuviese especies del menor o se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del tribunal.

A su vez, el artículo del Código de Procedimiento Civil citado en la norma señala que:

Cuando se pida apremio contra el deudor, podrá el tribunal imponerle arresto hasta por quince días o multa proporcional, y repetir estas medidas para obtener el cumplimiento de la obligación.

Cesará el apremio si el deudor paga las multas impuestas y rinde además caución suficiente, a juicio del tribunal, para asegurar la indemnización completa de todo perjuicio al acreedor.

De acuerdo a lo expuesto, queda claro que tanto en materia de alimentos como de relación directa y regular se prescriben sanciones por el incumplimiento, sin embargo, es necesario destacar que en ambos casos las sanciones se establecen y se hacen valer en relación a un contexto de judicialización.

Como para el acuerdo se requiere solo la intervención de los particulares, que no necesariamente sabrán si están respetando los contenidos mínimos legales ni lo que implica el respeto al interés superior del niño, basta con que no se genere ningún tipo de controversia respecto del cumplimiento de los términos del acuerdo, para que esto jamás llegue a conocimiento de un tribunal. Así, es imposible aplicar alguna de las sanciones establecidas en la ley pues estas requieren resolución judicial.

3. Atribución legal automática del cuidado personal

Como señalamos anteriormente, la ley mantiene el mecanismo de atribución legal automática para aquellos casos en que no exista acuerdo. En este evento el cuidado personal queda entregado ya no a la madre exclusivamente, sino que al padre o madre con quien el hijo esté conviviendo.⁴⁵ Si bien el nuevo precepto elimina la distinción respecto del género, el problema que vemos en este mandato es que el legislador no señala qué es lo que determina la convivencia. No queda claro si ésta responde a un criterio meramente de residencia o a los diversos criterios en torno a los cuales es posible analizar la relación que pueda existir entre el hijo y su padre o madre, por ejemplo, la vivienda en la que duerme, con quién pasa más tiempo el menor, quién se encarga de que el menor asista a sus distintas actividades, etcétera.

Considérese la siguiente situación: una vez que los padres se han separado, resuelven que será el padre quien deje el hogar co-

⁴⁵ Lepin (2013), p. 292, observa que “estamos frente a una regla de atribución legal, distinta de la regulación provisoria” que puede decretar el tribunal en virtud del artículo 22 de la Ley 19.968.

mún quedando así los hijos viviendo con la madre. Suponngamos, luego, que por factores de diversa índole, por ejemplo, que la madre tenga un horario de trabajo más estricto que el padre, es éste quien se hace cargo de las actividades de los hijos en cuanto a dejarlos y buscarlos en la escuela, trasladarlos a sus prácticas deportivas, etcétera, y en base a esto es él quien se relaciona más directamente con los hijos durante gran parte del día. ¿Cuál será el criterio que nos permita decir con claridad con quién de sus padres se produce la convivencia?

Si el criterio es la residencia, o en la vivienda en que duerme el menor, claramente la convivencia se genera con la madre. Si el criterio base, es con quién el menor pasa más tiempo durante el día, o cuál de los padres se encarga de llevarlo a sus clases actividades, la convivencia se produce con el padre.

Frente a esta interrogante lo lógico sería, ante todo, saber qué se entiende por convivencia, objetivo que se dificulta en la medida en que el legislador no la ha definido, ni tampoco ha establecido sus parámetros, por otra parte, debido a lo reciente de esta normativa no existe pronunciamiento ni jurisprudencial ni doctrinario sobre la materia.

4. Atribución judicial del cuidado personal

En cuanto al mecanismo de atribución judicial del cuidado personal, la gran diferencia respecto de la legislación anterior es que ella establecía que el juez podía entregar el cuidado personal al otro de los padres cuando existiera maltrato, descuido u otra causa calificada, o bien entregarlo a un tercero en caso de estimarse la inhabilidad física o moral de ambos padres, limitando negativamente, en el primer caso, la labor judicial, en razón de un contexto perjudicial extremo para el menor.

Actualmente el juez mantiene dicha facultad para determinar el cuidado personal, pero cuenta con los criterios que establece el artículo 225-2, y que, sin ser necesariamente taxativos, obedecen realmente a buscar las mejores condiciones para el hijo. Bajo la

normativa anterior, bien podía ocurrir que el menor se mantuviera en una realidad que sin ser la mejor posible, no constituyera maltrato, descuido o causa calificada, por lo que no se le sustraía de esa circunstancia. Ahora, en cambio, las consideraciones a las que el juez debe atender podrían significar que, aunque el hijo se encuentre en una situación aceptable, se modifique el cuidado personal por representar el otro padre una comparativamente mejor.

En cuanto a la atribución judicial del cuidado personal a terceros, se mantiene como causal la inhabilidad física o moral de los padres, prefiriéndose a los consanguíneos más próximos, especialmente a los ascendientes, para lo cual, el juez debe considerar los criterios del artículo 225-2 del Código Civil.

La norma del artículo 225-2 del Código Civil establece que siempre el juez debe, al determinar el régimen y ejercicio del cuidado personal, considerar y ponderar conjuntamente los criterios y circunstancias que ahí se señalan. Dentro de estos comentaremos los correspondientes a las letras (a) y (e).

4.1. Artículo 225-2, letra (a): La vinculación afectiva

El primer criterio que merece atención es la vinculación afectiva y qué es lo que se entiende por ésta. De acuerdo a la historia de la ley, podemos entender que consiste en el lazo que se genera entre el niño, niña o adolescente con sus padres, y también con su familia extensa.⁴⁶ Si bien las investigaciones sugieren que los niños “que cuentan con una base de seguridad de ambas figuras parentales, desarrollan y afianzan el suficiente sentimiento de confianza en sí mismos, como para relacionarse con el mundo de manera sana y provechosa”, es cierto también que “cuanto más seguro sea el vínculo afectivo de un niño con *los adultos que lo cuidan y educan*, más garantía hay de que se convierta en un adulto

⁴⁶ Véase la intervención de la psicóloga Pilar Lampert contenida en el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del 8 de enero de 2013, pp. 417 y ss., a quien seguimos en este párrafo.

psicológicamente adaptado e independiente y de que establezca buenas relaciones con los demás”,⁴⁷ De esta forma la separación de los padres puede afectar negativamente la estabilidad afectiva y emocional del menor, y así su salud psicológica. Por lo anterior, el hecho de que el menor pueda mantener una relación cercana con ambos padres contribuye a aminorar este impacto negativo. Si embargo, este lazo afectivo –que se genera ya hacia el final del primer año de vida– involucra el desarrollo de vínculos afectivos con figuras significativas de su entorno cercano –las así llamadas ‘figuras de apego’–, y el que se irá reforzando en la medida en que se interactúe con dichas figuras, la cuales pueden ser tanto los padres, parejas de los padres, como los abuelos, etcétera.

Es valorable, por tanto, que la norma establezca una ampliación en cuanto a las figuras que se entiende que componen el entorno familiar de un niño, pues antes este se restringía a los padres. Actualmente, el juez debe considerar a otras personas, en el entendido de que éstas también influyen en la vida y bienestar del menor.

En base a lo expuesto se desprende que la vinculación afectiva es de tal importancia que influye de manera gravitante en la vida del menor, abarcando no solo su niñez y su estabilidad durante la misma, sino también la personalidad que forje como adulto. Esto porque la separación de los padres, por si misma constituye un cambio abrupto para el hijo y creemos que la incorporación de más figuras en su entorno apunta a que el niño cuente con más personas que refuercen el ambiente sano que requiere todo niño, niña o adolescente.

Si bien la vinculación afectiva del niño con su entorno se va a determinar en el caso concreto, nos parece interesante plantearnos cómo se va a ponderar o de qué manera va a influir la mayor o menor interacción que tenga el hijo con una determinada persona, pues podría darse el caso en que el niño no mantenga una buena relación con la pareja de uno de sus padres, pero sí con ese padre o

⁴⁷ Vallejo, “Separación o divorcio: Trastornos psicológicos en los padres y los hijos”, citado *ibídem*. El énfasis es nuestro.

madre, o simplemente tenga mayor vínculo con uno que con otro. Aquí nos parece relevante destacar que la norma entrega al juez más herramientas que le ayuden a realizar una labor integradora en favor de un mayor bienestar para el menor.

4.2. Artículo 225-2, letra (e): La dedicación efectiva al hijo

Este criterio nos vuelve a dejar en la interrogante sobre los elementos que el legislador considera relevantes al momento de utilizar determinados conceptos, en este caso, el de dedicación efectiva. Esta podría entenderse desde varias perspectivas, como el compartir tiempo con el hijo, o el atender a necesidades de diverso tipo (como la preparación de alimentos para consumo del menor), perspectivas que a su vez podrían considerarse en virtud a un criterio cuantitativo o cualitativo. Además la norma establece una distinción entre la situación previa y posterior a la separación.

Considérese el contexto previo a la separación. Podría suceder que, de ambos padres, uno de ellos trabaje fuera del hogar, mientras el otro se hace cargo de éste y del cuidado de los hijos. Desde un punto de vista cuantitativo respecto del tiempo con el hijo, la dedicación efectiva puede estar dada por las labores que realiza quien se encarga de preparar sus alimentos, de que los consuma adecuadamente, de que tome sus medicamentos si es necesario, etcétera, por lo que necesariamente pasa más tiempo con el menor que aquel de los padres que trabaja fuera y que, por lo tanto, no puede compartir la misma cantidad de tiempo con el hijo. Desde un punto de vista cualitativo, en cambio, la situación descrita puede o no responder a la dedicación efectiva, ya que no necesariamente quien pase mayor tiempo con el hijo lo destinará a instancias como la recreación, la comunicación o las que propicien un contexto de entrega de valores y formación dentro de una relación más estrecha. Así, podría suceder que aquel de los padres que comparte menos tiempo con el hijo, sea precisamente quien logre establecer un vínculo más íntimo y de calidad, o viceversa.

Si consideramos la situación posterior a la separación de los padres, la dedicación efectiva se condiciona a la posibilidad que tenga cada uno de seguir desarrollándola. En efecto, el desarrollo de la dedicación efectiva va a depender de diversos factores, por ejemplo, el mismo régimen de cuidado personal que se establezca o el régimen de relación directa y regular. Por lo anterior, creemos que es complejo para el juez establecer *a priori* lo que corresponde a la dedicación efectiva, debiendo darle contenido en base al caso concreto sometido a su conocimiento, para lo cual cuenta, adicionalmente, con los demás criterios que establece la norma, destacando entre ellos la consideración de la opinión expresada por el hijo.

5. Evaluación general

Lo más destacable de la nueva ley consiste en la incorporación y definición del principio de corresponsabilidad, en virtud del cual los padres, en caso de separación, acuerdan el cuidado personal compartido de los hijos. Sin embargo, el legislador presenta el concepto en términos vagos, de manera que la comprensión de lo que implica dicho sistema se torna muy difícil, y en el análisis detenido del mismo, surgen más interrogantes que certezas.

Junto con incorporar y definir el nuevo régimen de cuidado personal compartido, la ley también establece la forma en que debe celebrarse el acuerdo de corresponsabilidad, y tras confrontarlo con el acuerdo completo y suficiente, concluimos que las diferencias entre ambos están dadas no por la formalidad, pues son las mismas, sino por el contenido. Mientras que el acuerdo completo y suficiente debe contener a lo menos los regímenes de cuidado personal, alimentos y relación directa y regular, para el acuerdo de corresponsabilidad no se establece cuáles serán las materias que deberán regularse a través de él. Si ante esto aplicáramos el acuerdo completo y suficiente, resultaría que hay una materia en particular que no puede incluirse en el acuerdo de cuidado personal compartido, y que corresponde a la relación directa y regular.

En base a las definiciones que la misma ley entrega, la corresponsabilidad y la relación directa y regular son regímenes incompatibles, lo que nos parece una importante falencia de la legislación y que, eventualmente, resulta en que una materia, cuya regulación y necesidad de establecimiento se explica por su trascendencia para el desarrollo del menor, queda en la incertidumbre. En cuanto a los alimentos, si bien estos deben regularse en cualquier tipo de régimen de cuidado personal, respecto de la corresponsabilidad el conflicto se genera respecto de cómo distribuir el porcentaje que cada padre aportará a la satisfacción de las necesidades del menor. Ante los conflictos que generalmente se suscitan en torno a esta materia, la coparentalidad presenta una problemática adicional, que consiste en la indeterminación de la legitimación activa en cuanto a la acción para demandar alimentos en juicio, problema para el que no encontramos solución, aun tras analizar las normas relativas a patria potestad, que se refieren a la representación judicial y extrajudicial de los menores.

Como establecimos, el primer mecanismo para determinar el cuidado personal es el convencional. Creemos que es uno de los aspectos importantes dentro de esta ley, sin embargo, surgen en este punto nuevos obstáculos para el logro de fines propuestos por la regulación, por ejemplo, el fortalecimiento de mecanismos de acuerdo y el respeto al interés superior del niño. Esto se debe a que, si bien al comienzo son los padres los únicos intervinientes en el establecimiento de la corresponsabilidad, estos difícilmente saben cuál es el contenido que debe incluir el acuerdo, las materias que deben regularse, de qué manera hacerlo, y cuáles son los mínimos legales que se establecen para la regulación de dichas materias, así como tampoco sabrán qué será lo exigido por parte del tribunal en caso de judicializarse el acuerdo, lo que deriva en que, pese a que el acuerdo existe, y que con ello se cumple el primer fin, la forma en que éste se llevará a cabo y lo que finalmente se establezca en él, puede estar muy por debajo del nivel mínimo que impone el interés superior del hijo, dejando al menor en una situación de desprotección.

En cuanto a la atribución legal del cuidado personal, la nueva ley establece que a falta de acuerdo éste queda entregado no ya a la madre exclusivamente, sino que al padre o madre con quien el hijo esté conviviendo. Nos parece que este cambio representa un gran avance en cuanto a la situación del menor y su bienestar, sobre todo en atención a la estabilidad que esta medida le proporciona en un escenario de crisis familiar. Sin embargo, cuando el legislador establece esta norma, se basa en que, a falta de acuerdo, el cuidado personal va a estar determinado por la convivencia del menor, independiente de que esta sea con su padre o su madre, pero no señala qué debe entenderse por tal ni cuáles serán los factores que se incluyen en la convivencia y que permitirán delimitarla, si acaso obedece a criterios cuantitativos o cualitativos, dejando, nuevamente, en la nebulosa un concepto fundamental que busca precisamente dar certeza ante el cambio de situación de los padres y que afecta directamente a los hijos.

En el caso de la atribución judicial, podemos distinguir diversos cambios en comparación a la legislación antigua. La facultad del juez para cambiar el cuidado personal radicándolo en el otro padre, no obedece ya a una situación extrema de maltrato o descuido, o bien a otra causa calificada, sino que atiende directamente al interés superior del niño, el que se satisface al considerar y ponderar conjuntamente los factores que señala el artículo 225-2, y que creemos que responden de manera más efectiva a la búsqueda del mejor entorno posible para que el menor se desarrolle. En cuanto a entregar el cuidado personal a un tercero, las causales siguen siendo la inhabilidad física o moral de ambos padres, pero debe recurrirse también a los criterios antes mencionados.

Al analizar dichos criterios, creemos que el legislador acierta en cuanto que establece más situaciones a considerar al momento de definir lo que es mejor para el menor, además de darle un sentido más positivo: Antes enfocaba su análisis en parámetros de carga negativa como el maltrato y el descuido, en cambio hoy, por ejemplo, se busca conocer la situación de los padres respecto de sus habilidades parentales como herramientas que benefician

directamente a los hijos, se consideran las relaciones afectivas del menor no solo con sus padres, sino también con las demás personas de su entorno, se escucha al niño, entre otras, y todo esto se traduce en que se tiende a dar al menor un apoyo que le permita contar con mejores mecanismos para afrontar la separación de sus padres, afectando lo menos posible su estado emocional. La crítica en este punto se dirige a la imprecisión de algunos criterios y a los términos en los que se establecen, los que aun recurriendo a la historia de la ley resultan difícilmente comprensibles.

En definitiva, estamos frente a una ley que quiere reflejar las necesidades que existen actualmente en torno a la situación legal y a los derechos deberes que se deben regular en atención a la situación entre padres separados y sus hijos, y a la participación más activa que se requiere de aquellos padres, lo que no debiera supeditarse a una disposición voluntariosa de los mismos,⁴⁸ sino a la certeza que precisamente buscan aportar las normas legales. Las necesidades a las que aludimos se traducen hoy en día en exigencias de crianza conjunta de los hijos, y es eso lo que la corresponsabilidad busca facilitar. Esto es un propósito loable, sin embargo, el análisis resulta que no hay certezas posibles mientras las normas no se apliquen al caso particular.

6. Conclusiones

Es claro que antes de la dictación de la Ley de Corresponsabilidad, existía en la normativa relativa al cuidado personal de los hijos una situación discriminatoria, específicamente en cuanto al padre. A través de la atribución legal automática que disponía la ley en favor de la madre, al padre se le atribuía implícitamente la inhabilidad de hacerse cargo de la crianza de los hijos.

Dicha norma respondía a consideraciones que, si bien pueden haber tenido asidero en ciertos contextos históricos, no se ajustan a la situación actual, en que la importancia de la presencia y

⁴⁸ Acuña San Martín (2013) discute algunos desafíos del ejercicio de la coparentalidad para los padres.

participación activa de padre y madre en la crianza y desarrollo de los hijos es innegable.

La nueva normativa introdujo la figura del cuidado personal compartido, y con ello no solo eliminó la distinción que se hacía anteriormente de forma arbitraria respecto de los roles de madre y padre respecto de los hijos, sino que también aportó a la protección del interés superior del niño.

Lo anterior es un efecto valioso de Ley de Corresponsabilidad, sin embargo los demás efectos apreciables tras el análisis detenido del contenido de la norma, demuestra la superficialidad con que el legislador trató un cambio de enfoque tan necesario para la sociedad. Estas consideraciones, en todo caso, no hablan en contra del a coparentalidad sino que solo se refieren a la implementación que representa la nueva normativa en la materia. Por una parte el objetivo de fomentar la cultura de los acuerdos es incierta, pues son tantas las imprecisiones e incertidumbres que esta ley representa para el proceso de acuerdo entre los padres, que acentúa el desconocimiento en el que estos se encuentran respecto de los contenidos que influyen en las materias que, desde su ignorancia jurídica, pueden regular libremente.

En el ejercicio de esta libertad, es altamente posible que los términos en los que se redacte un acuerdo vulneren contenidos mínimos y derechos irrenunciables, pues no existe mecanismo alguno que permita manejar esta situación, salvo la judicialización, que se opone a la naturaleza del acuerdo y que, por lo tanto, lo puede tornar inútil.

Referencias bibliográficas

- Abeliuk Manasevich, René (2000). *La filiación y sus efectos*, tomo I. Editorial Jurídica de Chile: Santiago de Chile.
- Acuña San Martín, Marcel (2013). “El principio de corresponsabilidad parental”, *Revista de Derecho* (U. Católica del Norte), 20 (2).
- Bavestrello Bontá, Irma (2003). *Derecho de menores*. LexisNexis: Santiago de Chile.
- Domínguez, Carmen (2010). “Cuidado personal de los hijos: ¿Deber compartido?”, disponible en hipervínculo [4].

- Gómez de la Torre, Maricruz (2007). *El sistema filiativo chileno*. Editorial Jurídica de Chile: Santiago de Chile.
- Lathrop, Fabiola (2005). *Cuidado personal de los hijos*. Editorial Puntotex: Santiago, Chile.
- Lepin Molina, Cristián (2013). “Reforma a las relaciones paterno-filiales: Análisis de la Ley N° 20.680”, *Revista de Derecho* (Escuela de Posgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), n.° 3.
- Noguera Alcalá, Humberto (2008). *Derechos fundamentales u garantías constitucionales*, tomo II. Librotecnia: Santiago, Chile.
- Obal, Carlos (1979). “Alimentos”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Omeba: Buenos Aires, Argentina.
- Orrego Acuña, Juan Andrés (2009). *Los Alimentos en el Derecho Chileno*. Editorial Metropolitana: Santiago de Chile.
- Ramos Pazos, René (2000). *Derecho de Familia*. Editorial Jurídica de Chile: Santiago de Chile.
- Rossel Saavedra, Enrique (1994). *Manual de Derecho de Familia*. Editorial Jurídica de Chile: Santiago de Chile.
- Lathrop, Fabiola (2008) “Algunas Consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 10, pp. 9-37.
- Ravetllat Ballesté, Isaac (2012). “El interés superior del niño: Concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, 30 (2), pp. 89-108.
- Rodríguez Pinto, María (2008). “La tuición compartida o alternada en Chile. Conflictos entre el interés superior del niño y los intereses de padres separados”, en *Estudios de Derecho Civil 4*. Legal Publishing: Santiago de Chile.
- Rodríguez Pinto, María (2009). “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: Criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia”, *Revista Chilena de Derecho*, 36 (3), pp. 545-586.
- Schmidt Hott, Claudia (2004). *Instituciones de derecho de familia*. Lexis Nexis: Santiago de Chile.
- Schmidt Hott, Claudia (2009). “Inconstitucionalidad de la caducidad de la acción impugnatoria de filiación, con especial referencia a la filiación matrimonial en lo que respecta a la presunción simplemente legal de paternidad”, *Actualidad Jurídica*, n.° 20.

Jurisprudencia

Bustamante con Álvarez = Tribunal Constitucional, sentencia de 30 de mayo de 2013 sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Código Legal Publishing CL/JUR/1201/2013.

- Castillo con Santander* = Corte Suprema, sentencia de 26 de enero de 2011 sobre recurso de casación en el fondo. Código Legal Publishing CL/JUR/9756/2011.
- Cuidado personal* = Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 31 de octubre de 2006 sobre recurso de apelación. Código Legal Publishing CL/JUR/3522/2006.
- Chacón, Mansilla y Ramírez* = Corte Suprema, sentencia de 26 de junio de 2002 sobre recurso de casación de oficio. Código Legal Publishing CL/JUR/1316/2002.
- Entidades financieras en liquidación* = Tribunal Constitucional, sentencia de 8 de abril de 1985, rol 28-85. Disponible en hipervínculo [5].
- Gaete con Meyer* = Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de 5 de febrero de 2008, recurso de apelación. Código Legal Publishing CL/JUR/1567/2008.
- González con Agüero* = Corte Suprema, sentencia de 2 de agosto de 2010 sobre recurso de casación en el fondo. Código Legal Publishing CL/JUR/4244/2010.
- Inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres* = Tribunal Constitucional, sentencia de 6 de agosto de 2012, sobre recurso de inconstitucionalidad, rol 1710-10. Código Legal Publishing CL/JUR/4702/2010.
- Olivares con Chocobar* = Corte Suprema, sentencia de 18 de junio de 2013 sobre recurso de casación en el fondo. Código Legal Publishing CL/JUR/1335/2013.
- Visitas* = Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 25 de septiembre de 2006, sobre recurso de apelación. Código Legal Publishing CL/JUR/3084/2006.

Hipervínculos

- [1] http://www.sernam.cl/descargas/007/doc/2_MINUTA_CPC.pdf (28 de noviembre de 2013).
- [2] <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/44153/7/HL20680.pdf> (28 de noviembre de 2013).
- [3] <http://msararodriguez.wordpress.com/tag/relacion-directa-y-regular/> (28 de noviembre de 2013).
- [4] <http://centrodelafamilia.uc.cl/201012011167/columnas/cuidado-personal-de-los-hijos-ideber-compartido.html> (28 de noviembre de 2013).
- [5] http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=27651 (28 de noviembre de 2013).