

REFORMA AL CUIDADO PERSONAL DE LOS NIÑOS
¿UNA REFORMA (IN) COMPLETA?

NORMA COLOMBA OLIVETTI ABARCA

MEMORIA DE PRUEBA

PROFESORA GUÍA
MARÍA JOSÉ ARANCIBIA OBRADOR

Santiago de Chile

Enero 2015

**A Dios,
por todo**

2019



INDICE

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO 1 FAMILIA	8
1.1. Concepto de familia.....	8
1.2. Tipología de la familia	10
1.3. Familia: ¿Persona jurídica, institución u organismo?	11
CAPÍTULO 2 NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y SU PROTECCION	
INTERNACIONAL	14
2.1. El niño, niña y adolescente y su protección por el Derecho de Familia	14
2.2. Influjo de los Tratados Internacionales en el Derecho Nacional.....	18
2.2.1. Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924	18
2.2.2. Declaración de los Derechos del Niño de 1959.....	20
2.2.3. Convención sobre Derechos del Niño del año 1989.....	21
2.2.4. Convención de La Haya sobre la Protección de menores y la	
Cooperación en materia de Adopción Internacional del año 1993.....	25
2.2.5. Desafío de Oslo de 1999	26
CAPÍTULO 3 PRINCIPIOS EN MATERIA DE RELACIONES PATERNO	
FILIALES.....	29
3.1. Las relaciones paterno-filiales en el Derecho de Familia	29
3.2. Principios establecidos en la Ley N° 19.585 de 26 octubre de 1998.....	33
3.2.1. Principio de igualdad	35
3.2.2. Principio del interés superior del niño.....	36
CAPÍTULO 4 REFORMA AL CUIDADO PERSONAL LEY N° 20.680	41
4.1. Historia de la Ley N° 20.680, de 21 junio de 2013	41

4.2. Cuadro comparativo de la legislación antes de la modificación y después de ella	46
4.3. Objetivos o principios de la nueva ley	73
4.4. Reforma en cuatro áreas de la relación paterno filial	74
4.4.1. Nuevo principio general: la Corresponsabilidad Parental.....	74
4.4.2. Cuidado Personal de los niños, niñas y adolescentes	82
4.4.3. Régimen de relación directa y regular.....	100
4.4.4. Patria Potestad.....	109
CAPÍTULO 5 EFECTOS DE LAS REFORMAS AL CUIDADO PERSONAL.....	114
5.1. Efecto en la aplicación de la nueva Ley en relación al Síndrome de alienación parental (SAP)	114
5.2. Los inconvenientes de la custodia compartida en derecho comparado .	122
CONCLUSIÓN	147

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo, será analizar la reforma introducida por la Ley N° 20.680 de fecha 21 de junio de 2013 a nuestro Código Civil, relativa al cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes.

La reforma introduce modificaciones al Código Civil, en atención a la realidad que atraviesa la institución del matrimonio, cada vez son más las separaciones de hecho y los divorcios y las separaciones de las uniones de hecho, donde en la mayoría de los casos hay hijos comprometidos.

Se puede apreciar que la nueva normativa coloca el interés superior del niño en el núcleo de las decisiones de los padres y los jueces. En el artículo 222 del Código Civil se invierten los incisos, con el fin de darle mayor fuerza al interés superior de los niños, estableciendo en primer lugar que la preocupación fundamental de los padres debiera ser el interés superior de sus hijos.

El artículo 224 contempla el principio de corresponsabilidad cuando se trata del cuidado personal de los hijos comunes, estableciendo este principio así vivan juntos o separados. Ambos padres deben ser responsables en forma activa, equitativa y permanente de sus hijos.

El artículo 225 establece una serie de reglas en caso que los padres vivan separados, para así ordenar las relaciones entre ellos y sus hijos, con el fin de aminorar los efectos en los niños que implican las separaciones, y poder prever que los problemas de los padres como pareja no sean traspasados a los hijos.

Se contempla lo que en doctrina se denomina atribución convencional, legal y judicial, dependiendo de los acuerdos y relaciones de los padres entre ellos, prevaleciendo sobre todo la autonomía de la voluntad, para así evitar judicializar los temas de familia, y en caso de tener que recurrir a tribunales de familia, los jueces puedan considerar lo mejor para los niños en atención a su interés superior, por sobre los derechos de los padres. En este punto el legislador fue preciso en determinar que lo primero son los derechos de los hijos por sobre los derechos-deberes de los padres.

Un aporte importante de la Ley N° 20.680, fue incorporar el artículo 225-2, al establecer los criterios que se deberán considerar y ponderar al establecer el régimen y ejercicio del cuidado personal. Estos criterios los deberá considerar un juez que inhabilite a ambos padres en el cuidado personal de sus hijos y deba decidir en quién recaerá la obligación de cuidado.

Otra reforma no menos importantes, es la que dice relación con los jueces de familia, quienes deberán oír a los hijos y parientes cuando se produzcan juicios respecto al cuidado de ellos.

Se derogó la norma relativa al consentimiento que debía prestar un cónyuge al otro para que sus hijos pudieran vivir en el hogar común.

El artículo 229, establece expresamente el derecho y el deber que tendrá el progenitor que no tenga el cuidado personal de su hijo a mantener una relación directa y regular con él.

Este régimen de relación directa y regular, como es la tónica de la reforma, está primeramente entregado al acuerdo de los padres, solo en caso de no producirse un acuerdo o incumplimiento de lo acordado, interviene el juez de familia, en todo caso sea por acuerdo de los padres o por resolución judicial, la ley establece que la relación deberá basarse en el interés superior del niño,

su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades además de consideraciones específicas que determina la ley.

La reforma introduce el artículo 229-2, que recoge lo establecido en el artículo 48 inciso final de la Ley de Menores, en el sentido de otorgarles a los abuelos el derecho a mantener una relación directa y regular con sus nietos, otorgando al juez facultades para pronunciarse al respecto conforme a las consideraciones del artículo 229.

Al comienzo de este trabajo, consideramos necesario explicar en términos generales que se entiende por familia a la luz de los distintos conceptos y formas de familia que se reconocen actualmente como tal.

Nos referimos a la protección internacional de los niños, niñas y adolescentes; a los principios rectores de la nueva normativa y para finalizar este trabajo encontramos oportuno referirnos al Derecho Comparado, donde la aplicación de normas similares a las nuestras datan de varios años.

REFORMA AL CUIDADO PERSONAL DE LOS NIÑOS

¿UNA REFORMA (IN) COMPLETA?

CAPÍTULO 1

FAMILIA

1.1. Concepto de Familia

1.2. Tipología de la Familia

1.3. Familia: persona jurídica, institución u organismo?

1.1. Concepto de familia

Antes de comenzar el desarrollo de esta memoria, consideramos necesario comentar qué se entiende por familia y la importancia de la existencia de un derecho de familia.

Desde el punto de vista etimológico del vocablo, hasta nuestros días, no tenemos una definición exacta, el concepto se ha ido adecuando por el transcurso del tiempo y las distintas circunstancias que se han ido dando.

Como expresa el Profesor Corral Talciani “La palabra familia, ha expresado una mayor o menor extensión de relaciones, adquiriendo matices diversos en cada lengua y en cada pueblo, hasta el extremo de llevar a Valverde a decir que frente a ella resulta casi inútil la labor del filólogo”.¹

Podríamos, brevemente, pasar desde una idea de “morada” donde la casa doméstica pasaba a ser la familia junto con el patrimonio que conllevaba,

¹ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Derecho y Derechos de la Familia*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 1ª ed. 2005, p. 21

hasta “el conjunto de personas unidas por el matrimonio o por la filiación, por el parentesco y la afinidad, resultantes éstos del matrimonio y de la filiación”.² En nuestros días el concepto familia ha ido más allá de la relación de parentesco y filiación, nos enfrentamos a juristas que se han aventurado en definir el concepto analizando sus finalidades.

Así es como “En esta labor por ubicar un concepto tipo de familia nos puede ayudar el atender a las finalidades generalmente reconocidas a la institución familiar. Especialmente fructífera nos parece, al respecto, la enseñanza de LaCruz

por lo que la utilizaremos como base para iniciar nuestra búsqueda: “Desde los primeros tiempos hasta nuestros días, la familia cumple tres misiones y persigue tres finalidades: una natural, la de vincular al hombre y la mujer y conservar así, el género humano; otra económica, consiste en la obtención de alimentos para todos los familiares y techo para los que convivan; una tercera, moral y espiritual, es decir, el mutuo socorro de los familiares, la comunidad de vida entre ellos, y el cuidado y educación de la prole”.³

Podemos afirmar que la característica natural de familia, estaría dada por la observación de la realidad: grupo constituido por individuos ligados por relaciones de pareja o vínculos de sangre; para que esta unión de personas sea realmente una comunidad de vida, afecto y solidaridad [en el entendido de institución familiar], se requiere que sus miembros compartan en forma permanente un lugar físico determinado.

² CARBONNIER, Jean, *Droit Civil*, Presses Universitaires de France, Paris, 1955, t.I, n° 801, p.281

³ p. 2 CORRAL TALCIANI, Hernán, *Derecho y Derechos de la Familia*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 1ª ed. 2005, p. 29

Como planteamos al principio de esta memoria, el concepto familia estaba relacionado a la casa y al conjunto de bienes que conformaban el patrimonio, por lo tanto sus orígenes se encuentra precisamente en la casa o morada, donde habitaba la familia, transformándose en un hogar.

1.2. Tipología de la familia

Una vez revisado lo que puede entenderse por familia, el fenómeno no termina allí. Nos encontramos con conceptos de ella tanto en sentido amplio, restringido, e intermedio. En sentido amplio es indudable, que comprende a todos aquellos miembros que tengan una relación consanguínea o de afinidad, aunque no vivan bajo el mismo núcleo familiar. En el sentido restringido, a tal punto que llegamos al concepto de “familia nuclear”, desde este concepto podemos encontrar otras variables.

El sentido intermedio, combina las orientaciones amplias con las restringidas, es decir un conjunto de parientes que conviven en una casa [hogar común] bajo la autoridad del jefe de hogar.

“Según esta acepción sólo forman parte de la familia la pareja conyugal y los hijos resultantes de su relación, siempre que éstos vivan con sus padres o a lo menos se encuentren sometidos a su potestad. De la noción de familia nuclear surgen, a su vez, otras variaciones: se habla así de “familia polinuclear” [varias familias nucleares con unidad residencial], “familia nuclear ampliada” [núcleo familiar con parientes allegados] y “familia nuclear incompleta” [si falta alguno de los integrantes: por ej. Viuda con hijo].⁴

⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Derecho y Derechos de la Familia*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 1ª ed. 2005, p. 34

De la relación que hace surgir un grupo familiar, nace el concepto de “familia matrimonial” y no matrimonial”. La familia matrimonial, se constituye de acuerdo a la ley y condiciones del derecho y tiene la protección de éste. La familia no matrimonial, es aquella constituida al margen del ordenamiento jurídico establecido, pero es reconocida como grupo familiar, es más, es la denominada “familia de hecho” ó “familia natural”.

Podemos concluir, entonces, que a través del tiempo, la familia se ha modificado, desde la gran familia romana a la familia nuclear [más reducida] y también la pluralidad de tipos de familia, como la familia conyugal, las monoparentales y las ensambladas.

1.3. Familia: ¿Persona jurídica, institución u organismo?

Hay algunos autores, que han pretendido establecer teorías en cuanto a que la familia es una persona jurídica distinta de sus miembros. Estas teorías no han tenido cabida, es más, en nuestros tiempos , resulta de suyo inapropiado afirmar tales teorías.

Existen en cambio, otros juristas, que no aceptan esta teoría, ya que, si bien el derecho protege a la familia en su conjunto [miran la protección de bienes familiares] son esas mismas facultades de protección la que recaen en individuos que conforman la familia, a modo de ejemplo: derecho de alimentos; protección de los padres en la ancianidad; declaración de bien familiar el hogar que fue común; cuidado personal de los hijos, corresponsabilidad parental; etc.

Esta teoría es la que sigue la doctrina moderna, la familia no constituye una persona jurídica distinta de sus miembros, es así como: “El reconocimiento de la familia como sujeto de derecho no es necesario para valorar su

significación en el orden social ni tiene nada que ver con su esencia ética y comunitaria”.⁵

De esta discusión, nace con fuerza el hecho de que la familia constituye una institución. “En realidad, la mayoría de los autores que destacan la naturaleza institucional de la familia, lo hacen para remarcar su carácter de entidad superior no sujeta a la voluntad de los individuos que la conforman. En este sentido, señala Puig Peña que –la familia es ante todo una institución. No es “algo” cualquiera que se volatiliza al más pequeño de los soplos; tiene una raíces naturales de firme consistencia, como asentada en los lazos de la sangre forma una entidad que vive con autonomía, y cuyas líneas directrices fundamentales no pueden ser alteradas sensiblemente por el capricho de la voluntad privada.

Asimismo, Fernando Fueyo observa que la familia es una institución porque está enraizada en la organización de la sociedad y no es ni transitoria ni excepcional ni susceptible de desaparecer al efecto de una circunstancia.”⁶

Existe otra teoría, la cual indica que la familia sería un organismo, no es del caso analizar mucho este punto, ya que es una teoría que ha provocado muchos reparos. Algunos juristas establecen que, si bien la familia no alcanza personalidad, constituiría un organismo jurídico, ya que sus miembros en forma individual carecerían de derechos personales, sino que gozarían de una vinculación recíproca de interdependencia, donde habría un fin superior al cual se deberían subordinar, lo asimilan a un concepto de Estado.

⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Derecho y Derechos de la Familia*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 1ª ed. 2005, p. 38

⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Derecho y Derechos de la Familia*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 1ª ed. 2005, p. 39

En el contexto de las teorías revisadas, podemos concluir que la familia efectivamente es una institución como tal y que al interior de cada una hay una suerte de organismo jurídico. Esto es porque si bien, hay familias matrimoniales, no matrimoniales, uniparentales [por citar algunos tipos de familia], el derecho debe proteger a los integrantes de éstas, sea que se produzcan rupturas o no. El Derecho de las familias, es justamente el desarrollado para la protección de los miembros que la conforman.

Cuidado personal, no es solo una frase: los padres en el contexto de tales [aunque haya habido una ruptura entre ellos] tienen que amparar, defender y cuidar a los hijos e hijas menores de edad y además, participar lo más eficientemente posible en su crianza y educación ya que será la base de su existencia.

Si bien la familia, es el núcleo fundamental de la sociedad [como reza nuestra Constitución Política] y el Estado tiene el deber de garantizar su protección, es que nos encontramos con importantes modificaciones en nuestros cuerpos legales, para fortalecer los derechos de sus integrantes [en sentido amplio, ya que como hemos visto, ya no solo se habla de “la familia” sino del “derecho de las familias”]. Modificaciones que se han hecho necesarias precisamente para ir ajustándonos a los nuevos conceptos de familia y su cada vez más necesaria protección.

La modificación que nos interesa para esta memoria es la del Código Civil a través de la Ley N° 20.680, publicada en el Diario Oficial el 21 de Junio 2013, respecto al Libro I, Título IX, “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”, artículos 222 y siguientes.

CAPÍTULO 2

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y SU PROTECCION INTERNACIONAL

2.1. El niño, niña y adolescente y su protección por el Derecho de Familia

2.2. Influjo de los Tratados Internacionales en el Derecho Nacional

2.2.1. Declaración de Ginebra del año 1924

2.2.2. Declaración Universal de los Derechos del Niño del año 1959

2.2.3. Convención sobre Derechos del Niño del año 1989

2.2.4. Convención de La Haya sobre la Protección de menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional del año 1993

2.2.5. Desafío de Oslo del año 1999

2.1. El niño, niña y adolescente y su protección por el Derecho de Familia

En nuestra realidad nacional, nos encontramos con varias modificaciones al Código Civil, en relación a salvaguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, si bien algunas de estas modificaciones decían relación con la mujer, tangencialmente también, mejoraba la situación de los hijos.

Durante el siglo XX se introdujeron varias modificaciones al Código Civil, si bien no directamente relacionadas con el cuidado personal de niños, niñas y adolescente sino en general al derecho de familia.

A saber: Ley Nº 5.521 de 19 diciembre de 1934, las reformas apuntaban a la situación de la mujer casada [considerada incapaz relativa], también beneficiaban a los hijos, sobre todo en las situaciones, cada vez más repetidas, en que la mujer por cualquier circunstancia era la jefa de hogar, por lo tanto la encargada del cuidado y mantención de los hijos como efecto de

reconocer el derecho a ejercer la patria potestad en forma subsidiaria al padre.

Esta Ley introdujo modificaciones relacionadas a la situación patrimonial de la mujer casada.

Otras reformas se introdujeron a través de la Ley N° 7.621 y N° 7.613, ambas de 21 octubre de 1943, y de la Ley N° 10.271 de 2 de abril de 1952, que dicen relación con mejorar la situación de los hijos nacidos fuera del matrimonio reconocidos por el padre, sin llegar a tener los mismos derechos de los hijos nacidos dentro del matrimonio.

A partir de la promulgación de la Ley N° 18.802 de 9 de junio de 1989, se ha ido conformando una nueva forma de concebir las relaciones familiares poniéndose énfasis en una estructura en torno a ideas de igualdad y solidaridad entre sus componentes, y sobre todo dando importancia primordial al respeto y protección mutua, lo que se vería complementado por el reconocimiento del interés superior de los niños, recogido de la Convención de los Derechos del Niño, del año 1990.

Otra reforma, que no podemos dejar de mencionar, que apunta en uno de sus efectos: la protección de la familia y por ende de los hijos, es la publicación de la Ley N° 19.335 de 23 septiembre de 1994, donde establece un nuevo régimen económico matrimonial pero lo más importante a nuestro juicio es el artículo 141 del Código Civil [norma que limita el dominio] que dispone “ El inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia, y los muebles que la guarnecen, podrán ser declarados bienes familiares...”.

Importante norma, ya que nuevamente el legislador manifiesta su intención de proteger a los hijos, que se veían luego de la separación de los padres, despojados de sus hogares.

A partir de las reformas comentadas, además de Declaraciones y Convenciones de Naciones Unidas, la familia chilena se concibe como institución fundada en el matrimonio, y desde allí la procreación y preocupación por la prole y como hemos visto en la evolución histórica de la familia del Capítulo 1), surgen los lazos de compartir una vida, preocupación por el sustento material y moral, pero todo desde la óptica del matrimonio. Con la evolución natural del rol de la mujer en la sociedad a partir de su ya reconocido desarrollo laboral fuera del hogar común, comienza a cambiar la percepción de los legisladores en cuanto a proteger a la mujer y sus hijos, en caso de ruptura del matrimonio y eventual separación.

Los cambios que ha experimentado la familia chilena como institución y pilar fundamental de la sociedad, hizo necesario avanzar en las reformas al Código Civil, sobre todo en las relaciones paterno-filiales.

La Ley N° 19.585 de 26 octubre de 1998, estructura los vínculos de filiación conforme al principio de igualdad y al interés superior del niño.

Recogiendo los principios de la Convención de los Derechos del Niño, y sobre todo el interés superior de éstos, se hacía necesario terminar en nuestro país con la distinción entre hijos legítimos, ilegítimos y naturales, distinción que desde su génesis fue discriminatoria. Actualmente nos subsiste el principio de igualdad, es decir por razones o circunstancias de los padres al momento de concebir hijos, no se les traspasan a éstos los efectos, que hasta el año 1998, se los hacía “responsables” por haber nacido en un núcleo familiar diverso al tradicional y reconocido como único cual era el matrimonio.

Esta Ley, marca un antes y un después de nuestros legisladores, en el sentido de cesar en su protección de reconocimiento exclusivo de un modelo de familia, ampliando su protección a otras formas de familia.

Una de las consecuencias más notorias de esta Ley, es que el matrimonio dejó de ser una institución indispensable para la formación de una familia.

A partir de las reformas introducidas por la Ley N° 19.335 y N° 19.585, se hace justicia para con los hijos, traducidos al final en los niños, niñas y adolescentes, era fundamental establecer el principio de igualdad, ya establecido a partir de la Constitución Política de la República de 1980.

La ley no hizo más que, tardíamente, reconocer una garantía constitucional, ya que de la misma base de la sociedad, que es la familia, se concebía y aceptaba la mayor de las desigualdades.

Con estas reformas fundamentales, el Derecho empezó a tomar seriamente la protección hacia niños, niñas y adolescentes, al ser todos los hijos iguales ante la ley, se produce una suerte de “protección especial” del hijo nacido fuera del matrimonio, que además de ser estigmatizado desde la partida de nacimiento, no tenía plenos derechos hereditarios y al no ser reconocido además, perdía el más fundamental de los derechos cual es el de alimentos.

“Así, hemos pasado de encontrarnos regidos por un Derecho de familia inspirado en los principios de protección de la familia legítima, estructuración jerarquizada de las relaciones de familia y protección reforzada del vínculo matrimonial, a reconocer la pluralidad de formas en que esta entidad puede

organizarse, siempre en un marco regido por la igualdad y el mutuo respeto entre sus miembros.”⁷

En los Capítulos posteriores, analizaremos las reformas introducidas al Código Civil, por la Ley N° 20.680 de 21 junio de 2013, a nuestro juicio la más importante en relación a la protección de los niños, niñas y adolescentes.

2.2. Influjo de los Tratados Internacionales en el Derecho Nacional

Es importante hacer mención de los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile, en relación a la protección de niños, niñas y adolescentes, ya que de acuerdo a nuestra normativa interna, una vez ratificados por Chile, son Ley de la República [Art. 5° Constitución Política de la República].

A continuación, analizaremos algunos Tratados Internacionales.

2.2.1. Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924

La Sociedad de Naciones o Liga de las Naciones, fue un organismo internacional creado el 28 de junio de 1919, luego de finalizada la Primera Guerra Mundial, con el fin de establecer las bases para la paz y reorganizar las relaciones internacionales.

La inglesa Eglantyne Jebb fue la promotora de la primera institución a nivel internacional de preocuparse de los niños, marcada por los horrores de la Primera Guerra Mundial creó la institución *Save the Children Fund*, en un principio preocupada de proteger a los niños afectados por la Guerra. El año

⁷ ARANCIBIA OBRADOR, María José, CORNEJO AGUILERA, Pablo, Revista *Ius et Praxis*, año 20, N°1, 2014, ISSN 0717 2877, Universidad de Talca-Facultad, p. 287 <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v20n1/art11.pdf> [cita 10 nov. 2014]

1923, la “Alianza Internacional *Save the Children Fund* adoptó en su IV Congreso General, **la primera Declaración de los Derechos del Niño**, siendo ratificada posteriormente por el V Congreso General el 28 de febrero de 1924. Posteriormente esta Declaración se envió a la Sociedad de Naciones con la indicación especial de *Eglantyne Jebb* de que se debían exigir ciertos derechos para la infancia y trabajar en pro de un reconocimiento general de estos derechos.

El 26 de diciembre de 1924, la Sociedad de Naciones adoptó esta declaración como la “**Declaración de Ginebra**”, fecha histórica ya que por primera vez que derechos específicos para la niñez son reconocidos.

La “Declaración de Ginebra” establece como principio que: **la humanidad debe al niño lo mejor que ésta puede darle.**

Hemos decidido analizar in extenso esta Declaración ya que establece los cimientos de los cuales se valdrán otras Declaraciones y Convenciones, fundamentales para nuestros legisladores al momento de tener que legislar.

Los artículos de la “Declaración de Ginebra” dicen relación con que:

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual,
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el niño huérfano y abandonado deben ser recogidos y ayudados
3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad
4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación

5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo

De la simple lectura de estos artículos, podemos llegar a la conclusión que nuestra legislación, en las distintas leyes dictadas al respecto, recogen más o menos los mismos parámetros de cuidado y protección hacia la niñez, siendo aceptable como una primera etapa hasta llegar a la “Convención sobre los Derechos del Niño” de 1989.

2.2.2. Declaración de los Derechos del Niño de 1959

Al término de la Segunda Guerra Mundial, la creación de la Organización de Naciones Unidas, 24 Octubre de 1945, pone fin a la Sociedad de Naciones.

En el año 1948 luego de la aprobación de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, la mejora en el ámbito de los derechos sacó a la luz que no era suficiente la “Declaración de Ginebra” de 1924.

Así, el 20 de noviembre de 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la **Declaración de los Derechos del Niño**, por unanimidad de los 78 Estados miembros de Naciones Unidas; este reconocimiento supuso el primer gran consenso internacional respecto a los principios fundamentales de los derechos de los niños.

Tanto la Declaración de Ginebra como la Declaración de los Derechos del Niño, no establecen el período que comprende la infancia, es decir la edad desde cuando empieza y termina la infancia, se cree que esta decisión fue tomada para no tener que mencionar el tema del aborto

Sin embargo, en el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, se manifiesta la idea de que los niños necesitan protección y cuidado personal,

incluyendo una protección legal antes del nacimiento y después del nacimiento.

“La Declaración de los Derechos del Niño establece diez principios:

- El derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad.
- El derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño.
- El derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento.
- El derecho a una alimentación, vivienda y atención médicos adecuados.
- El derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física.
- El derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad.
- El derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita.
- El derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia.
- El derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación.
- El derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.”⁸

2.2.3. Convención sobre Derechos del Niño del año 1989

Este es el Tratado Internacional más importante suscrito y ratificado por Chile el 27 septiembre de 1990, en temas relacionados a los derechos de los niños.

La importancia fundamental radica en la diferencia con respecto a las Declaraciones [manifiestos con una determinada intención moral y ética, pero no es un instrumento jurídicamente vinculante como las Convenciones].

⁸ <http://www.humanium.org/es/declaracion-1959/> [cita 01 nov. 2014]

Esta Convención de los Derechos del Niño es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora a todos los derechos humanos, ya sea civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.

Chile firmó y suscribió la Convención sobre los Derechos del Niño, el 26 de enero de 1990, junto con otros 57 países; el 10 de julio del mismo año fue aprobada por ambas ramas del Congreso y ratificada ante Naciones Unidas el 13 de Agosto de 1990.

El día 14 de agosto de 1990 fue promulgada como Ley mediante Decreto Supremo Nº 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, el cual fue publicado en el Diario Oficial el 27 septiembre de 1990, fecha en que la Convención pasó a ser Ley de la República, asumiendo así, nuestro país el compromiso de asegurar a todos los niños y niñas [menores de 18 años] los derechos y principios que ella establece.

Actualmente hay 191 países que han adherido a la Convención sobre los Derechos del Niño, esto deja de manifiesto la preocupación de la Comunidad Internacional sobre la protección a la infancia y los derechos de los niños.

De acuerdo a lo establecido por UNICEF [Fondo de la Naciones Unidas para la Protección de la Infancia], podemos citar:

“La infancia tiene derechos”

La Convención sobre los Derechos del Niño es el tratado más ampliamente ratificado en la historia. En él se establecen una amplia gama de disposiciones que abarcan derechos y libertades civiles, el entorno familiar, la salud básica y el bienestar, la educación, la recreación, las actividades culturales y las medidas especiales necesarias para su protección.

La Convención contiene varios “principios fundamentales” que sustentan todos los demás derechos de la infancia.

Se trata de la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la supervivencia y el desarrollo, y la opinión del niño.

- La no discriminación significa que todos los niños y niñas tienen el mismo derecho a desarrollar su potencial, todos, en todas las situaciones, todo el tiempo y en todas partes.
- El Interés superior del niño debe ser una consideración primordial en todas las medidas y decisiones que le atañen, y debe utilizarse para resolver cualquier confusión entre los diferentes derechos.
- El derecho a la supervivencia y el desarrollo subraya la importancia fundamental que significa asegurar el acceso a los servicios básicos y la igualdad de oportunidades para que los niños y las niñas logren alcanzar un desarrollo completo.
- Los puntos de vista de los niños y niñas es un tema que se refiere a la importancia de escuchar y respetar su opinión en todas las cuestiones relacionadas con sus derechos. Los países deben promover una participación activa, libre y significativa de la infancia en las deliberaciones para tomar decisiones que les afecten”.⁹

Los Estados partes al suscribir y ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, se comprometieron a respetar sus principios, esto va más allá de hacerse parte sino que implica adaptar la legislación interna en términos de la Convención, además de hacer campañas comunicacionales para divulgar estos principios para ir creando conciencia en la humanidad de la importancia de los niños, niñas y adolescentes y por el respeto a sus derechos más fundamentales.

⁹ http://www.unicef.org/spanish/why/why_rights.html [cita 01 nov. 2014]

Algunos aportes en que este compromiso se debe traducir :

- No discriminar por religión, sexo, origen social, cultural o por sus capacidades [nuestra Constitución Política recoge este principio al establecer que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos];
- Toda la sociedad y autoridades políticas cumplan con sus obligaciones y respeten los derechos de los niños y hacer que la sociedad los respete.
- Velar porque todos los niños tengan acceso a las mejores prestaciones de salud desde su nacimiento;
- Asegurar asistencia de urgencia sanitaria mínima así como el derecho al cuidado y a los alimentos necesarios para una subsistencia digna;
- Prevenirlos y cuidarlos de contagios de enfermedades de todo tipo;
- Terminar categóricamente con el maltrato, abuso, trabajo infantil y cualquier otra forma de explotación;
- Lograr que concurren a sus escuelas o colegios y que gocen de la mejor calidad en educación, los niños tienen derecho a terminar con sus estudios y desarrollarse intelectual y culturalmente cada uno de acuerdo a sus capacidades;
- Promover que participen en sus propios asuntos y los de su familia y comunidad escolar, ciudad y país;
- Mantenerlos alejados de conflictos bélicos, armados, luchas internas y actos violentos;
- Comprometerse a que tanto los niños como sus familias vivan en lugares lejos de contaminación que pongan en riesgo su salud, tanto las autoridades como toda la sociedad debemos velar por cuidar el planeta tierra para nuestros niños;

- Destruir, en lo posible, toda sombra de pobreza, ésta destruye cualquier intento de futuro, se debe invertir en la infancia.

2.2.4. Convención de La Haya sobre la Protección de menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional del año 1993

Con fecha 29 de mayo de 1993, la XVI Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado adoptó la Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

Dicha Convención fue aprobada por Decreto N° 1215, promulgado con fecha 2 de agosto de 1999 y publicado en el Diario Oficial con fecha 4 de octubre de 1999.

Este Tratado Internacional, denominado “Convención” por su carácter jurídico vinculante para los Estados signatarios, comenzó a regir en Chile el 1º de noviembre de 1999.

Cabe mencionar que solo indicaremos algunos puntos importantes, ya que para nuestra memoria, no resulta muy relevante entrar en detalles de sus acuerdos.

Se reconoce que para el desarrollo armónico de la personalidad del niño, éste debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión.

Cada Estado debería tomar las medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen, en caso de no poder asegurar esta estabilidad, se reconoce que la adopción internacional puede presentar una ventaja para el niño, de permanecer en una familia estable que su Estado de origen no pudo adecuar.

El objeto de la Convención de la Haya sobre protección de menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, es:

- Establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional;
- Instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños.
- Asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con la Convención.

2.2.5. Desafío de Oslo de 1999

En 1999, en el décimo aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, jóvenes, profesionales de los medios de comunicación y expertos en cuestiones relacionadas con los derechos de la infancia participaron en una reunión que organizaron en Oslo el Gobierno de Noruega y la UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia) a fin de tratar la situación de los derechos de la niñez y su relación con los medios de comunicación del mundo.

De estos debates surgió el Desafío de Oslo, que fue dado a conocer el 20 de noviembre de 1999, y que enuncia que: “la relación de los niños y los medios de comunicación es el punto de acceso al mundo amplio y polifacético de la niñez y sus derechos a la educación, a la libertad de expresión, al juego, a contar con una identidad, a la salud, a la dignidad y al auto respeto, y a la protección; y que la relación entre la infancia y los medios de comunicación

desempeña una función importante con respecto a todos los aspectos de los derechos de los niños y a todos los componentes de sus vidas”.¹⁰

Uno de los proyectos que concreta el espíritu del Desafío de Oslo, es MAGIC –*Media Activities and Good Ideas by, with and for children* – [Actividades de los medios de comunicación y buenas ideas para, con y por los niños] que apoya a proyectos de cualquier país que intenten llevar a la práctica las ideas del Desafío.

Para lograr concretar el proyecto MAGIC, se convocaron a los profesionales de los medios de comunicación, educadores, gobiernos, organizaciones, a los propios niños y jóvenes a que desarrollaran al máximo posible los vínculos entre la niñez y los medios de comunicación.

El enfoque y desarrollo de este Capítulo, nos ha dejado una visión más o menos clara de la importancia de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, en todo ámbito que se desenvuelvan, al mismo tiempo ha quedado de manifiesto la constante preocupación de la Comunidad Internacional en lo referente a la infancia, niñez, niños, como se quiera denominar. No hay discusión al respecto, el objetivo principal de los Tratados Internacionales es proteger al máximo a nuestros niños y en general a los niños del mundo.

Para finalizar este Capítulo y pasar al análisis de la legislación positiva de Chile, en aplicación concreta de los Tratados ratificados, qué mejor que citar

¹⁰ <http://www.unicef.org/magic/bits/espanol.html>, [cita 02 noviembre 2014]

lo dicho en la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, del 30 septiembre de 1990:

“No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quién dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana”.

CAPÍTULO 3

PRINCIPIOS EN MATERIA DE RELACIONES PATERNO FILIALES

- 3.1. Las relaciones paterno-filiales en el Derecho de Familia
- 3.2. Principios establecidos en la Ley Nº 19.585 de 26 octubre de 1998
 - 3.2.1.- Principio de igualdad
 - 3.2.2.- Principio del interés superior del niño

3.1. Las relaciones paterno-filiales en el Derecho de Familia

¿Qué es el Derecho de Familia o Familiar?

“Como punto de partida y siguiendo a Diez-Picazo, se debe entender que el Derecho de Familia está constituido por normas de organización de las relaciones familiares básicas y las que resuelven los conflictos de intereses que dentro de esas relaciones pueden plantearse. Dentro de las relaciones básicas de familia, se encuentran el matrimonio y las **relaciones paterno-filiales**, tanto en su vertiente personal como en la patrimonial”.¹¹

Las rupturas conyugales y la vida separada de los progenitores, son las mayores causas iniciales que generan conflictos de intereses dentro de las relaciones familiares, el derecho a relacionarse padre e hijos, con o sin ocasión de estos conflictos, debe siempre ser el objeto del derecho de familia; debe regular un aspecto de las relaciones de familia en sí mismas, en el entendido de la convivencia sana, el trato y comunicación entre sus miembros.

Nuestro Código Civil, establece en su Libro Primero, Título VII, la normativa que regula la Filiación, los artículos 179 a 182, establecen los distintos tipos

¹¹ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Derecho de Relación Directa y Regular*, Thomson Reuters La Ley, Colección Tratados y Manuales, 1ª Edic. junio 2014 Legal Publishing Chile, p. 55

de filiación de acuerdo a la situación jurídica o de hecho de los padres sin definir que entendemos por filiación.

Está claro que como consecuencia de la relación paterno-filial nacen entre padres e hijos una serie de derechos, deberes y funciones que los vinculan, a saber: el derecho recíproco a relacionarse, comunicarse y convivir. Cuando padres e hijos viven juntos estos derechos se dan en forma natural, es más se van desarrollando relaciones afectivas, participación de cada uno en la vida del otro y la asunción de la crianza y cuidado de los hijos por ambos padres. Esta realidad se ve alterada cuando los padres viven separados, por lo tanto es la labor del Estado, comunidad, legisladores y en general la sociedad toda velar porque, la separación de la convivencia continua del padre o madre de los hijos sea lo menos dañina para los hijos, por sobre los derechos de los padres.

“Según la Real Academia Española, la filiación está definida como la “procedencia de los hijos respecto a los padres”. Jurídicamente la filiación es la relación paterno-filial existente entre el progenitor [ya sea el padre o madre] y su hijo[a]. Ese vínculo o relación familiar puede provenir de una realidad natural [biológica] o puede provenir de un acto jurídico como la adopción. Desde la ciencia de la antropología, la filiación es la relación de parentesco que une a una persona con sus antepasados y descendientes”.¹²

El artículo 179 Código Civil, establece en su inciso 1º, que “La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial”.

El artículo 180 Código Civil, establece cuando estamos frente a una filiación matrimonial o no matrimonial. Filiación Matrimonial: cuando existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo. La ley

¹² <http://www.am.abogados.com/blog/la-filiacion-y-las-relaciones-paterno-materno-filiales/1948/> (cita 04 noviembre 2014)

también reconoce como filiación matrimonial la del hijo cuyos padres contraen matrimonio con posterioridad a su nacimiento, siempre que la paternidad y la maternidad hayan estado previamente determinada por los medios de prueba establecidos en el artículo 198, o bien se determinen por reconocimiento realizado por ambos padres en el acto del matrimonio o durante su vigencia, de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 187. La ley establece que todos los hijos nacidos fuera de estas circunstancias serán hijos de filiación no matrimonial.

Antes de la modificación al Código Civil. introducida por la Ley N° 19.585 de 26 octubre de 1998, existían hijos legítimos, naturales y simplemente ilegítimos [también estaban los hijos legitimados, pero estos equiparaban sus derechos a los legítimos].

En el caso de la fecundación medicamente asistida a través de técnicas de reproducción humana permitidas por ley, como es el caso del artículo 182 del Código Civil, se considera filiación biológica, respecto de los padres que se sometieron a ella.

En este sentido la filiación no se identifica precisa y exactamente con la procreación, como en los casos de la adopción y la procreación con rechazo de la paternidad o maternidad como sucede con los hijos no reconocidos o abandonados.

La paternidad no se ordena solamente en el sentido de reproducción y conservación de la especie sino que también se ordena en la creación de vínculos de justicia, de responsabilidad, de solidaridad y de amor entre padres e hijos y otros parientes, como es el caso de los abuelos, que como veremos más adelante la modificación introducida por la Ley N° 20.680 en el artículo

229-2, establece que el hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con sus abuelos.

De todo esto se desprende la necesidad de haber modificado nuestra legislación, ya que los hijos, todos, son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos no importando si la filiación es matrimonial, no matrimonial, adoptiva, etc.

En general los efectos de la filiación dicen relación con derechos y obligaciones naturales, tales como patria potestad, obligación de alimentos de los padres, socorro, ayuda mutua, educar al hijo, herencia, llevar el apellido de los padres, incluso efectos en materia penal [pena más agravada cuando hay delitos contra la familia], etc.

En la presente memoria nos interesa analizar los tres efectos fundamentales que son consecuencia precisamente del principio de corresponsabilidad parental: la reforma al Código Civil, introducida por la Ley N° 20.680, modificando principalmente lo relacionado con el cuidado personal de los hijos, la relación directa y regular y la patria potestad.

Respecto al cuidado personal, las modificaciones apuntan a la forma de atribución y en el ejercicio de este derecho-deber; se incorporan algunos criterios [en el artículo 225-2 del Código Civil] que deben ser considerados y ponderados por el juez antes de decidir a la cual de los padres le corresponde el cuidado personal de sus hijos; se establecen apremios para aquel de los padres condenado por resolución judicial a hacer entrega del hijo y no lo hace o se niega a entregarlo en la fecha determinada en la misma sentencia.

Respecto a la relación directa y regular que debe mantener aquél padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo, si bien la consideraba el Código Civil en su artículo 229, no era suficiente para hacer prevalecer el interés superior del niño; con la modificación introducida, el nuevo artículo 229 establece por primera vez un concepto o lo que se debe entender por relación directa y regular y fija además ciertos criterios los cuales deben ser considerados tanto por los padres como por el juez, en su caso, para determinar éste régimen.

En cuanto a la patria potestad, ésta se ejerce en forma conjunta y autoriza a los padres a actuar indistintamente en los actos de mera conservación, consideramos que en este punto la modificación del artículo 244, podría haber establecido que se entiende por “actos de mera conservación”, así se evitaría tener que recurrir a los tribunales de justicia a aclarar este punto.

3.2. Principios establecidos en la Ley Nº 19.585 de 26 octubre de 1998

¿A que obedeció la dictación de la Ley Nº 19.585?

Principalmente a la evidente situación de injusticia que existía en nuestra legislación, había un imperativo moral y jurídico y además un imperativo constitucional y de responsabilidad del Estado de Chile frente a la comunidad internacional, a saber: nuestra Constitución Política [Bases de la Institucionalidad] establece en su artículo 1º “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” ; además el mismo cuerpo legal establece en su artículo 19 Nº 2 [Derechos y Deberes Constitucionales]: “La Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante la ley”, y en su inciso 2º: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

En relación a los Tratados Internacionales a modo de ejemplo podemos citar: Convención Americana de Derechos Humanos [denominado Pacto de San

José de Costa Rica- 1969, RA 21 agosto de 1990], artículo 17 [Protección a la Familia], punto 4 “Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”; y punto 5 “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como los nacidos dentro del mismo”.

Convención sobre Derechos del Niño [1989, RA 1990], artículo 7 punto 1 “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; punto 2 Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida; artículo N° 18 punto 1 “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

Es importante no olvidar que nuestra carta fundamental, en su artículo 5º, obliga al Estado a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución y los Tratados Internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

De la lectura de lo anteriormente descrito, es fácil responder la pregunta inicial: nuestra Constitución Política y los Tratados Internacionales ratificados por Chile decían una cosa y la legislación familiar decía otra o simplemente no decía nada.

Los principios establecidos por la Ley en comento son: Principio de igualdad y Principio del interés superior del niño.

3.2.1. Principio de igualdad

Este principio [o garantía] tiene su origen desde la misma Constitución Política luego es recogido con anterioridad y posterioridad, por distintos Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile.

El principio de igualdad dice relación directa con el artículo 33 del Código Civil “Tienen el estado civil de hijos respecto de una persona aquellos cuya filiación se encuentra determinada, de conformidad a las reglas previstas por el Título VII del Libro I de este Código. **La ley considera iguales a todos los hijos**”. Artículo modificado a través de la Ley N° 19.585, del año 1998.

Esta ley se hizo cargo de la injusticia que ocurría en Chile: existían hijos de primera clase [hijos legítimos] e hijos de segunda clase [hijos naturales o simplemente ilegítimos]. Así las cosas, la Ley N° 19.585 no hizo más que igualar los derechos de todos los hijos, cumpliendo con un mandato constitucional [art. 1º y 19 N°2] y un deber del país para con la comunidad internacional [al ratificar Tratados Internacionales].

El artículo 33 del Código Civil, produce varios efectos, a saber: se denominan hijos matrimoniales e hijos no matrimoniales [se elimina la clasificación de hijo legítimo, hijo legitimado, natural o simplemente ilegítimo]; el hijo reconocido por su padre o madre pasa a quedar incorporado a la familia de sus

progenitores, por consiguiente pasa a tener abuelos, tíos y primos [no olvidar que antiguamente se decía que los hijos naturales no tenían abuelos]; adquiere derechos hereditarios respecto de sus abuelos [que puede heredarlos por representación a falta de padre o madre]; heredan por igual todos los hijos [antiguamente recibían la mitad que le correspondía al hijo legítimo]; puede demandar de alimentos a los abuelos; el tribunal puede en caso de impedimento físico o mental o a falta del padre o madre, entregar el cuidado del nieto incluso otorgar la tutela o curatela; todos los hijos quedan sometidos a patria potestad [antiguamente solo era para los hijos legítimos].

3.2.2. Principio del interés superior del niño

Este principio lo analizaremos de acuerdo a un informe de UNICEF del año 2013:

“Convención sobre los Derechos del Niño. Comité de los Derechos del Niño: Observación general N° 14 [2013] sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”.¹³

I.- “El interés superior del niño: un derecho, un principio y una norma de procedimiento

1. El artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada. Además, esa disposición establece uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño [el Comité] ha determinado que el artículo 3, párrafo 1, enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño,

¹³ Comité de los Derechos del Niño en su 62º período de sesiones. 14 de enero a 01 de febrero de 2013, artículo 3º, párrafo 1º.

y lo aplica como un concepto dinámico debe evaluarse adecuadamente en cada contexto.

2. El “interés superior del niño” no es un concepto nuevo. En efecto, es anterior a la Convención y ya se consagraba en la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959 [párrafo 2] y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer [artículos 5b y 16, párrafo 1d], así como en instrumentos regionales y numerosas normas jurídicas nacionales e internacionales.

3.(4). El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño [el Comité espera que los Estados interpreten el término “desarrollo” como “concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño”, [Observación general N° 5, párrafo 12].

El Comité ya ha señalado que “a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”. Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al “interés superior del niño” y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño.

4. (5). La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holística del niño y promover su dignidad humana.

5. (6). El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones [positivas o negativas] de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados Partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”.¹⁴

¹⁴ http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf. (cita 6 nov. 2014) pp 3 y 4

“II.- El interés superior del niño y su relación con otros principios generales de la Convención

1. El interés superior del niño y el derecho a la no discriminación [artículo 2 Convención sobre Derechos del Niño]

El derecho a la no discriminación no es una obligación pasiva que prohíba todas las formas de discriminación en el disfrute de los derechos consagrados en la Convención, sino que también exige a los Estados que se adelanten a tomar medidas apropiadas para garantizar a todos los niños la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de los derechos enunciados en la Convención. Ello puede requerir la adopción de medidas positivas encaminadas a corregir una situación de desigualdad real.

2. El interés superior del niño y el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo [artículo 6 Convención sobre Derechos del Niño]

Los Estados deben crear un entorno que respete la dignidad humana y asegure el desarrollo holístico de todos los niños. Al evaluar y determinar el interés superior del niño, el Estado debe garantizar el pleno respeto de su derecho intrínseco a la vida, la supervivencia y el desarrollo.

3. El interés superior del niño y el derecho a ser escuchado [artículo 12 Convención sobre Derechos del Niño]

La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. [de acuerdo a lo establecido en la Observación general N° 12 del Comité].

Cuando estén en juego el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado, debe tenerse en cuenta la evolución de las facultades del niño (art. 5).

El Comité ya ha determinado que cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad. Del mismo modo, a medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior. Los bebés y los niños muy pequeños tienen los mismos derechos que los demás niños a que se atienda a su interés superior, aunque no puedan expresar sus opiniones ni representarse a sí mismos de la misma manera que los niños mayores.

Para evaluar su interés superior, los Estados deben garantizar mecanismos adecuados, incluida la representación, cuando corresponda, lo mismo ocurre con los niños que no pueden o no quieren expresar su opinión”.¹⁵

Respecto de las garantías procesales, nuestra legislación contempla la creación de los Tribunales de Familia, mediante la Ley N° 19.968 del 30 agosto de 2004.

En el Mensaje Presidencial [Ex Presidente Sr. Ricardo Lagos Escobar], destaca la necesidad de considerar a los niños que se relacionan con el sistema jurisdiccional, como sujetos de derecho que deben ser oídos, en un proceso interactivo, en que sus intereses sean especialmente considerados, esto se ve plasmado en la opción que tienen las partes de solicitar audiencia reservada entre el juez y el menor, constituyendo ésta además, un medio de prueba.

¹⁵ http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf. (cita 6 nov. 2014) pp 11 y 12

Esto no sucedía en el antiguo sistema, ya que la justicia de menores, poseía una inspiración conceptual y un diseño procedimental que no se condecía ni con la especial naturaleza del contencioso familiar, ni, tampoco, con las exigencias que el derecho internacional de los derechos humanos –al que Chile se encuentra sometido por mandato constitucional- contempla.

CAPÍTULO 4

REFORMA AL CUIDADO PERSONAL LEY Nº 20.680

- 4.1. Historia de la Ley Nº 20.680, de 21 junio de 2013**
 - 4.2. Cuadro comparativo de la legislación antes de la modificación y después de ella.**
 - 4.3. Objetivos o principios de la nueva ley**
 - 4.4. Reforma en cuatro áreas de la relación paterno filial**
 - 4.4.1.- Nuevo principio general: la Corresponsabilidad Parental**
 - 4.4.2.- Cuidado Personal de los niños, niñas y adolescentes**
 - 4.4.3. Régimen de relación directa y regular**
 - a. Concepto y breve historia del Derecho de Relación**
 - b. Características, naturaleza jurídica y fundamento jurídico del Derecho de Relación entre padres e hijos**
 - c. Fines y funciones del Derecho de Relación Directa y Regular**
 - d. Modificaciones en materia de relación Directa y Regular**
 - 4.4.4. Patria potestad**
-
- 4.1. Historia de la Ley Nº 20.680, de 21 junio de 2013**

Recordaremos, para comenzar a desarrollar este punto, a Planiol y Ripert¹⁶ quienes señalan que: “En la ruptura de la familia, la suerte de los hijos es una de las cuestiones más graves que se plantean. Es necesario que sufran lo menos posible por la desaparición de su hogar”.

La tramitación de esta ley comenzó por Moción parlamentaria, de los Diputados Ramón Barros Montero, Sergio Bobadilla Muñoz, Juan Bustos Ramirez, Francisco Chahuán Chahuán, Eduardo Diaz del Río, Alvaro Escobar Rufatt, Jorge Sabag Villalobos, Alejandra Sepulveda Orbenes, Ximena Valcarce Becerra, Esteban Valenzuela van Treek. Fecha 12 de Junio 2008.

Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del **menor** en caso de que sus padres vivan separados.

Las Reformas se refieren a los artículos 222 a 245 del Código Civil; artículo 42 de la Ley de Menores N° 16.618, de 8 de marzo de 1967; artículo 21 de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil de 17 de mayo de 2004.

Los Honorables, propusieron esta Moción, al ver en nuestra realidad que son muchas las familias en que los progenitores viven separados y en que uno de los padres tiene a su cargo la crianza de los hijos, y el otro es solamente proveedor con derechos limitados, o también se puede dar la situación, que un progenitor no exista, o porque no tiene interés en la formación del hijo o porque teniendo el interés de participar en forma activa en la crianza, debe enfrentar diversos obstáculos.

¹⁶ PLANIOL, M. Y RIPERT, J. *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*; tomo segundo; *la familia, matrimonio, divorcio, filiación*; traducción de Díaz Cruz, M.; Editorial, Habana, 1928; Juan Buxo, pp 510-511.

La separación de los padres constituye un hecho que marcará para siempre la vida de los hijos¹⁷ dependiendo de cómo los padres manejen la separación.

El impacto psicológico y emocional que pueda sufrir un hijo luego de la separación de sus padres deriva de muchos factores, pero a nuestro parecer el más importante es la presencia cercana de la imagen paterna o materna; va a depender de la imagen de sus padres en la autoestima, seguridad y estabilidad de los hijos en su vida adulta.

No podemos dejar de mencionar, nuevamente, la Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959), al señalar en su Principio N° 6 "...siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material...".¹⁸

Este derecho debe prevalecer y sobrevivir aunque los padres no vivan juntos, ya que en forma coordinada deberán observar siempre todas sus responsabilidades morales, afectivas, formativas y pecuniarias.

También se hace mención al fenómeno denominado "síndrome de alienación o alejamiento parental", tema que abordaremos en el capítulo quinto de este trabajo. Adelantaremos que, de acuerdo a profesionales especialistas, se trata de una especie de maltrato infantil.

En la Moción se cita la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), señalando el Artículo 9:

¹⁷ el texto literal se refiere a "**menor**", a nuestro juicio, término mal utilizado, debiendo usarse términos como niño o simplemente hijo.

¹⁸ <http://www.elbebe.com/ninos/10-principios-declaracion-universal-derechos-del-nino>. 28 diciembre 2014

“1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

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

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona está bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”.¹⁹

¹⁹ <http://www.unicef.cl/unicef/index.php/texto-oficial-de-la-convencion>, (cita 6 nov. 2014)

En el artículo 18 de la Moción de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)²⁰, dispone que los Estados partes deberán poner su máximo empeño en garantizar el reconocimiento al principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes respecto a la crianza y desarrollo del niño.

Así las cosas, podemos concluir que la Moción parlamentaria obedeció a la realidad imperante; a una historia que comenzó mucho antes del año 2008; a los efectos de las separaciones de matrimonios o relaciones de hecho, al nacimiento de hijos que desde el comienzo de sus vidas, por regla general, no había presencia del padre, y además de recoger de una vez por todas, los imperativos constitucionales y las obligaciones del Estado para con la Comunidad Internacional, vigentes desde fechas anteriores a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.680 [21 junio de 2013].

²⁰ ibidem

4.2. Cuadro comparativo de la legislación antes de la modificación y después de ella

MODIFICACIONES*

Título IX Libro Primero Código Civil

De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, arts. 222 a

229

Y

Título X Libro Primero Código Civil

De la Patria Potestad, arts. 244 y 245

LEY ANTERIOR	LEY ACTUAL	OBSERVACIONES
<p><u>Art. 222</u> Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a</p>	<p><u>Art. 222</u> La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades. Los hijos deben</p>	<p>Para fortalecer, la nueva normativa, el legislador consideró oportuno invertir los incisos de este artículo. Dando así mayor relevancia al interés superior de los hijos.</p>

<p>la evolución de sus facultades.</p>	<p>respeto y obediencia a sus padres.</p>	
<p><u>Art. 224</u> Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos. El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez.</p>	<p><u>Art. 224</u> Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos. El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por</p>	<p>1.- Principio de corresponsabilidad: ambos padres participarán en forma <u>activa, equitativa y permanente</u> en la crianza y educación de los hijos, no siendo relevante el hecho de que vivan juntos o separados]. El artículo 224, establecía el principio de corresponsabilidad, de manera tácita [...]"toca de consuno a los padres..."], ahora en forma expresa establece este principio en atención a lo establecido en la Convención sobre Derechos del Niño. Lo importante de esta</p>

	<p>ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez.</p>	<p>modificación es que el legislador instauró expresamente como principio la responsabilidad compartida, ya sea de mutuo acuerdo o por vía judicial. El interés superior del niño debe primar al momento de tomar decisiones respecto a la responsabilidad compartida y sobre todo de qué progenitor tendrá el cuidado personal principal.</p>
<p><u>Art. 225</u> Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del</p>	<p><u>Art. 225</u> 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</p>	<p>1.- Se crea el concepto de cuidado personal <u>compartido</u>, por lo tanto se privilegian los acuerdos voluntarios entre padre y madre, [autonomía de la voluntad], caso excepcional en</p>

<p>Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar</p>	<p>acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo deberá establecer 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</p>	<p>materia de familia.</p> <p>2.- Si no hay acuerdo, se aplica como atribución legal supletoria que el cuidado recaiga en aquel de los padres con que conviva el hijo.</p> <p>Efectos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - no se hace distinción de sexos, - se evita la judicialización de las causas para los casos en que los hijos vivan solamente con la madre o el padre. - si los padres no están de acuerdo, deberán recurrir a la instancia judicial, pero antes <u>deberán</u> recurrir a mediación. <p>3.- se elimina la causa de “maltrato”, “descuido” u “otra causa calificada”, se</p>
--	--	---

<p>el cuidado personal al padre o madre que no hubiere contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.</p> <p>Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.</p>	<p>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.</p> <p>A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo.</p> <p>En cualquiera de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del</p>	<p>sustituye por “las circunstancias lo requiera” y el interés superior lo haga conveniente, lo que implica la inhabilidad de uno de los padres.</p> <p>Si el juez pondera las circunstancias concluye que el niño o niña estará mejor con el otro padre o madre, deberá atribuirlo de esta manera.</p> <p>4.- El principio del interés superior del niño es el límite para que el juez entregue el cuidado personal a casos como el de un padre o madre violento intrafamiliar o a un abusador sexual.</p> <p>5.- Originalmente el proyecto de ley contemplaba un concepto de</p>
--	---	--

	<p>hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226.</p> <p>En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres.</p> <p>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</p>	<p>“transitoriedad”. Se estimó que esta propuesta implicaría judicializar obligatoriamente todos los casos, por lo que se desestimó. Se hizo mención que si, igual se judicializaba estaba la norma del art. 22 de la Ley 19.968 [Tribunales de Familia].</p> <p>Este artículo regula la potestad cautelar del juez, ya sea de oficio o petición de parte, al existir situaciones urgentes, cuando el interés superior del niño lo exija, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar, podrá decretar medidas cautelares que podrán llevarse aun antes de la</p>
--	--	---

	<p>relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el artículo 229.</p> <p>Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.</p>	<p>demanda. La rapidez que se pretendía introducir en la norma a través del plazo de 60 días, ya está cubierta.</p> <p>Además, en estos juicios, a partir de la reforma introducida por la Ley N° 20.427, [de 15 septiembre de 2008] los intervinientes deben comparecer patrocinados por un abogado, lo que garantiza que el profesional debe utilizar la herramienta otorgada por la ley.</p> <p>6.- Se eliminó la excepción de no pago de pensión de alimentos desde el artículo 225 del CC, que impedía a aquel padre que no había contribuido con la mantención del hijo</p>
--	--	---

		<p>para obtener cuidado personal del mismo, aunque corriera peligro de maltrato por el padre o madre que lo tuviere. Este punto se trasladó como criterio a considerar por el juez en el nuevo artículo 225-2 letra c.</p> <p>7.- Cada vez que exista intervención judicial para atribuir el cuidado personal a la madre o padre, el juez <u>deberá</u> fijar régimen de relación directa y regular debiendo ceñirse a los criterios del art. 229.</p>
	<p><u>Art. 225-2</u> En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y</p>	<p>1.- Esta norma entrega al juez criterios que debe tener en consideración para asignar el cuidado</p>

	<p>ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:</p> <p>a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar;</p> <p>b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad;</p> <p>c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del</p>	<p>personal.</p> <p>2.- El no pago de pensiones pasó a ser una circunstancia que el juez deberá considerar al momento de fijar el cuidado personal. El juez deberá considerar que aquel de los padre que tenga el cuidado personal del hijo no obstaculice el régimen de relación directa y regular del otro padre.</p>
--	---	---

	<p>otro padre, pudiendo hacerlo</p> <p>d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el artículo 229 inciso quinto;</p> <p>e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente,</p>	
--	--	--

	<p>la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades;</p> <p>f) La opinión expresada por el hijo;</p> <p>g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar;</p> <p>h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio;</p> <p>i) El domicilio de los padres, y</p> <p>j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del</p>	
--	---	--

	hijo.	
<p><u>Art. 226</u></p> <p>Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.</p> <p>En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes.</p>	<p><u>Art. 226</u></p> <p>Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2.</p> <p>En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y en especial a los ascendientes.</p>	<p>1.- Se incorporó esta modificación para armonizar con la modificación del art. 225, referida a los padres. Se refiere a los terceros, incluyendo los abuelos, pero siempre velando por el interés superior del niño.</p> <p>2.- La modificación a este respecto, al disponer atribución legal, respetará siempre los derechos de los parientes del hijo, sin perjuicio del derecho natural y siempre primero del padre o la madre.</p> <p>3.- El juez siempre deberá tomar resoluciones velando primordialmente por</p>

		<p>el interés superior del niño al confiar el cuidado personal a otra u otras personas (de acuerdo al artículo o principio 3º de la Convención sobre Derechos del Niño).</p> <p>4.- El cuidado personal se confiará a terceros considerando los criterios dados por el artículo 225-2 del Código Civil.</p>
<p><u>Art. 227</u></p> <p>En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oirá a los hijos y a los parientes.</p> <p>Las resoluciones que se dicten, una vez ejecutoriadas, se subinscribirán en la forma y plazo que</p>	<p><u>Art. 227</u></p> <p>En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oirá a los hijos y a los parientes.</p> <p>Las resoluciones que se dicten, una vez ejecutoriadas, se subinscribirán en la forma y plazo que</p>	<p>La disposición del artículo 66 de la Ley de Menores N° 16.618 [en relación a los apremios], fue recogida por el Código Civil, por ser poco aplicada por los jueces.</p> <p>La modificación al Código Civil, la</p>

<p>establece el artículo 225.</p>	<p>establece el artículo 225.</p> <p>El juez podrá apremiar en la forma establecida por el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, a quien fuere condenado por resolución judicial que cause ejecutoria, a hacer entrega del hijo y no lo hiciere o se negare a hacerlo en el plazo que se hubiere determinado para estos efectos. En igual apremio incurrirá el que retuviere especies del hijo y se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del juez.</p>	<p>recoge y por lo tanto le da un contexto de las consideraciones y normas que debe aplicar el juez.</p>
<p><u>Art. 228</u> La persona casada a quien corresponda el</p>	<p><u>Art. 228</u> Derogado</p>	<p>El Código Civil original, en el Título correspondiente “De</p>

<p>cuidado personal de un hijo que no ha nacido de ese matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común, con el consentimiento de su cónyuge.</p>		<p>las obligaciones y derechos entre los Padres y los Hijos Naturales” contenía el artículo 278 cuyo inciso segundo decía: “Pero la persona casada no podrá tener a un hijo natural en su casa sin el consentimiento de su mujer o marido”. Esta norma se mantuvo sin alteración hasta la reforma en el Derecho de Familia por la Ley N° 19.585 de 26 de octubre de 1998, que la derogó. El proyecto original indicaba incorporar el siguiente artículo 221: “La persona casada no podrá, sin el consentimiento de su cónyuge, tener en el hogar común a un hijo no matrimonial”.</p>
---	--	---

		<p>Así las cosas, este texto no hacía más que reponer el antiguo artículo 278 vigente desde los inicios del Código Civil. Durante la discusión general del proyecto se hizo una indicación para reemplazar el artículo 221 por el siguiente: “La persona casada a quien corresponda el cuidado personal de un hijo que no ha nacido de ese matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común, con el consentimiento de su mujer o marido”.</p> <p>La indicación fue aprobada por unanimidad de Senadores, pero posteriormente un informe complementario de la</p>
--	--	--

		<p>Comisión de 22 de junio de 1998, contempló este artículo bajo el número 228 y propuso reemplazar las palabras “mujer o marido” por “cónyuge”. De ésta forma quedo aprobado a contar de la vigencia de la Ley N° 19.585, en nuestro Código Civil.</p> <p>Nos parece necesario hacer algunas reflexiones al respecto:</p> <p>1. “Como el legislador no distinguió, el hijo pudo haber nacido de un matrimonio anterior, o de una relación no matrimonial previa al actual matrimonio del progenitor o coetáneamente, caso en el cual el hijo</p>
--	--	---

		<p>habría nacido de un adulterio.</p> <p>2. Se sacrificó el interés superior del niño, principio en el que nuestra legislación se jacta de inspirarse, para privilegiar a un adulto extraño que no tiene vínculos de sangre con el menor.</p> <p>3. El artículo 228 del Código Civil contraviene abiertamente lo dispuesto en la Convención sobre Derechos del Niño, ratificada por Chile, el 13 de agosto de 1990 y publicada en el Diario Oficial de 27 de septiembre de 1990.</p> <p>Esta norma es de una amplitud y rigor excesivos, solamente se justificaba en el</p>
--	--	---

		<p>caso de un hijo nacido de un adulterio y, en el caso del hijo no matrimonial cuya existencia se desconocía al momento de contraer matrimonio. En los demás, era abusiva, pudiendo incluso considerarse una especie de maltrato psicológico al menor, víctima de un rechazo sin razones. La disposición vulneraba los principios que inspiran al Derecho de Familia”²¹</p>
<p><u>Art. 229</u> El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no</p>	<p><u>Art. 229</u> El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo</p>	<p>1.- Este artículo refuerza el concepto de relación directa y regular que ejerce el</p>

²¹ DOYHARCABAL CASSE, Solange, Temas de Derecho. *Autorización que debe prestar el cónyuge para que el hijo de su mujer o marido viva en el hogar común*. UGM, Año XVII, N°1-2, pp 67-79

<p>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.</p> <p>Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.</p>	<p>tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado en las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.</p> <p>Se entiende por relación directa y regular, aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable.</p> <p>Para la determinación</p>	<p>padre que no tiene el cuidado personal del hijo. Por el hecho de que uno de los padres no tenga el cuidado personal del hijo se hace necesario velar porque la relación entre ambos sea útil y siempre teniendo como norte el interés superior de los hijos. La nueva redacción elimina el carácter excepcional que se le daba al derecho, pasando a ser una regla generalísima.</p> <p>2.- Se define que se deberá entender por relación directa y regular para lograr que el contacto del padre que no tiene el cuidado personal con el hijo sea periódico y establece, debiéndose siempre</p>
--	--	---

	<p>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:</p> <ul style="list-style-type: none"> 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 	<p>establecer el régimen caso a caso.</p> <p>Los jueces tenían por hábito en este tema, asignar “visitas” fin de semana por medio y medias vacaciones. Este paradigma es lo que se pretende romper con estas modificaciones, ya que aquel padre que no tenga el cuidado personal del hijo tiene mucho más que aportar en tiempo y calidad que los tiempos establecidos en forma genérica por los jueces.</p> <p>3.- Se agregan criterios para que el juez determine la duración del régimen, se evaluadas caso a caso y que cada niño reciba lo necesario dependiendo de sus propias</p>
--	--	--

	<p>personal del hijo que se haya acordado o determinado, y</p> <p>d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.</p> <p>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</p>	<p>circunstancias.</p>
--	--	------------------------

	<p>cercana.</p> <p>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.</p> <p>Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.</p>	
	<p><u>Art. 229-2</u></p> <p>El hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con sus abuelos. A falta de acuerdo, el juez fijará</p>	<p>1.- Se traslada al Código Civil, la norma del artículo 48 inciso final de la Ley N° 16.618 (Ley de Menores) que permite a los</p>

	<p>la modalidad de esta relación atendido el interés del hijo, en conformidad a los criterios del artículo 229.</p>	<p>parientes de los menores tener visitas, con el fin de fortalecer los vínculos familiares.</p> <p>2.- Se incorpora el derecho de los abuelos a tener régimen de relación directa y regular con sus nietos.</p> <p>En este sentido el juez deberá velar por el interés superior del niño, para que no se traduzca esta disposición, en que el hijo pase cada fin de semana por familiares distintos.</p>
<p><u>Modificación</u></p>	<p><u>Título X, del CC.</u></p>	<p><u>De la Patria Potestad</u></p>
<p>Art. 244 La patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según</p>	<p>Art. 244 La patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo</p>	<p>En la legislación anterior, cuando los padres vivían juntos, la patria potestad la ejercía el padre, situación que traía</p>

<p>convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.</p> <p>A falta de acuerdo, al padre tocará el ejercicio de la patria potestad.</p> <p>En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren</p>	<p>suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.</p> <p>A falta de acuerdo, toca al padre y a la madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad.</p> <p>Con todo, los padres podrán actuar indistintamente en los actos de mera conservación.</p> <p>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</p>	<p>bastantes problemas (por ejemplo: administración de cuentas de ahorro, trámites que no podía realizar la madre).</p> <p>Actualmente, la norma modificada quedó en que ambos padres ejercerán la patria potestad, salvo en lo que se refiere a actos de mera conservación, casos en que podrán actuar indistintamente.</p>
---	---	--

<p>conjuntamente. Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá dentro del mismo plazo señalado en el inciso primero. En defecto del padre o madre que tuviere la patria potestad, los derechos y deberes corresponderán al otro de los padres</p>	<p>negare injustificadamente, se requerirá autorización judicial. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente. Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá dentro del mismo plazo señalado en el inciso primero. En defecto del padre o madre que tuviere la patria potestad, los derechos y deberes corresponderán al otro de los padres.</p>	
<p>Art. 245</p>	<p>Art. 245</p>	

<p>Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, de conformidad al artículo 225.</p> <p>Sin embargo, por acuerdo de los padres, o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse al otro padre la patria potestad. Se aplicará al acuerdo o a la sentencia judicial, las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente.</p>	<p>Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, o por ambos, de conformidad al artículo 225.</p> <p>Sin embargo, por acuerdo de los padres o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse la patria potestad al otro padre o radicarla en uno de ellos si la ejercieren conjuntamente.</p> <p>Además, basándose en igual interés, los padres podrán ejercerla en forma conjunta. Se aplicarán al acuerdo o a la resolución judicial las normas sobre subinscripciones</p>	<p>Se permite que el juez o los padres cambien de titularidad de la patria potestad, o bien la compartan (esto solo por acuerdo)</p>
--	--	--

	<p>previstas en el artículo precedente.</p> <p>En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se aplicará lo establecido en el inciso tercero del artículo anterior.</p>	
--	---	--

* Fuente: Departamento de Reformas Legales, Servicio Nacional de la Mujer

4.3. Objetivos o principios de la nueva ley

Los principales objetivos de la Ley N° 20.680 son:

1. “Reforzar el foco del cuidado personal en el interés superior del niño y no en los derechos del padre y la madre.
2. Incentivar la corresponsabilidad de padres y madres en el cuidado del hijo, favoreciendo una participación activa de su parte, a pesar de la separación.
3. Incentivar el logro de acuerdos entre los padres, permitiendo, de este modo, el mejor cuidado de los niños.
4. Evitar que se judicialice el tema del cuidado de los hijos, evitando el trauma que los juicios significan para los niños,
5. Entregar mayores facultades al juez para cambiar al titular del cuidado personal, teniendo en consideración que el único factor relevante a observar en esta materia es el interés superior del niño”.²²

²² Historia de la Ley N° 20.680. pág. 267 www.bcn.cl, (cita 7 nov. 2014)

4.4. Reforma en cuatro áreas de la relación paterno filial

Las cuatro áreas que abarca la reforma al Código Civil, introducidas por la Ley N° 20.680 (21 junio 2013) dicen relación prácticamente con todo el pilar que sostiene nuestro sistema filiativo y sus efectos.

Se refuerzan principios que existían pero no tenían la fuerza suficiente para obligar [interés superior del hijo y corresponsabilidad parental]; nuevas instituciones [cuidado personal compartido]; las atribuciones [tanto convencionales, legales como judiciales] respecto al cuidado personal de los hijos también se ven modificadas sustancialmente [incluso con efectos procesales]; la relación directa y regular; y todo lo relacionado con los efectos patrimoniales [patria potestad].

A continuación analizaremos estas áreas:

4.4.1. Nuevo principio general: la Corresponsabilidad Parental

Este principio es considerado el principal que introduce la Ley N° 20.680, ya que de éste derivan: cuidado personal y relación directa y regular.

Para analizar en propiedad, que se entiende por “corresponsabilidad parental”, hemos considerado pertinente citar alguna doctrina nacional.

1) “La corresponsabilidad parental es en lo terminológico un concepto nuevo en nuestro ordenamiento jurídico. La doctrina, sin embargo, lleva algún tiempo mostrando interés en ella principalmente como parte de los argumentos para que fuera modificado el artículo 225 del Código Civil en cuanto establecía una regla legal de atribución materna preferente del cuidado personal de los hijos basada en estereotipos. Se señala que el principio de la corresponsabilidad parental cobre relevancia, entre otras razones, porque padre y madre, hombre

y mujer, están compartiendo progresivamente ámbitos que históricamente habían sido espacios exclusivos de uno u otro”.²³

Las relaciones de filiación conllevan que los padres en forma natural y legal, desempeñen ciertas funciones básicas respecto de los hijos, ambos padres tienen responsabilidad en su crianza, desarrollo y educación.

La corresponsabilidad parental solo adelanta el modo de ejercer dicha responsabilidad, entendiendo por ende, que dicha corresponsabilidad no es más que el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres, respecto de sus hijos, abarcando todos los ámbitos [personal y patrimonial].

Cuando los padres viven juntos, esta responsabilidad se da en forma implícita; cuando viven separados se modifica la forma de ejercer dichos derechos y deberes, pero subsiste la responsabilidad en forma conjunta e igualitaria.

La Ley N° 20.680 modificó el artículo 224 inciso primero, precisamente en este punto, estableciendo que el cuidado personal de los hijos se basará en el principio de corresponsabilidad, así los padres vivan juntos o separados sin distinción alguna, deben en virtud del interés superior del hijo ejercer la responsabilidad en forma conjunta e igualitaria de los padres tanto en la crianza como educación.

Se debe tener cuidado al utilizar términos tales como “distribución” o “reparto” de las funciones de los padres, ya que si uno se ocupa de la crianza habitual y otro de los esparcimientos, uno de los gastos y otro de la gestión, uno del

²³ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección Estudios, Año 20, N°2, 2013, “*El Principio de corresponsabilidad parental*”, Versión On-line ISSN 0718-9753, p. 26

cuidado diario y otro del cuidado ocasional, no se estaría dando la corresponsabilidad en los términos deseados por el legislador.

De la lectura del artículo 224 inciso primero, se destaca la mayor carga que el legislador impone a los padres en el sentido de que el principio de corresponsabilidad parental no establece que los padres tengan derecho a participar en la crianza y educación de los hijos sino que dice: **participarán**, lo cual se debe interpretar en el sentido que los padres no pueden sustraerse de su responsabilidad, no hay libre disposición: deben participar en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

El cuidado compartido es un modelo relacional que permite llevar a concretar el principio de corresponsabilidad parental, pero el legislador, en el artículo 229 inciso 4º, ha querido establecer claramente que aquel de los padres que no tenga el cuidado personal del hijo, tiene igualmente el deber y derecho a participar en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

Podemos concluir entonces, que una aceptable definición de corresponsabilidad sería: “La corresponsabilidad consiste en la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos, que se aplica siempre, cualquiera sea la forma de distribución del cuidado personal de los hijos [simétrica o asimétrica]. Mirado desde la óptica de los padres, este principio orienta sobre la forma de ejercicio por ambos de los regímenes de cuidado personal y de relación con los hijos que se acuerden o establezcan judicialmente, a la vez que es el fin de su ejercicio, pues no se pretende otra cosa que mantener el ejercicio pleno de la paternidad y la maternidad de ambos progenitores

aunque estén separados. Corresponsabilidad parental como criterio orientador previo y fin al mismo tiempo”.²⁴

La pregunta que cabe hacerse es: ¿El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo, captará lo que se quiere dar a entender con “participará”?

En la práctica lo vemos un poco complicado, ya que los hijos van a tener su entorno familiar en el lugar donde “residan” y con aquel padre que conviva: ¿Cómo se podrá ser activo, equitativo y permanente, si por ejemplo el padre o madre, por razones laborales se traslade a otro domicilio fuera de la ciudad donde se encuentre residiendo el hijo?.

Cuestión que deberá ser entregada principalmente a los acuerdos entre los padres y evitar que un juez [tercero extraño en el concepto de familia] decida por ellos.

Así las cosas, es de suyo esencial que los padres entiendan que las modificaciones al Código Civil respecto del cuidado personal de los hijos, trata de los **derechos de los hijos y el interés superior de éstos**, y no de los derechos de los padres.

2) “Como se sabe, la regulación de los derechos y deberes personales y patrimoniales entre padres e hijos adolece en el derecho chileno de una falencia estructural, que lo aleja de todo derecho comparado relevante, al establecer un reconocimiento fragmentado de tales derechos y obligaciones que termina perjudicando a los hijos, tal como lo demuestra la experiencia judicial de las últimas décadas”²⁵.

²⁴ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección Estudios, Año 20, N°2, 2013, “*El Principio de corresponsabilidad parental*”, Versión On-line ISSN 0718-9753, p. 31

²⁵ TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio, *Revista de Derecho de Familia* Thomson Reuters La Ley, Volumen 1 – 2014, Monográfico – Ley N° 20680 (Amor de Papá) – ISSN p.13

Tanto antes como después de la reforma al Código Civil, el legislador pone énfasis en la “residencia” del menor luego de la separación de los padres, quizás en forma excesiva, ya que solamente es uno de los derechos – deberes entre padres e hijos, no hay que olvidar que la responsabilidad radica también en la crianza, educación, establecimiento [residencia], participación en decisiones relevantes de la vida del hijo [elección de colegio, elección y dirección en la religión, etc.] alimentos, socorro, representación y administración de sus bienes, por mencionar algunos.

Antes de la reforma, existía una asimetría muy radical entre la posición del padre y de la madre luego de la separación: el primero es reducido a la calidad de proveedor [alimentos] y a un “visitante” esporádico del hijo, totalmente desligado a la vida cotidiana y a las decisiones relevantes respecto de crianza y educación de sus hijos; la segunda, por cargar con todos los cuidados personales diarios, tiende a sentirse “poseedora” de los hijos, por lo tanto única responsable en la crianza y educación de sus hijos, en este contexto lo que primaba era precisamente la residencia cotidiana de los hijos, estando ésta establecida por la ley a la madre se producía la asimetría descrita anteriormente.

Ahora bien, con la modificación introducida en junio del año 2013 al Código Civil, al regular estos derechos y deberes bajo un concepto comprensivo se puede atribuir su titularidad a ambos padres, sea que vivan juntos o separados. Al atribuirse la autoridad parental a ambos padres, se produce una innegable carga simbólica [ambos padres son titulares de iguales derechos y les gravan lo mismos deberes]. Así las cosas, el tema de la residencia, que es uno de los aspectos de la autoridad parental, pudiendo ser asignada a cualquiera de los padres, no resta injerencia del otro en el ejercicio de otros

derechos y deberes y en una participación conjunta y regular en la crianza y educación de sus hijos.

Como se planteó anteriormente, la reforma introduce 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"²⁶ ; agregando luego que el cuidado personal compartido "... procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes..."²⁷; y que la relación directa y regular debe "... asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo..."²⁸.

La idea de incorporar la corresponsabilidad, si bien es una novedad en nuestra legislación, puede ser estimada, en principio, un gran avance en el sentido de una mirada de sistematización de nuestra legislación, intentando establecer una distribución equitativa de derechos y deberes entre los padres respecto de sus hijos, antes y después de la separación.

3) En nuestro país, el cuidado personal se regula en el Título IX del Libro I del Código Civil [disposiciones que se complementan con la Ley N° 16.618 –Ley de Menores- y la Ley N° 19.947 –ley de Matrimonio Civil- cuando se refiere a los acuerdos mínimos en caso de nulidad, separación o divorcio].

²⁶ Artículo 224 inciso 1° del Código Civil "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".

²⁷ Artículo 225 inciso 2° del Código Civil "El cuidado 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".

²⁸ Artículo 229 inciso 4° del Código Civil "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".

Estas disposiciones se han visto modificadas o derogadas, a partir del 21 de junio de 2013, por la publicación de la Ley N° 20.680.

“Ésta normativa que pone énfasis en el interés superior de los niños, incorpora en nuestro Derecho el concepto de **“corresponsabilidad parental”**, en virtud del cual “ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos”, en términos tales que parece restringir el antiguo concepto de cuidado personal (que se relacionaba principalmente con la idea sobre qué padre conviviría con el hijo) a un elemento más bien de carácter material, referido a quien vivirá de manera regular con el niño y lo tendrá bajo su cuidado directo.

En efecto, frente a este concepto de cuidado personal, la corresponsabilidad aparece como un término amplio, que exige un involucramiento directo y continuo de ambos padres en la crianza del hijo, el cual abarca desde el derecho-deber que tiene cada padre de definir cómo será criado su hijo y qué valores serán transmitidos en un ambiente de cariño y que al mismo tiempo incentive su desarrollo intelectual, hasta la toma de decisiones sobre su enseñanza, comprendiendo tanto aspectos académicos como los sociales, incluyendo el saber compartir, el ser sociable, respetuoso, honesto y tolerante”.²⁹

4) “Según el artículo 224 del Código Civil, el ejercicio del cuidado personal “se basará en el **principio de corresponsabilidad**, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y

²⁹ ARANCIBIA OBRADOR, María José – CORNEJO AGUILERA, Pablo. Revista Ius et Praxis, año 20 N°1, pp 279-318, ISSN 0717-2877 Universidad de Talca- Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales “*El Derecho de Familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos*”. Colaboración recibida el 25 septiembre y aprobada el 13 noviembre 2013. <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/14/11>, pp 301-304, cita 10 nov. 2014.

permanente en la crianza y educación de sus hijos”.

Lo que significa que **siempre** ambos padres deben estar presentes en la vida de sus hijos, más allá de la relación o vínculo entre ellos”.³⁰

El artículo 224 del Código Civil sólo se relaciona con la vida diaria y cotidiana, donde obviamente el padre que no convive con el hijo no tiene mucho que hacer respecto a las decisiones del otro padre en lo relacionado al diario vivir. El problema se produce cuando hay que tomar decisiones de mayor relevancia: cambio de colegio, cambio de residencia, etc., el nuevo artículo 224 no soluciona estos temas. La reforma no materializa este principio de corresponsabilidad parental.

De acuerdo al profesor Lepin Molina : “Lo aconsejable sería aplicar un criterio similar al del artículo 224 inciso 3º del Código Civil, en materia de patria potestad, estableciendo que ciertos actos, los más trascendentes, como lo relacionado con la educación, la salud, la religión o un cambio de residencia del menor, requieren de actuación conjunta o autorización judicial en caso de ausencia, impedimento o negativa injustificada. Obviamente, no será necesaria dicha autorización para las situaciones cotidianas, ni mucho menos para aquellas de carácter urgente.

Esta situación no está resuelta por la Ley N° 20.680, por lo que quedará pendiente para otra reforma, a menos que la jurisprudencia resuelva el tema caso a caso.

Todo lo anterior se aplica al ejercicio exclusivo por uno de los padres, sin embargo, la ley autoriza que los padres pacten alguna forma de ejercicio compartido, con las formalidades y en las oportunidades señaladas.³¹

³⁰ LEPIN MOLINA, Cristián, *Revista de Derecho de Familia*, Thomson Reuters La Ley, Volumen 1-2014, Monográfico – Ley N° 20680 (Amor de Papá)- ISSN, p. 153

4.4.2. Cuidado Personal de los niños, niñas y adolescentes

Es absolutamente necesario definir qué entendemos por cuidado personal de los hijos, para determinar el ámbito de aplicación de las normas; el grado de conflicto entre los padres y determinar quién resolverá los conflictos o diferencias que se puedan originar.

El profesor Cristian Lepin lo define como: “El conjunto de obligaciones y facultades derivadas de convivir o compartir la vida cotidiana de los hijos, como por ejemplo, determinar su residencia, convivir con él, cuidarlo, educarlo, etc.”³²

El Código Civil argentino³³, señala en su artículo N° 648: “ Cuidado personal. Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo”.

El Código Civil nuestro no definió qué se entiende por cuidado personal, sólo esboza una especie de definición de cuidado personal compartido que más bien se entiende como el objetivo del principio de corresponsabilidad, artículo 225 inciso 2º³⁴.

En general el artículo 225 se preocupa más de establecer la forma o criterios que usa el legislador para determinar que la atribución del cuidado personal obedece a tres fuentes: convencional, legal y judicial.

³¹ LEPIN MOLINA, Cristián, *Revista de Derecho de Familia*, Thomson Reuters La Ley, Volumen 1 – 2014, Monográfico – Ley N° 20680 (Amor de Papá)- ISSN, p.154

³² Ibidem, p. 140

³³ Código Civil y Comercial Argentino, promulgado 7 octubre 2014, vigencia el 1º enero de 2016.

³⁴ Artículo 225 inciso 2º del Código Civil “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”.

Una vez producida la separación de los padres, son ellos precisamente los primeros llamados a resolver el asunto del cuidado personal de los hijos. Lo primero que se establece en la ley son precisamente los acuerdos de los padres para determinar quién ejercerá el cuidado personal, prevalece la autonomía de la voluntad, situación sumamente excepcional en materia de derecho de familia.

Esta autonomía debe ejercerse siempre considerando el interés superior del niño.

La jueza de familia, Gloria Negroni, expresó en este sentido: “Que el propósito central en la materia en estudio es intentar evitar la judicialización y fortalecer los acuerdos de las partes. Es decir, precisó, debe ayudarse a los padres que están en una situación compleja como pareja a flexibilizar sus posiciones y a mirar a los hijos comunes desde la perspectiva de la corresponsabilidad”.³⁵

Si no es posible llegar a este acuerdo de voluntades entre los padres, se aplica la regla de la atribución legal supletoria, que establece que los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quién estén conviviendo.

Tanto en la regla de atribución convencional [autonomía de voluntad de los padres] o la legal supletoria, dependiendo si las circunstancias lo requieren y el interés superior del hijo lo aconseja, deberá intervenir el juez de familia, que de ninguna manera podrá establecer el cuidado personal compartido como solución, pudiendo atribuirlo al padre o madre.

³⁵ LEPIN MOLINA, Cristián, *Revista de Derecho de Familia*, Thomson Reuters La Ley, Volumen 1-2014, Monográfico – Ley N° 20680 (Amor de Papá) – ISSN, p.142

El Código Civil, antes de la modificación introducida por la Ley N° 20.680, contemplaba en forma prioritaria la denominada “custodia monoparental”, que se traducía en que la mujer ejercía las funciones de la patria potestad y en segundo lugar quedaba el padre reducido a un simple visitador.

Ante este escenario que se vivió hasta junio del año 2013, la custodia compartida se presenta como una alternativa para remediar dichas desventajas, configurándose en una figura jurídica en que hace asumir a los progenitores desde una perspectiva igualitaria y responsable, los derechos y deberes inherentes al cuidado de los hijos comunes en forma alternada.

La finalidad de la custodia compartida no es favorecer a uno u otro progenitor, sino que ambos se beneficien y que ante todo se cautele el interés superior de los hijos en el marco de las relaciones paterno-filiales, se debe progresar hacia la erradicación de las relaciones entre ascendientes y descendientes como una cultura patriarcal, donde los hijos se quedaban con la madre en la casa y el padre se dedicaba por entero al trabajo y a proveer.

Si bien la custodia compartida se podría presentar como una opción óptima en los casos de separaciones o divorcios consensuados, no existe en la doctrina un criterio uniforme en los casos de crisis matrimoniales o de rupturas en caso de uniones de hecho, por lo tanto se deberá establecer cuáles serían las circunstancias particulares que cada situación de crisis familiar conlleva para determinar si es aplicable o no el cuidado compartido.

La modalidad de cuidado compartido, si bien en nuestra legislación es nueva, no es una figura reciente en el derecho comparado, veremos algunas legislaciones extranjeras³⁶

Alemania

El Código Civil Alemán utiliza el término “custodia común” en lugar de compartida, “Si alguno de los padres está en desacuerdo puede solicitar al Tribunal familiar la cesión del cuidado paterno a título unilateral, debiendo para ello estar de acuerdo el otro padre, salvo que el menor haya cumplido catorce años y se oponga a dicha cesión, o que en todo caso el cuidado unilateral sea más beneficioso para el menor”.

Francia

La Ley de Autoridad Parental de Francia, vigente desde el 5 de marzo de 2002, elimina el concepto de “custodia”, el legislador francés concluyó que la custodia monoparental es un sistema discriminatorio tanto para mujeres como para hombres. Determinaron que ambos progenitores debían ser responsables de la educación diaria de los hijos a través de la implementación de la custodia conjunta.

La fórmula utilizada hasta hoy día dice relación con que los padres deben presentar un plan de “coparentalidad” de mutuo acuerdo, para así evitar que los jueces decidan sobre el futuro de sus hijos.

Italia

El 8 de febrero del año 2006, bajo el N. 54, se modificó el art. 155 del Código Civil italiano, en materia de separaciones de los cónyuges. El nuevo precepto

³⁶ CESPEDES MUÑOZ, Carlos, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de la Santísima Concepción-Nº 27- 2013-1 (11-21) ISSN 0717-0599, *Los desafíos de la Ley 20.680. La nueva regulación de las relaciones paterno-filiales.p. 25-26-27-28-30*

legal establece de manera prioritaria la aplicación de la custodia compartida, modalidad que fue concebida en atención al interés superior de los hijos.

En Italia no es determinante el acuerdo de los progenitores, sino que la custodia compartida es la regla general en toda separación o divorcio, la normativa no prevé elegir entre custodia monoparental o compartida, incluso el juez debe al dictar sentencia de divorcio, establecer la forma en que los padres ejercerán este cuidado compartido.

Suecia

Al divorciarse los padres y estando de acuerdo, se mantienen el régimen de cuidado compartido, nada obsta a que el tribunal pueda disolver esta modalidad en atención al interés superior del niño.

Las últimas modificaciones introducidas en el año 1998 dicen relación con: de usarse la modalidad de custodia compartida se debe localizar en primer lugar el lugar de residencia del menor, supeditado al interés superior de éste; si los padres están de acuerdo deben suscribir un documento que debe ser aprobado por el municipio correspondiente mediante el Comité de Bienestar Social; las pensiones de alimentos serán prorrateados dependiendo de los tiempos en que los hijos vivan con cada uno, y los gastos de desplazamiento de una residencia a otra será a prorrata.

Estados Unidos de Norte América

En los Estados Unidos la guarda alternada tiene su origen en el Derecho anglosajón.

En este sentido, se diferencian los términos custodia compartida denominada *shared custody* o custodia conjunta conocida como *joint custody*, ésta acepción jurídica es la más utilizada en las legislaciones de divorcio en la mayoría de los Estados.

La custodia conjunta o *joint custody* se clasifica en custodia legal conjunta y custodia física.

En el primer caso los progenitores comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto del menor, pero uno sólo de ellos vive con éste; en el caso de la custodia física conjunta ambos padres comparten el tiempo de residencia con los hijos por períodos de tiempo que no necesariamente deben ser prefijados con antelación y en forma equitativa.

La custodia legal conjunta equivale a la figura jurídica de la titularidad de la patria potestad, y la custodia física conjunta se asemeja a la figura jurídica de la custodia compartida.

España

El artículo 92 del Código Civil, introducido por la Ley N° 15/2005 de 8 de julio 2005.

Este artículo distingue la posibilidad de implementar la custodia compartida por acuerdo de los progenitores y también por determinación judicial.

La determinación por vía judicial presenta varios obstáculos traducidos en los requisitos que plantea esta aplicación. El requisito principal es el acuerdo de los progenitores; la generalidad de las crisis matrimoniales o de uniones de hecho no se resolverán de mutuo acuerdo, por lo tanto se ve bastante inviable que un juez puede determinar la aplicación del régimen de custodia compartida ya que justamente falta el requisito principal.

Volvemos a nuestra legislación:

“El cuidado personal compartido ó -custodia compartida- es definida por la profesora Fabiola Lathrop 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”.³⁷

El artículo 225 inciso 1º del Código Civil, establece en forma expresa la posibilidad de que los padres acuerden un régimen de cuidado personal compartido.

El mismo artículo, en su inciso 2º, incorpora por primera vez en nuestra legislación qué se entiende por cuidado personal compartido: “El cuidado personal compartido es el 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”.

La atribución convencional dice relación con la opción que tienen los padres de pactar estos acuerdos [los convencionales], ya sea en los casos de separación de hecho en cualquier momento, en base al artículo 225 inciso 1º, ó en los juicios de separación judicial y divorcio, mediante el denominado acuerdo completo y suficiente que contempla la Nueva Ley de Matrimonio Civil N° 19.947 de 17 Mayo de 2004 (artículos. 27 inciso 2º y 55 inciso 1º y 2º)³⁸.

³⁷ LEPIN MOLINA, Cristián, *Revista de Derecho de Familia*, Thomson Reuters La Ley, Volumen 1 – 2014, Monográfico – Ley N° 20680 (Amor de Papá)- ISSN, p.141-142

³⁸ Artículo 27 inciso 2º Ley de Matrimonio Civil “Si la solicitud fuere conjunta, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita.”

Artículo 55 inciso 1º y 2º “Sin perjuicio de lo anterior, el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año.

En este caso, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se

Estos acuerdos convencionales se pueden traducir en: atribuir en forma exclusiva a uno de los padres el cuidado personal o pactar alguna forma de cuidado personal compartido, [siempre predominando la autonomía de la voluntad de los padres y el interés superior de los hijos].

En relación a atribuir en forma exclusiva a uno de los padres el cuidado personal, podemos decir: el artículo 225 inciso 1º del Código Civil, establece que si los padres viven separados podrán de común acuerdo, determinar que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre, o a ambos en forma compartida (aquí estamos en el caso del cuidado personal compartido).

Este acuerdo deberá otorgarse por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil (además deberá cumplir otras formalidades), pero lo importante es que, a través de esta opción, la ley le otorga a los padres la posibilidad de llegar a un arreglo, sin necesidad de judicializar la separación (salvo en casos de separación judicial o divorcio) y el cuidado de los hijos, en dicha acta o escritura se deberá establecer en forma clara la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tenga el cuidado personal, hará valer su derecho de relación directa y regular con sus hijos.

Ahora bien, en relación al cuidado personal compartido, nuestro legislador estableció que éste se desarrolle “mediante un sistema de residencia”, lo que en doctrina se conoce como “régimen de custodia compartida alternada”.

entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita”.

Podemos encontrar que en la legislación comparada [Código Civil y de Comercio Argentino, que comenzará a regir a partir del 1º enero de 2016], se estableció en la ley [artículo 650] el régimen de cuidado compartido en dos modalidades: el cuidado alternado y el cuidado indistinto; el primero dice relación con que “el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia”; el segundo dice relación con que “el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado”.

Los progenitores deberán elaborar un plan de parentalidad en conjunto con los hijos, modificable de acuerdo a las necesidades de la familia y de ellos. Este plan debe ser homologado y así las cosas los progenitores podrán elegir el régimen de cuidado compartido alternado.

En caso de no haber plan o no ser homologado, el juez deberá fijar el cuidado personal **priorizando** el régimen compartido indistinto.

Nuestro Código Civil, si bien establece normas semejantes, prohíbe explícitamente que el juez pueda aplicar el régimen de custodia compartida, siendo que la legislación Argentina le da la opción al juez y además no lo obliga a una modalidad determinada, sino que sugiere la que debe priorizar al momento de fallar.

Así las cosas, no nos queda más que plantearnos las dificultades que nuestra legislación presenta en la determinación de custodia compartida, ya hicimos referencia que lograr ésta opción es de suyo complicado [por las crisis de las separaciones de los padres], será aún más complejo determinar que sucederá con otras obligaciones como, por ejemplo el derecho de alimentos.

“¿Es posible regular alimentos?. Será necesario distinguir si se trata de un acuerdo del artículo 225 del Código Civil o del artículo 21 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil³⁹. En base al principio de autonomía de la voluntad, no se observa ningún inconveniente para que los padres puedan pactar alimentos, sólo que en el caso del artículo 225 se requiere además de autorización judicial [artículos 11 inciso 3º Ley N° 14.908 y 2451 del Código Civil]”.⁴⁰

“Lo mismo puede ocurrir con el régimen de relación directa y regular, ya que si establece un régimen de custodia compartida de seis meses con cada padre, parece razonable establecer un régimen comunicacional y alguna de las formas de comunicación virtual complementaria”.⁴¹

“Es de especial importancia destacar que el cuidado personal compartido no puede ser impuesto por el juez en contra de la voluntad de los padres. Es de la esencia del sistema la existencia de un acuerdo, lo cual implica, evidentemente, que los progenitores no tengan controversias sobre su aplicación.

Esta opción legislativa se fundamenta en la opinión de quienes han sostenido que las circunstancias que mejor propician el establecimiento de una custodia compartida son, entre otros, la cooperación y comunicación entre los padres, así como la ausencia de conflicto entre ellos, o, más propiamente, la inexistencia de disparidades insalvables.

³⁹ Artículo 21 del Código Civil, “Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio. En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no lo tuviere bajo su cuidado. Los acuerdos antes mencionados deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables”.

⁴⁰ LEPIN MOLINA, Cristián, Revista de Derecho de Familia, Thomson Reuters La Ley, Volumen 1-2014, Monográfico – Ley N° 20680 (Amor de Papá) – ISSN, p. 143.

⁴¹ Ibidem

En nuestro país, el éxito de una demanda en que se solicite unilateralmente el establecimiento de un régimen de cuidado personal compartido quedó condicionado a la voluntad de la contraparte, en orden a prestar su consentimiento para tal fin.

Pensamos que el criterio fundamental para resolver en esta materia no es precisamente la existencia de un pacto expreso de los progenitores, sino que la protección del principio del interés superior del niño.

Exigir un pacto expreso en numerosas ocasiones impedirá la aplicación de este sistema de cuidado personal, incluso si fuere beneficioso para el niño, lo que pugna con los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño y la reglamentación nacional que consagra tal principio”.⁴²

Para entender el sentido de esta modificación, es necesario hacer un poco de historia legislativa en el proceso de tramitación de la Ley N° 20.680, en el sentido que habían quienes apoyaban la modificación y otros que planteaban la necesidad de no modificar la atribución legal supletoria de la madre.

Esta atribución legal supletoria de la madre, como se conocía hasta junio del año 2013, le otorgaba el cuidado personal de todos los hijos menores de edad, en caso de separación [artículo 225 inciso 1°].

Desde el año 1855, cuando comenzó la vigencia del Código Civil, hasta el año 1989, se estableció que la edad y el sexo de los hijos debía considerarse en caso de determinar el cuidado personal frente a la separación de los padres, las niñas sin distinción de edad y los niños menores de cinco años quedaban al cuidado de la madre; los hijos varones mayores de cinco años quedaban al cuidado del padre. La Ley N° 5.680 de 13 de septiembre de 1935, modificó las edades respecto de los hijos varones, estableciendo que hasta los diez años

⁴² CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos, Profesor Derecho Civil Universidad Católica de la Santísima Concepción, <http://www.ucsc.cl/blogs-academicos/cuidado-personal-compartido/>, cita 11 nov. 2014.

estarían al cuidado de la madre y con posterioridad mediante la Ley N° 10.271 de 2 de abril de 1952, se aumentó la edad de los hijos varones a catorce años.

Posteriormente la Ley N° 18.802 de 9 de junio de 1989, eliminó la distinción, dejando a la madre con el cuidado personal de todos los hijos menores.

Antes de la aprobación de la Ley N° 20.680, hubo debate en la doctrina nacional respecto a conservar, modificar o eliminar la atribución legal supletoria de la madre, este tema ha estado presente en la tramitación de los Boletines N°s. 5917-18 y 7007-18 refundidos.

La comisión de Constitución del Senado aprobó mantener la regla supletoria, pero le otorgaba una naturaleza temporal y precisa, no constituyendo una preferencia legal como rezaba el antiguo artículo 225 inc. 1° del Código Civil.

En su oportunidad se esgrimieron varios argumentos tanto a favor de la regla supletoria como argumentos en contra de ella.

A saber algunos argumentos

A favor de la regla supletoria:

- El interés superior del niño debe primar por sobre el principio de igualdad de los padres.
- Establece una regla que evita la litigiosidad otorgando, por lo menos en una primera instancia, cierta estabilidad transitoria a los hijos.
- Debe otorgarse a la madre este cuidado, por lo indispensable que se hace el cuidado de ésta para con los hijos muy pequeños.
- Algunos autores, ven esta regla como una discriminación positiva para la mujer, ya que la deja en cierta igualdad con el padre, quien es generalmente el que tiene mayor capacidad económica.

En contra la regla supletoria:

- Se considera inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad ante la ley contemplado en la Constitución Política de la República y en <tratados Internacionales ratificados por Chile y vigentes.
- En atención al argumento anterior, tanto el padre como la madre deben tener los mismos derechos frente al cuidado de los hijos, pensando en el interés superior de los hijos y lo más conveniente para ellos; por lo tanto no podemos partir del supuesto que teniendo la madre el cuidado de los hijos menores es garantía de conveniencia.
- Dificulta cualquier mediación por falta de igualdad de las partes.
- La UNICEF⁴³, no manifestó estar contraria a la regla legal supletoria, pero hizo una mención respecto a que los jueces, cuando ella opera, no verifican la protección del interés superior del niño en el caso concreto, sino que se basan en supuestos o presunciones generales. Manifestó que cada Estado en su legislación interna debía considerar mecanismos que les permitan a los jueces verificar el interés superior del niño.

Quisiéramos hacer mención que dentro de la doctrina chilena, la profesora Fabiola Lathrop es una de las exponentes más claras respecto a la inconstitucionalidad del artículo 225 inciso 1º del Código Civil, vigente hasta 21 junio de 2013, ella argumenta:

a. Su falta de idoneidad, por cuanto no satisface al interés superior del niño como interés constitucional preferente; destacándose además el hecho que

⁴³ UNICEF: *United Nations International Children's Emergency Fund* [Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la infancia], creado en 1946.

tampoco es consecuente con su rol de regla supletoria, por cuanto esas reglas reproducen el supuesto arreglo a que habrían llegado los padres antes del conflicto;

b. Su falta de proporcionalidad, por cuanto existen otros medios idóneos para evitar que las partes lleguen a tribunales, sin que sea necesario sacrificar el principio de igualdad de los padres;

c. Finalmente, porque sacrifica la igualdad del padre, sin cumplir con el test de razonabilidad, ni de proporcionalidad, infringiéndose por esta razón el artículo 19 N° 2 de la CPR y los tratados sobre igualdad de género suscritos por Chile.⁴⁴

De acuerdo a lo expuesto, la regla no sólo afecta al padre sino que además, encasilla a la mujer dentro de un rol determinado en la familia, donde el padre es el proveedor y la madre cuida a los hijos.

La regla legal supletoria contemplada en el inciso 3° del artículo 225 del Código Civil opera en el silencio de las partes, esto quiere decir que los padres no llegaron a un acuerdo de cuidado personal compartido, después de la separación.

El artículo 225 inciso 3° del Código Civil, a partir del 21 de junio de 2013, establece: “A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo”.

⁴⁴ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Minuta “Cuidado personal de los hijos: Reglas de atribución legal supletoria”.
http://transparencia.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/16415/1/Regla%20supletoria%20cuidado%20hijos_v5.doc. Pp 1-3, cita 10 nov. 2014

Así redactada esta norma, estaría consagrando el principio de igualdad entre los padres y protegiendo el interés superior de los hijos al mantenerlos a lo menos, en la misma residencia donde residían antes de la separación de los padres, esto nos lleva a pensar que se estaría priorizando la estabilidad tanto material como espiritual de los niños.

“Esta regla supletoria presenta importantes beneficios. Por una parte, permite una continuidad en la vida del menor, en aquellos casos en que los padres estén separados y uno de ellos se hace cargo de los hijos y el otro desaparece o se desentiende de sus responsabilidades; o en aquellos casos en que ambos padres se encuentran presentes en la vida de su hijo, pero no han firmado un acuerdo.

Evita tener que judicializar todos los casos a efectos de que el tribunal de familia atribuya el cuidado personal, reconociendo la situación de hecho existente”.⁴⁵

El artículo 225 del Código Civil, de acuerdo a la historia de la ley, diferencia entre las distintas formas de atribución del cuidado personal [convencional, legal y judicial], en relación al inciso en comento, estamos frente a la atribución legal, que no hay que confundir con el cuidado personal que podría decretar el Tribunal de Familia en atención a las atribuciones que le otorga la Ley N° 19.968 en su artículo 22⁴⁶, que dice relación con la potestad cautelar de los Tribunales, en el marco de un juicio sobre cuidado personal. El cuidado personal que recae sobre un determinado progenitor en virtud de esta

⁴⁵ LEPIN MOLINA, Cristian, Revista de Derecho de Familia, Thomson Reuters La Ley, Volumen 1-2014, Monográfico – Ley N° 20.680 (Amor de Papá) – ISSN, pp. 146

⁴⁶ Ley N° 19.968, artículo 22: *“Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar”.*

potestad, es meramente cautelar conservativa o innovativa, por lo tanto sería erróneo interpretar el inciso 3º del artículo 225 del Código Civil como una norma transitoria o provisoria, inclusive es obvio que para que opere la potestad cautelar de los Tribunales de Familia es necesario el establecimiento de una regla legal supletoria, para así brindar certeza jurídica.

El antiguo inciso 3º del artículo 225 del Código Civil⁴⁷, establecía una causal calificada para que el juez aceptara el cambio de titularidad en el cuidado personal, era una causal discriminatoria, contraria a nuestra Constitución y a los Tratados Internacionales ratificados por Chile, así lo declaró el Tribunal Constitucional con fecha 30 de mayo de 2013 en la causa Rol 2306-2012: la sentencia acoge una demanda por inaplicabilidad por inconstitucionalidad del antiguo inciso 1º del artículo 225 del Código Civil, basándose en la vulneración del artículo N° 1 y artículo N° 19 –numerales 2 y 10- de la Constitución Política de la República.

Actualmente nuestra realidad legislativa establece que el juez deberá tener como una causal o mejor dicho objetivo el interés superior de los hijos, por lo tanto podrá modificar el régimen de cuidado personal que recaiga en alguno de los padres cuando este interés se vea afectado, también tendrá que garantizar el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

El inciso 1º del artículo 225 del Código Civil, establece la posibilidad [cumpliendo ciertos requisitos legales] de que los padres puedan pactar el cuidado personal compartido: “Si los padres viven separados podrán

⁴⁷ Artículo 225 inciso 3º del Código Civil antes de la modificación del 21 junio de 2013: “En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiere contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo”.

determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida....”

Este inciso 1º, en la etapa tercera del trámite constitucional, pretendía establecer la custodia compartida como régimen supletorio, sin establecer un mínimo de exigencias para su aplicación y menos aún consideraba el interés superior del hijo,

ya que si bien, la custodia compartida presenta ventajas también presenta una serie de desventajas que van en contra del interés superior del niño.

No se puede establecer una norma que mediante decreto encontrara la mayor estabilidad y beneficio para el hijo, el juez debe analizar cada caso en particular y debe además, contar con las herramientas para poder hacerlo, en este contexto no cabía la custodia compartida como regla legal supletoria.

Es indudable concluir que el modificado inciso 1º del artículo 225 del Código Civil, prioriza la autonomía de la voluntad de los padres, ya que otorga valor jurídico a los acuerdos que pacten, ya sea para que el cuidado personal del hijo recaiga en la madre, padre o en forma compartida. El punto es determinar si el valor jurídico es tal que se debe siempre respetar o se puede prescindir de él.

Teniendo siempre presente el interés superior del hijo, es natural pensar que estos acuerdos pueden ser modificados por el juez, al igual que una sentencia, lo que no se puede hacer es discutir el tema en juicio, como si no existiera el acuerdo.

Solo será posible modificar o revocar un acuerdo o resolución si sobreviene motivo justo, procesalmente nos referimos a la causa de pedir, para algunos autores estaríamos frente a una cosa juzgada provisional.

En relación al artículo 226 del Código Civil⁴⁸, anterior a la reforma, establecía en complemento con el artículo 42 de la Ley N° 16.618, de Menores⁴⁹, la posibilidad de atribución judicial de terceros (parientes o extraños), pero no consideraba expresamente el interés superior del niño como requisito para determinar al tercero.

Actualmente, el legislador consideró necesario reforzar el principio del interés superior del niño, en el sentido de establecer dentro de las facultades del juez de confiar el cuidado personal de los hijos a terceros parientes o extraños, en caso de haber inhabilitado física o moralmente a ambos padres [en virtud del artículo 226 del Código Civil y el artículo 42 de la Ley N° 16.618 de Menores] pero velando primordialmente por el interés superior del niño en atención a los criterios establecidos por la misma ley.

Además, el legislador siguió con la idea primitiva de priorizar el derecho-deber que asiste a los padres en la crianza, cuidado y educación de sus hijos en caso de separación.

⁴⁸ Artículo 226 del Código Civil, antes de la reforma: "Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes".

⁴⁹ Ley N° 16.618, artículo 42, antes de la reforma: "Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral: 1º cuando estuviesen incapacitados mentalmente; 2º cuando padecieren de alcoholismo crónico; 3º cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo; 4º cuando consistieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión y oficio; 5º Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; 6º cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad; 7º Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material".

Después de la reforma, se modificó el inicio del artículo: "Para los efectos" por "Para el solo efecto".

4.4.3. Régimen de relación directa y regular

- a. Concepto y breve historia del Derecho de Relación Directa y Regular
- b. Características, naturaleza jurídica y fundamento jurídico del Derecho de Relación entre padres e hijos
- c. Fines y funciones del Derecho de Relación Directa y Regular

a. Concepto y breve historia del Derecho de Relación Directa y Regular

Debemos recordar que la relación directa y regular, es uno de los efectos de la filiación (estableciendo las relaciones paterno-filiales). Este efecto lo entendemos como un derecho-deber que se establece para aquel de los padres que no reside con sus hijos.

“El derecho de relación directa y regular entre los hijos y el progenitor no custodio, más extendidamente conocido como derecho de visita, es el derecho que asiste a padres e hijos para mantener una recíproca vinculación, trato, convivencia o contacto periódico y estable en sentido amplio, de tantas formas como sea posible”.⁵⁰

Es interesante conocer una breve reseña sobre el origen y evolución legal del derecho de relación directa y regular

Año 1855

El Código Civil de 1855 contempló este derecho desde su inicio, en el artículo 227 con la denominación usual: “Al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos no por eso se prohibirá visitarlos, con la frecuencia y libertad que el juez juzgare convenientes”.

⁵⁰ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, Derecho de Relación Directa y Regular, Thomson Reuters La Ley, Colección Tratados y Manuales, 1ª Edic. junio 2014 Legal Publishing Chile, p. 44

Interesante resulta en la redacción de la norma el término “sacaren”, al parecer no se contemplaba la autonomía de la voluntad de los padres para decidir con quién debían vivir los hijos, considerando que de todos modos existía la atribución legal supletoria de la madre, como vimos anteriormente. Los padres no podían prever un sistema de regulación elegido por ellos, ya que el juez determinaba las visitas de acuerdo a como juzgare más conveniente.

Año 1998

“Con fuente directa o inspiración en el artículo 9º de la Convención sobre Derechos del Niño, en 1998 la Ley de Filiación N° 19.585 de 26 de octubre, sustituyó el artículo 227, trasladando la regulación del derecho al artículo 229 del Código Civil con el siguiente tenor: “El padre o madre que no tenga el cuidado personal de 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”.⁵¹

De la lectura de este artículo 229, el legislador consideró oportuno sustituir el vocablo “visita” [restrictivo en la sustancia y forma de ejercer el derecho], para establecer el derecho a una relación directa y regular, en que no solo es un deber del padre que no tiene el cuidado de sus hijos, sino que además es un derecho y beneficio del hijo.

Además al juez se le limitan las atribuciones ya que deberá tomar sus decisiones considerando lo conveniente para el hijo respaldando su decisión en la sentencia.

⁵¹ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, Derecho de Relación Directa y Regular, Thomson Reuters La Ley, Colección Tratados y Manuales, 1ª Edic. junio 2014 Legal Publishing Chile, pp 45

Año 2001

“La Ley N° 19.711 de 18 enero de 2001 que “Regula el derecho a visita a los hijos sometidos a la tuición de uno de los padres”, introdujo por medio de su artículo único, solo modificaciones a la Ley de Menores.

Especialmente relevantes son el nuevo artículo 48 que se refiere a la forma de regulación de la relación directa y regular del padre que no tuviere el cuidado personal del hijo y al “derecho a visitarlos” que se puede conferir a otros parientes; y, el nuevo inciso 4º del artículo 49 que prescribe que si está determinada la relación directa y regular se requiere también la autorización del padre o madre a cuyo favor se estableció, para la salida de los menores de Chile”.⁵²

Año 2004

“Las leyes de 2004 solo hicieron una referencia al derecho como uno de los extremos a regular en los procesos matrimoniales y, por tanto, a resolver por el Juez de Familia (Ley Matrimonio Civil), y también se menciona dentro de las medidas cautelares de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (artículo 71 letra e, Ley de Tribunales de Familia) y su suspensión como una de las medidas cautelares en protección de la víctima en un proceso de violencia intrafamiliar (artículo 92 N° 4 Ley Tribunales de Familia)”.⁵³

Año 2009

La Ley N° 20.383, de 24 septiembre de 2009, incorporó el artículo 49 bis a la Ley N° 16.618 de Menores,

⁵² Ibidem

⁵³ Ibidem

Año 2013

La Ley N° 20.680 de 21 junio de 2013, introduce modificaciones al Código Civil desde el artículo 222 hasta el artículo 245, estas modificaciones son relevantes en todo lo relacionado a las relaciones paterno filiales, por lo tanto al derecho de relación directa y regular.

Las modificaciones a los artículos 225 y 229 son precisamente los que contemplan la regulación de este derecho.

b. Características, naturaleza jurídica y fundamento jurídico del Derecho de relación entre padres e hijos

Características

A partir del punto anterior, es relevante determinar las características del derecho de visita [derecho de relación directa y regular], en tanto derecho de familia, citaremos algunas:

- tiene un interés público,
- tiene un aspecto transpersonal,
- viene impuesto por la ley,
- es esencialmente modificable,
- no es incondicionado en su ejercicio,
- es de carácter temporal,
- es imprescriptible,
- es personalísimo

Derecho impuesto por la ley

El artículo 229 inciso 1º del Código Civil, establece el derecho-deber que tiene aquel de los padres que no tenga el cuidado personal de los hijos.

El legislador hace prevalecer como primera instancia, la autonomía de la voluntad, en el sentido de dejar a los padres que se pongan de acuerdo en

establecer el mejor régimen de relación directa y regular, de no haber este acuerdo, toca al juez determinar como establecer el derecho, siempre considerando el interés superior de los hijos.

Se considera un derecho de orden público

Específicamente dentro del ámbito del orden público familiar, en materia procesal, permite al juez apartarse de los expresamente solicitado por los padres, pudiendo establecer un régimen de visita, comunicación de forma discrecional pero no arbitraria, ya que tiene el imperativo legal de velar por el interés superior del niño; por otro lado, el juez debe pronunciarse respecto al régimen de relación directa y regular aunque los padres no se hayan pronunciado al respecto.

Los padres no pueden pactar sobre la no existencia del régimen de visita, pueden acordar su contenido, pero la autonomía de la voluntad queda sustraída al hecho de negociar la existencia del régimen. Se podría colegir que es un derecho-deber irrenunciable.

Derecho de contenido no absoluto

Esta característica es importante ya que relativiza los contenidos de los acuerdos, esto es así en atención a las personas que participan de él, los hijos van creciendo y van mutando sus necesidades y facultades y además al ser un derecho subordinado al interés superior de los niños, debe ser relativo.

Derecho de carácter temporal

Es un derecho que subsiste mientras los hijos sean menores no emancipados, no haya cambiado la situación familiar de los padres en su condición de separados y que el juez haya determinado por sentencia judicial modificar o suspender el régimen establecido.

Es un derecho imprescriptible

El transcurso del tiempo no hace perder el derecho; en cualquier momento se puede reclamar la efectividad del régimen si no se ha ejercitado por un tiempo, pero en el entendido que este tiempo tiene límites.

Derecho personalísimo

Es un derecho establecido para mantener las relaciones entre padres e hijos, y a través de este derecho establecer el desarrollo integral del menor. El legislador además, se preocupó de establecer un régimen de relación directa y regular con los parientes de ambas familias, para así reforzar los vínculos de los hijos.

Naturaleza jurídica de este derecho-deber

Siendo un derecho subjetivo, pero por sus características no cabría dentro de los derechos subjetivos tradicionales. La profesora Acuña San Martín, hace un análisis [en base a autores españoles] bastante interesante: para abordar el tema distingue entre la situación del progenitor titular formal y la situación del hijo beneficiario y titular del derecho, lo plantea en estos términos por lo complejo y bifronte de la institución.

Naturaleza del derecho desde la perspectiva del padre/madre titular

“Para el padre/madre el derecho a relacionarse con sus hijos es un derecho moral y legal, sobre cuya naturaleza la doctrina se ha dividido en dos notorias posiciones, aunque con distinta prevalencia: una lo considera un verdadero derecho subjetivo de los padres, sin perjuicio del preferente interés del hijo y de la posibilidad de limitación o suspensión, la otra, niega tal naturaleza”.⁵⁴

⁵⁴ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, Derecho de Relación Directa y Regular, Thomson Reuters La Ley, Colección Tratados y Manuales, 1ª Edic. junio 2014 Legal Publishing Chile, p.68

Para alguna doctrina española, decir que se considera un verdadero derecho subjetivo de los padres, es una interpretación de la ley, ya que al establecer como derecho para aquel padre/madre que no tiene el cuidado personal del hijo se entiende que sería una compensación para aquel de los padres que no tenga la compañía y trato continuo con sus hijos, sería un remedio frente a la atribución de cuidado personal individual.

La segunda postura, cual es negar su naturaleza de derecho subjetivo, apunta a que principalmente éstos son de libre ejercicio.

De acuerdo a la doctrina nacional, mirar el derecho de relación directa y regular como una compensación o como una limitación a los derechos del padre que tenga el cuidado personal, implica tener una visión miope al respecto, es decir, mirar solo la conveniencia de los padres para ejercer su derecho como “premio”, convirtiendo la relación de los padres en una eterna contraposición y dejando completamente de lado que el centro de la regulación es precisa lo que el legislador pretendió, proteger a los hijos y priorizar su interés superior.

Naturaleza del derecho desde la perspectiva del hijo

En las relaciones de familia, el hijo es el titular del derecho del régimen de relación directa y regular, es un derecho propio e independiente de los derechos de los padres, establecido en la Convención sobre derechos del Niño en su artículo 9.3:

“... el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular ...”; también los entendemos así de acuerdo al tenor del artículo 48 inciso 2º de la Ley N° 16.618 de Menores: “Si se sometiere a decisión judicial la determinación de la persona a quien corresponderá ejercer el cuidado

personal del menor , y no se debatiere la forma en que éste se relacionará con el padre o madre que quede privado de su cuidado personal, la resolución se pronunciará de oficio sobre este punto, con el mérito de los antecedentes que consten en el proceso”.

Fundamento jurídico del Derecho de Relación Directa y Regular

“Teniendo presente que la pregunta por el fundamento del derecho de relación de los hijos y el progenitor que no tiene su cuidado personal, es la pregunta por su justificación, esto es, por los argumentos capaces de demostrar, dentro de un debate racional, por qué este derecho debe ser reconocido y protegido por el Ordenamiento Jurídico, me parece que el cimiento sobre el cual se construye el derecho a relacionarse recíprocamente un padre con sus hijos se encuentra simplemente en la relación de filiación que los une: así lo señala el Tribunal Constitucional español al decir que es “manifestación del vínculo filial que une a ambos”, así lo afirma también la doctrina más autorizada: las relaciones personales entre padres e hijos “encuentran su fundamento profundo en la propia relación de filiación que les une”. Ello explica que el derecho exista o subsista aunque los progenitores se divorcien o separen, aunque nunca hayan vivido juntos o no hayan mantenido en el pasado ninguna relación con los hijos. La relación personal entre padres e hijos sería un aspecto concreto de la relación de filiación”⁵⁵.

Del vínculo filial debieran surgir las buenas relaciones con los hijos, se aprecia en el artículo 229 del Código Civil una valoración jurídica positiva al respecto.

El hijo debe relacionarse con su padre y con su madre, dicha relación contribuye a su formación y desarrollo integral, afirma su identidad, y en caso

⁵⁵ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, Derecho de Relación Directa y Regular, Thomson Reuters La Ley, Colección Tratados y Manuales, 1ª Edic. junio 2014 Legal Publishing Chile, pp 75-76

que la relación se vea interrumpida como por ejemplo por separación de los padres, la ley debió hacerse cargo de regular de la mejor forma posible, que el impacto de dicha separación, influyera lo menos posible en las relaciones paterno-filiales.

Al no mediar acuerdo entre los padres al respecto, los tribunales deben suplir el rol que corresponde a los progenitores y fijar en ocasiones, regímenes de visita para garantizar que siga fluyendo recíprocamente la comunicación entre ambos.

Respecto al vínculo afectivo, que une al padre, madre y sus hijos, podemos agregar que no necesariamente es un elemento a considerar para ejercer el derecho: el legislador en ningún caso lo exige como requisito preexistente para ejercerlo es más, como vimos en las características, se puede ejercer en cualquier época, inclusive si no hubo anteriormente relación afectiva entre el progenitor que no tiene el cuidado personal y su hijo. El derecho se tiene por la relación paterno filial.

“La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos, o por el contrario su inexistencia, pueden tener importancia como un factor a evaluar al tiempo de la determinación del concreto régimen de relación [artículo 229 inciso 3º letra b del Código Civil]⁵⁶ ; a su vez, las variaciones –positivas o negativas- en dicha

⁵⁶ Artículo 229 inciso 3º Código Civil letra b]: “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: b] la vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos”.

vinculación afectiva, pueden ser consideradas para los efectos de posteriores modificaciones del régimen”.⁵⁷

c. Fines y funciones del Derecho de Relación Directa y Regular

La finalidad esencial a cuyo alcance se dirige el derecho de relación directa y regular de los hijos con aquel padre que no tiene el cuidado personal [por medio de la facilitación del contacto y acercamiento recíproco, comunicación y trato] es propiciar el desarrollo integral de los hijos y el desarrollo de su identidad luego de la separación de sus padres, atenuando los efectos negativos que ello conlleva.

Estos derechos no solo se ejercen para que estén juntos físicamente padres e hijos por lapsos determinados [aproximación material], se trata de que se conozcan, se comuniquen, que participen uno en la vida del otro en una proximidad espiritual, y al intercambio de vivencias personales y de afectos.

4.4.4. Patria Potestad

¿Qué se entiende por patria potestad?

Es aquella institución que se origina en el derecho romano; ha ido evolucionando en el tiempo hasta nuestros días donde prácticamente va conservando solo el nombre.

En Roma, consistía en una efectiva potestad o poder sobre los hijos y sus descendientes, ejercido solo por el ascendiente varón de más edad; se

⁵⁷ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, Derecho de Relación Directa y Regular, Thomson Reuters La Ley, Colección Tratados y Manuales, 1ª Edic. junio 2014 Legal Publishing Chile, p.78

establecía en beneficio del jefe de familia, era una potestad similar a la marital que se tenía con relación a la mujer y en menor medida sobre los esclavos.

La potestad abarcaba a la persona y los bienes de los hijos a tal grado que podía venderlos como esclavos cuando no contaba con los bienes suficientes para su sustento. El pater era el dueño de todos los bienes que el hijo adquiría con un poder absoluto, además de ser el dueño de su persona.

Las Partidas, no modificaron mucho esta situación; el Fuero Juzgo prohibió expresamente a los padres vender, donar o empeñar a sus hijos, con esta medida se mitigó bastante lo que sucedía tanto en el derecho romano como en las Partidas.

En relación a los bienes de los hijos se mantenía el sistema justiniano de los peculios, de los cuales el hijo podía disponer entre vivos y por causa de muerte y la incapacidad del hijo de comparecer en juicio como demandante o demandado, excepto en el ámbito de sus peculios.

En varias legislaciones se ha cambiado la denominación “Patria Potestad” por “Responsabilidad Parental, Autoridad Paterna o Autoridad Parental”. Este cambio se ha debido porque su nombre original no se corresponde con los nuevos principios y contenidos.

En la época del Código Civil, la realidad de las familias y del Derecho de familia, que dieron forma a sus disposiciones, distan mucho de la realidad de hoy.

Fundamentalmente las bases del Código de Bello respecto a temas de familia, eran el matrimonio religioso e indisoluble; la incapacidad relativa de la

mujer casada; potestad marital y subordinación de la mujer al marido; preferencia del marido en la administración del régimen de bienes; patria potestad absoluta y exclusiva del padre; adulterio tipificado contra la mujer; y así otra serie de disposiciones, que a vista de nuestros tiempos nos discriminan y obsoletas, pero para la época, eran los cánones de la formación y orden de las familias.

¿Qué sucede actualmente en nuestro Derecho?

“Los derechos de los padres sobre los bienes de los hijos no emancipados, denominados por la doctrina atributos de la patria potestad, son tres: el derecho legal de goce (antes denominado usufructo legal) sobre los bienes del hijo; el derecho de administrar estos bienes y, por último, la representación legal del hijo”.⁵⁸

Como ya hemos analizado, la ley contempla la atribución del cuidado personal en forma convencional, legal y judicial.

La misma regla se traslada al tema de la patria potestad, así el artículo 244 del Código Civil en su inciso 1º, que no fue modificado, otorga al padre o madre o conjuntamente la libertad de convenir el ejercicio de la patria potestad suscribiendo un acuerdo con determinadas formalidades, si no había acuerdo, le correspondía al padre tal ejercicio, ahora bien, el inciso 2º y 3º fueron modificados, inciso 2º: “A falta de acuerdo, toca al padre y a la madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad”. Inciso 3º: “Con todo, los padres podrán actuar indistintamente en los actos de mera conservación. Respecto

⁵⁸ LEPIN MOLINA, Cristian, Revista de Derecho – Escuela de Postgrado N°3, julio 2013, “Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley N° 20.680”, pp. 299-300 <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/download/31025/32757>, p. 299-300, consulta: 29 nov. 2014.

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”.

“La regla supletoria se refiere a los casos en que los padres viven separados, y que de acuerdo a lo prescrito en el artículo 245 del Código Civil, la patria potestad, sigue la suerte del acuerdo sobre cuidado personal [artículo 225 del Código Civil], por lo que será ejercida por el padre o madre que tenga el cuidado personal o por ambos si tienen la custodia compartida”.

“En caso de no existir acuerdo, cualquiera de los padres podrá recurrir al juez de familia, a efectos que éste determine en función del interés superior del hijo, quien ejercerá la patria potestad, el padre, la madre o en forma conjunta. La sentencia debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días desde quede firme y ejecutoriada”.⁵⁹

La ley hace una distinción respecto a quien toca el ejercicio de la patria potestad: indistintamente podrán actuar cuando se trate de los actos de mera conservación, del resto deberán actuar conjuntamente y en caso de no haber acuerdo o negativa, el juez podrá autorizar.

En el tenor de la norma, se podría pensar que resuelve algunos problemas del ejercicio conjunto de la patria potestad, pero no resuelve que se entiende por “actos de mera conservación”, ¿Podríamos entender que se refiere a los actos ordinarios de administración, dejando fuera los actos de enajenación?.

⁵⁹ LEPIN MOLINA, Cristian, Revista de Derecho – Escuela de Postgrado N°3, julio 2013, “Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley N° 20.680”, pp. 299-300 <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/download/31025/32757.p>. 300, [cita 29 nov. 2014]

Tampoco resuelve el tema de la representación legal de los hijos en caso de este ejercicio conjunto.

En estos casos, generalmente el legislador ha dejado la regulación a las normas generales, que para este caso sería el artículo 43 del Código Civil: “Son representantes legales de una persona el padre o la madre, el adoptante y su tutor o curador”

CAPÍTULO 5

EFFECTOS DE LAS REFORMAS AL CUIDADO PERSONAL

5.1.- Efecto en la aplicación de la nueva Ley, en relación al Síndrome de alienación parental (SAP)

5.2.- Los inconvenientes de la custodia compartida en derecho comparado

Consideramos interesante desarrollar estos puntos, por la importancia que revisten al momento de entregar antecedentes al juez de familia, el Síndrome de Alienación Parental, es una realidad, que probablemente se extenderá también hacia otros parientes; así como la custodia compartida, a nuestro juicio tiene más inconvenientes que beneficios.

5.1. Efecto en la aplicación de la nueva Ley en relación al Síndrome de alienación parental (SAP)

El Síndrome de alienación parental, es un fenómeno que no es nuevo, no es un efecto privativo de nuestra legislación, en general se da en todo el mundo, donde sucedan situaciones de separación de los padres [separaciones judiciales, divorcios, o de hecho].

Para analizar este tema, citaremos profesionales nacionales y citaremos la realidad española, por tener gran influencia en nuestro derecho y jurisprudencia, desde la perspectiva de la Dra. María Eloina González Orviz [jueza catalana], aborda el tema en forma simple y a la vez fácil de

comprender en el sentido de una consecuencia que puede suceder [en menor medida] luego de una ruptura matrimonial o de pareja, sobre todo si ha mediado algún tipo de violencia entre los padres.

Esta realidad expuesta dista mucho de ser distinta a la nuestra, pero como se verá no hay mucha diferencia con lo que sucede en nuestra sociedad, por tratarse de temas relacionados a conductas humanas y no precisamente por realidades continentales diversas.

“Richard A. Gardner describió en 1985 una situación que se produce en ciertas crisis matrimoniales en las que uno de los progenitores [progenitor alienante] programa a los hijos en el rechazo hacia el otro progenitor [progenitor alienado].

El Síndrome de Alienación Parental o SAP se define como el trastorno que desarrolla el hijo al que se ha sometido a la alienación parental y consiste en un conjunto de conductas y síntomas que el niño ha aprendido a desarrollar y que le impiden vincularse afectivamente con uno de sus progenitores, el padre o madre excluido, además de empujarle a contribuir en la campaña de denigración de éste. El SAP puede tener diferentes estadios de desarrollo: leve, moderado o grave, diferenciados básicamente por el grado en que la relación paterno-filial ha sido afectada.

Este llamado síndrome [conjunto de síntomas que caracterizan una enfermedad] ha sido cuestionado por algunos sectores jurídicos y médicos, hasta el punto de llegar a la negación de su existencia, lo que es defendido por quienes están a favor de esta posición de negación con amparo en

cuestiones formales tales como que no encuentra recogida en la lista de enfermedades mentales, ni en la lista de la Asociación Americana de Psiquiatría, ni en la lista de la Organización Mundial de la Salud; pero lo cierto es que, cuestiones formales aparte, los síntomas descritos por quienes han estudiado este síndrome y lo han llamado inicialmente así, o así lo continúan llamando (psicólogos o psiquiatras), se constatan en algunos menores.

Esa constatación de síntomas, que en definitiva constituye una constatación de hechos, hace que en los juzgados de Familia se asista a esa desgraciada realidad.

Quienes han estudiado el Síndrome de Alienación Parental coinciden básicamente en los elementos que deben apreciarse, y así, en el estudio a propósito de la Sentencia dictada en fecha 14 de junio de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Manresa (Catalunya) que fue calificada de pionera en esta materia, realizado por Laura Alascio Carrasco citando a K. Daniel, O. Leary y Kirstin C. Moerk, dice que son:

Campaña de denigración en la cual el niño está obsesionado con el odio hacia uno de los progenitores [lavado de cerebro en el niño por parte del progenitor alienante]; racionalización de la conducta del progenitor alienado de manera débil, absurda o frívola: si el menor ha sufrido abusos reales de carácter físico, emocional o sexual, no podemos hablar de SAP, porque entonces hay una justificación en el comportamiento del menor; falta de ambivalencia: el menor no reconoce las “cosas buenas”, los aspectos positivos del progenitor alienador; el fenómeno del pensador independiente: el menor llega a asumir y vivir como propios los sentimientos de odio hacia el progenitor alienado; apoyo automático al progenitor alienante: el apoyo al progenitor alienante es total e incondicionado por parte del niño; falta de remordimientos por la crueldad hacia el progenitor alienado; presencia de situaciones prestadas: las manifestaciones del niño no son naturales, se

alejando de expresiones y descripción de situaciones propias de su edad. Dicen y hacen lo que el progenitor alienante quiere; extensión de animosidad hacia la familia del progenitor alienado.

Así pues, el Juzgador tiene un amplio margen de maniobra para comprobar con rigurosidad si existe esa manipulación severa de parte de un progenitor sobre un hijo para que abomine del otro, teniendo presente que también los estudiosos constatan y explican que existen grados en el síndrome de alienación parental. Y ahí precisamente, en el grado en el que se aprecien los síntomas, en la existencia de todos algunos de ellos, en el hecho de que sea incipiente el proceso o de larga evolución y también en la edad del menor, estará la solución al problema, que deberá ser más o menos drástica dependiendo de todos esos factores”.⁶⁰

Nuestros profesionales del Área de Salud, también tienen algo que decir respecto al tema del Síndrome de Alienación Parental, ya que en ellos recaerá la fuerza de la nueva legislación, en lo relacionado al interés superior de los hijos.

“El Síndrome de alienación Parental (SAP) es un trastorno que se presenta en la niñez y que surge casi exclusivamente en el contexto de una disputa por la custodia del niño. Su manifestación primaria es una campaña de denigración de un progenitor anteriormente querido por el niño, a la que se agregan elementos que el propio niño aporta para alejarse cada vez más del progenitor alienado. Este concepto no se aplica a casos de maltrato físico o abuso infantil, en los cuales la animosidad y el temor del niño hacia un progenitor, se justifican.

⁶⁰ GONZALEZ ORVIZ, M^a Eloina, Modelos de guarda y Custodia. Síndrome de alienación parental, Editorial Bosch, SA, Barcelona, 1^a Edic. febrero año 2010, pp. 37-38-39

Desde su descripción inicial, este síndrome ha sido esgrimido con frecuencia en los tribunales cuando se batalla por la custodia de los niños. Algunos abogados dicen que tras la acusación de SAP, se pretende ocultar un caso de maltrato infantil, mientras que otros aducen que la contraparte quiere lograr la custodia única del niño. En su momento el mismo Gardner fue objeto de descrédito pues se decía que amparaba a los padres agresores.

Desde que se definió el cuadro de maltrato infantil, los especialistas en salud mental de niños y adolescentes se han preocupado que el sistema judicial sea sensible a los sentimientos de los niños, y que los escuche.

De esta manera, se ha podido garantizar que niños que han sufrido maltrato o abuso infantil, incluso en casos en que no existen huellas físicas, han sido atendidos y separados de sus agresores. Para ello ha sido central que profesionales especialistas validen el relato que los niños hacen sobre las situaciones que refieren.

El niño suele ser vulnerable, sugestionable, con una relación muy intensa y estrecha con el padre alienante, que se puede ir construyendo en base a intereses comunes o tiempo compartido especial. Sus recuerdos pueden estar distorsionados por la sugestión, que corresponde a la incorporación de las creencias de otros en el reporte personal.

La alienación parental se va gestando hablando mal del otro progenitor, al niño mismo y a quien quiera escuchar, en el colegio, a los vecinos, a los médicos. Se construye interfiriendo el contacto con el padre víctima prohibiendo que se hable de él o de ella, solicitando al niño que llame “papá” o “mamá” a otro.

Otros mecanismos incluyen interferir en la información que debiera fluir entre los padres, evitando que el otro sepa que el niño sufrió una enfermedad, un accidente, o una llamada del colegio, dejando que el padre inocente aparezca como “desinteresado” frente a los ojos del niño. En ocasiones se agrega a esto franca y abierta manipulación emocional, forzando al niño a expresar su lealtad, haciendo que espíe al otro progenitor, que guarde secretos, o recompensándolo por su rechazo.

A veces estos progenitores son seres inmaduros, con escasa capacidad de introspección, que, al sentirse rechazados por el niño, se alejan de éste. No es infrecuente que el padre alienado esté más preocupado por la manipulación de la que es objeto que por su propia contribución al problema. Se cree que tanto el padre como la madre pueden ser los alienantes del niño, pero en la mayoría de los casos descritos es el padre custodio quien causa la alienación”.⁶¹

En el derecho comparado [preferentemente europeo], en el último tiempo hay abundante jurisprudencia respecto al reconocimiento del SAP, los jueces de familia están cada vez más atendiendo los síntomas de los niños; los “oyen”; solicitando con mayor frecuencia estudios y seguimientos psicológicos e inclusive psiquiátricos de los padres.

⁶¹ MAIDA S., Ana Margarita, HERSKOVIC M., Viviana, PRADO A., Bernardita. Revista Chilena de Pediatría. Síndrome de alienación parental [revista en la Internet]. 2011 Dic [citado 2014 Dic 01] ; 82(6): 485-492. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-41062011000600002&lng=es. <http://dx.doi.org/10.4067/S0370-41062011000600002>.

El fenómeno del SAP encuentra su “nicho” en parejas separadas o en vías de separación, y sobre todo en rupturas violentas, con juicios de custodia contenciosos muy agresivos. Así las cosas, el trabajo en la etapa de mediación es fundamental, es necesario y urgente que los profesionales de distintas áreas interactúen para determinar si el niño es víctima del referido síndrome, maltrato infantil o sólo se trata de una “contienda entre los padres”, teniendo ellos mismos el cuidado de no traspasar sus conflictos como pareja a los hijos.

Este escenario es poco probable que se de, ya que por naturaleza cada padre desde su vereda tratará de influir en sus hijos, quizás esta intervención sea mínima y poco notoria e inclusive sin intención, pero se puede llegar con el tiempo a configurar un Síndrome de alienación parental.

El artículo 225-2 de nuestro Código Civil, reza: “En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias: **f) La opinión expresada por el niño”**

Este artículo fue agregado a nuestro Código por la Ley N° 20.680, de 21 junio de 2013, aún no tenemos estadísticas del impacto de la reforma, pero podríamos aventurarnos a pensar que, teniendo el juez familiar que oír al niño antes de fallar, no es menor pensar en el aumento de padres alienantes y padres alienadores, y de esta forma perder el sentido y espíritu de esta reforma, cual es el interés superior del hijo.

Anteriormente la madre tenía la atribución legal de los hijos en caso de separación, ahora el escenario es distinto, plantea una igualdad entre padres y madres en lo relacionado al cuidado personal de los hijos, con preferencia

de los acuerdos voluntarios, la interrogante que se viene es, al no haber acuerdo: ¿Será que el padre o madre que dispute la custodia del hijo, y como uno de los criterios del juez para emitir su fallo, será precisamente el interés superior del niño y por lo tanto oírlo, se vea tentado de influir o manipular al hijo a su favor?.

Este punto ha sido siempre un tema recurrente de padres que no logran sobreponerse al fracaso como pareja, y queriendo o no, comienzan a disputarse a los hijos o lisa y llanamente los colocan en el centro de la disputa. Pero el escenario se ve complicado ya que la madre no contará de pleno derecho con el cuidado personal del hijo, por lo tanto no se sabe la reacción de estos padres, ante este nuevo escenario jurídico.

A los tribunales de familia llegarán los casos de divorcio, por lo que el juez podrá detectar tempranamente si estamos en presencia de algún maltrato psicológico hacia los hijos; el problema podría presentarse en las parejas no matrimoniales o matrimoniales que se separen de hecho, que no opten por la vía judicial para solucionar sus problemas de cuidado personal, régimen de relación directa y regular y pensión de alimentos y quizás cuando recurran a esta instancia los hijos ya sean víctima de maltrato psicológico que podrían, con el tiempo derivar en Síndrome de Alienación Parental.

“En casos leves a moderado de SAP, se puede intentar una intervención psicoterapéutica, implementando mediación o terapia sistémica. El mediador requiere conocer bien el cuadro de SAP, entender los motivos del padre alienante y estar atento al engaño y mentira que hay en estos casos”.⁶²

⁶² MAIDA S., Ana Margarita, HERSKOVIC M., Viviana, PRADO A., Bernardita. Revista Chilena de Pediatría. Síndrome de alienación parental [revista en la Internet]. 2011 Dic [citado 2014 Dic 01] ; 82(6): 485-492. Disponible en:

Como se puede apreciar, las profesionales de la salud aconsejan algo que nuestra legislación recogió: la mediación obligatoria. El tema debe ser abordado con la importancia que tiene, vamos a necesitar tribunales de familia, que salgan del estereotipo de fallar sobre alimentos, régimen de visita y custodia, casi en forma automática.

Se va a necesitar que usen las herramientas que ahora la nueva legislación les proporciona y que antes de emitir un fallo, tanto los hijos como los padres pasen por un proceso de revisión psicológica y eventualmente someterse a algún tipo de terapia.

5.2. Los inconvenientes de la custodia compartida en derecho comparado

La custodia compartida (cuidado personal compartido) es una novedad en nuestro derecho, el artículo 225 inciso 1º, así lo establece, en la hipótesis de vivir separados los padres 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 inciso 2º del mismo artículo define lo que se entiende por **cuidado personal compartido**, en el sentido que 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.

En Chile aún no se aprecian los efectos de este cuidado personal compartido, por ser muy reciente la reforma al Código Civil, pero podemos aventurar sus

efectos observando lo que sucede en el derecho comparado donde este sistema es usado hace muchos años.

“La consecución de la custodia compartida se ha convertido en el objetivo primordial de muchos colectivos de hombre divorciados, que afirman querer ocuparse de la crianza de sus hijos ... aunque de casados la mayoría no lo hubiera hecho”.⁶³

El derecho comparado que revisaremos a continuación, dice relación a las presiones y los lobbies que han realizado y siguen realizando los grupos de Defensores de Derechos de los Padres (DDP), en la mayoría de los países las legislaciones se han visto modificadas, precisamente por la presión que han ejercido estos defensores.

La realidad en EEUU

En EEUU nació la batalla por la custodia, y es donde comienza a radicalizarse la consideración de la custodia compartida como opción preferente para todas las familias separadas.

Una vez abierta la posibilidad del divorcio sin culpables (no-fault) en los años 70, surge la cuestión fundamental de la custodia de los hijos.

La realidad chilena es que hasta el año 2004, no existía ley de divorcio, los matrimonios se “anulaban” pero no producía mayor efecto en la custodia de los hijos, ya que la ley le otorgaba de pleno derecho a la madre el cuidado personal.

⁶³ BAREA PAYUETA, Consuelo, Los Inconvenientes de la custodia compartida”, Libro Primero de la Trilogía: Y te quitaré los hijos, Impreso en el Reino Unido por *Lightning Source*, IBBN: 978-84-615-9243-2, Barcelona Mayo de 2012, p.7

Con la Ley N° 19.947, del año 2004, se modifica la Ley de Matrimonio Civil, incluyendo el divorcio vincular, recién el año 2013, con la modificación al Código Civil, se moderniza el tema del cuidado personal, ya no recae en la madre, sino en ambos padres, que deberán decidir voluntariamente en quién recaerá el cuidado personal de los hijos o se llegará a un acuerdo compartido de custodia.

“Diez años después de que en 1970 apareciera la revolución del divorcio sin culpables, California lógicamente extendió la idea igualitaria a la custodia compartida de los niños, partiendo así en dos al niño, y el resto de la Nación una vez más, se apresuró a seguir al líder.

La Ley de Custodia de California, promulgada en 1980, dio prioridad a la custodia compartida: “Habrá una presunción ... de que la custodia compartida es en el interés superior del menor”. Además, la Corte podía, a discreción, conceder custodia compartida ¡a requerimiento de uno solo de los progenitores!.

La ley afirmaba también sin pruebas la presunción de que si solo uno de los progenitores busca la custodia compartida, éste es más apto para facilitar que el niño tenga contacto frecuente y continuado con el otro progenitor, es el supuesto llamado *friendly parent*”.⁶⁴

Nuestros legisladores, adoptaron una medida similar, ya que todo lo relacionado con la preferencia de la madre en relación a los hijos, cambió al interés superior del hijo, la diferencia fundamental con EEUU, es que la custodia compartida o cuidado personal compartido, es un acuerdo de voluntad de los padres, sin intervención judicial. Y cuando no hay acuerdo y se judicializa el tema, el juez no podrá sugerir un acuerdo compartido.

⁶⁴ BAREA PAYUETA, Consuelo, Los Inconvenientes de la custodia compartida”, Libro Primero de la Trilogía: Y te quitaré los hijos, Impreso en el Reino Unido por *Lightning Source*, IBN: 978-84-615-9243-2, Barcelona Mayo de 2012, p.19

En EEUU los efectos de la custodia compartida han derivado a crisis profundas ya que, a diferencia de nuestro sistema, en la mayoría de los casos es impuesta por los jueces, la *Joint Custody* es una orden judicial por la cual la custodia del niño se otorga a ambas partes.

En este sistema, ambos padres son custodios, y ninguno es no custodio, es decir el hijo tiene dos padres que tienen custodia.

La *Joint Physical Custody*, se comparte el alojamiento y cuidado del niño de acuerdo a una orden judicial, siguiendo un Plan de Parentalidad.

En la mayoría de los Estados es obligatorio que cada progenitor disponga de “períodos significativos” de custodia física a fin de asegurar que los hijos tengan un contacto frecuente y continuo con ambos padres.

En Chile, se podría pensar que el modelo de Plan de Parentalidad de EEUU, podría ser el acuerdo que deciden los propios padres [que luego lo transformarán en instrumento público o acta], dice relación con: “un documento creado para establecer los roles de cada progenitor cuando hay que tomar decisiones sobre la educación, salud, bienestar físico, social y emocional del niño. El plan tiene que incluir una descripción de quién y cómo realizará las actividades relativas a la responsabilidad parental en todos sus aspectos. Tiene que acompañarse de un horario-calendario con los métodos y tecnologías que los progenitores usarán para comunicarse con los hijos. Implica diálogo y cooperación entre los progenitores, y

en muchas ocasiones hay mediadores especializados para promover acuerdos sobre el plan”.⁶⁵

La realidad en España

La realidad española, se asemeja al sistema americano, la Ley del Divorcio del año 2005 eliminó la necesidad de la separación previa al divorcio y la obligación de indicar causas para la ruptura [divorcio sin culpables]. Además, redujo los tiempos para divorciarse e introdujo por primera vez el término “custodia compartida”, que se puede establecer cuando los padres están de acuerdo y, si no lo están, cuando el juez lo decide, siempre y cuando tenga un informe favorable del ministerio fiscal, Por lo tanto en España como en EEUU, el juez tiene atribuciones para pronunciarse sobre un acuerdo compartido de cuidado personal.

El Magistrado español Vicente Magro Servet expresa que:

“... hoy en día, para que se pueda ejercer correcta y satisfactoriamente esta modalidad de custodia compartida deben concurrir tres requisitos imprescindibles: cercanía entre los domicilios de los progenitores; una economía solvente en el núcleo familiar y, lo más importante de todo, un gran entendimiento y buena relación entre los progenitores.

Por lo que serán muy excepcionales los casos en los que se den todos y cada uno de los requisitos antes mencionados, por cuanto, si bien los dos primeros

⁶⁵ BAREA PAYUETA, Consuelo, *Los Inconvenientes de la custodia compartida*”, *Libro Primero de la Trilogía: Y te quitaré los hijos*, Impreso en el Reino Unido por *Lightning Source*, IBBN: 978-84-615-9243-2, Barcelona Mayo de 2012, p.22

requisitos, pueden concurrir muy fácilmente, el tercero de los requisitos es el que existe de forma muy puntual.”⁶⁶

¿Cómo llegó a Chile este derecho al cuidado personal compartido?

“Una vez llegada la Ley del Divorcio a un país, al cabo de un tiempo empiezan los procesos de enmienda de la ley para conseguir reformas de la custodia y el contacto. Siempre y en todas partes, estos procesos han sido intrigados por lobbies de padres que han abrumado a sus gobiernos respectivos con intensas y diversas quejas, en las que se situaban como víctimas frente a los supuestos privilegios de las mujeres y la discriminación de la justicia.

Estos lobbies formados por diversos individuos y colectivos, especialmente asociaciones conservadoras y patriarcales de padres o de familia, se levantaron en muchos países en una acción socio-política muy intensa en defensa de los derechos de los padres [hombres] constituyendo el movimiento de los “Defensores de los Derechos de los Padres” [DDP]”.⁶⁷

⁶⁶ BAREA PAYUETA, Consuelo, *Los Inconvenientes de la custodia compartida*, Libro Primero de la Trilogía: *Y te quitaré los hijos*, Impreso en el Reino Unido por Lightning Source, ISBN: 978-84-615-9243-2, Barcelona Mayo de 2012, p. 34

⁶⁷ BAREA PAYUETA, Consuelo, *Los Inconvenientes de la custodia compartida*, Libro Primero de la Trilogía: *Y te quitaré los hijos*, Impreso en el Reino Unido por Lightning Source, ISBN: 978-84-615-9243-2, Barcelona Mayo de 2012, p. 37

En Chile, también son una realidad los “defensores” , por ejemplo: [*Amor de Papá y Papas por Siempre* –Corporaciones de padres por la igualdad de derechos frente a los hijos-].

Sería interminable citar la cantidad de estudios realizados desde 1980 hasta nuestros días, en relación al impacto en los hijos de la custodia compartida e interés superior del niño.

La mayoría de los profesionales de la Salud están conteste en determinar que niños pequeños pueden manejar dos noches consecutivas fuera de su cuidador principal.

Niños de edad pre escolar pueden estresarse por la separación por más de tres o cuatro días [a excepción de vacaciones por encontrarse en otro contexto].

A los ocho años, se podría esperar que soporte la separación de cinco a siete días.

Más aún, existen estudios que afirman que una mayor frecuencia de contacto con el padre no custodio, no aumenta el bienestar del niño, incluso teniendo buenas relaciones entre ellos y buenas relaciones entre los progenitores, con el tiempo esperan dejar de vivir como nómades.

Es muy difícil, que los hijos en un sistema de custodia compartida, no se sienta que están luchando por ellos como si fueran una posesión, es inevitable que los padres compitan por tener el mayor tiempo posible a sus hijos.

La realidad Australiana

En el año 1995, en Australia cambió la legislación respecto a la custodia compartida, sufriendo varias modificaciones especialmente por la influencia de “Los Defensores de los Derechos de los Padres”.

Hay varias investigaciones desarrolladas en Australia y Canadá, para demostrar el importante papel divulgativo al describir en detalle la intensa presión de los Defensores de los Derechos de los Padres a sus gobiernos para conseguir una custodia compartida cada vez más universal.

En 1992, el gobierno australiano, sumamente presionado por los padres (hombres) no custodios, creó una comisión parlamentaria para estudiar sus reclamaciones. Los padres o mejor dichos los defensores de ellos, reclamaban que el sistema judicial tendía a favorecer a las madres en la custodia.

Solicitaban una presunción legal de “participación igualitaria”, en el cuidado de los hijos una vez separados.

Sin terminar las investigaciones, en el año 1995, el gobierno australiano modificó la *Family Law Act*, para aplacar las reclamaciones de los padres.

No se acogió totalmente lo solicitado por los padres, sobre todo en el tema de la presunción legal, lo que sí se implantó fue un régimen de custodia compartida.

Se eliminaron las expresiones de “custodia” y “acceso”, y se introdujeron las de “residencia” y “responsabilidad parental”.

“Rhoades y Boyd en su artículo conjunto *Reforming Custody Laws: A comparative study*, dicen:

Las últimas dos décadas han sido testigos de importantes debates sobre la reforma de las leyes de custodia en diversas jurisdicciones, incluyendo Australia, Canadá, Inglaterra, Francia, Dinamarca, Portugal, Hong Kong y

EEUU. En algunas de estas jurisdicciones, los experimentos legislativos han cambiado radicalmente el marco legal para la toma de decisiones en relación a la crianza de los hijos tras la separación de los padres. En otros tales experimentos legislativos están siendo seriamente considerados.

Un mismo hilo conductor ha sustentado estos acontecimientos, incluyendo el papel central desempeñado por los padres en el desencadenamiento de la revisión de la legislación, y la tendencia hacia nuevas políticas que promueven la adopción de cambios normativos dirigidos hacia un modelo de parentalidad compartida.

También se ha observado que estos cambios legislativos se han desarrollado en gran medida con escaso respeto por el estado del conocimiento científico empírico de la vida familiar”.⁶⁸

Durante años esta modalidad de responsabilidad parental se aplicó, pero una vez finalizada la investigación científica comenzada el año 1992, los resultados mostraron que la comunidad en general no había asimilado la nueva terminología sobre parentalidad compartida, y en la práctica no se había convertido en la nueva norma de las familias separadas, la mayoría se seguían centrando en sus responsabilidades de crianza al único cuidador principal.

En los juzgados se solicitaban en mayor cantidad las parentalidades compartidas, apareciendo una resistencia judicial a rechazar las demandas paternas de contacto, aunque existieran denuncias de violencia doméstica. Los abogados, ejercían, por otra parte, presiones en las mujeres para que

⁶⁸ BAREA PAYUETA, Consuelo, *Los Inconvenientes de la custodia compartida*, Libro Primero de la Trilogía: *Y te quitaré los hijos*, Impreso en el Reino Unido por *Lightning Source*, IBBN: 978-84-615-9243-2, Barcelona Mayo de 2012, p. 44

accedieran al contacto aunque pusieran en riesgo su seguridad y la de los hijos.

Siguió pasando el tiempo y el descontento y enfado de los padres iba en aumento, respecto al sistema judicial, ya que las expectativas de residencia compartida 50/50, no se estaba produciendo.

Fue tanto el reclamo de los “Defensores de los derechos de los Padres” [DDP], que consiguieron el apoyo del Primer Ministro de Australia, en junio de 2003, John Howard, que anunció una nueva investigación parlamentaria sobre la ley que regía los acuerdos de custodia.

“Al Comité *“House of Representatives Standing Committee on Family and Community Affairs”*, se le dieron seis meses para investigar si la ley debía contener una presunción de que los niños, “pasarán el mismo tiempo con cada progenitor y, en caso afirmativo, en qué circunstancias tal presunción podía ser refutada”.

“Los argumentos de los que se oponían a la presunción de residencia compartida, se basaron mucho más en hallazgos de la investigación para apoyar su posición:

- No existe un acuerdo universal viable para todos los niños, produce resultados positivos para algunos pero puede ser una fuente de gran infelicidad para otros.
- La vivencia infantil de la paternidad compartida está vinculada a la calidad del cuidado que reciben los niños, no a la cantidad del tiempo con cada progenitor.
- Un sistema de vivienda alternativa es “un riesgo para el desarrollo” en el caso de niños muy pequeños.

- La encuesta australiana sobre el uso del tiempo demostró que las mujeres continúan haciendo por los menos “el triple de cuidados de la crianza que los hombres”.
- Un estudio con parejas separadas que compartían el cuidado de sus hijos, demostró que la custodia compartida es el acuerdo de más compleja logística, requiriendo una serie de condiciones materiales favorables como la proximidad geográfica, la capacidad financiera y la flexibilidad laboral –para hacer que funciones-. Todos los padres (hombres) cuyos acuerdos funcionaron tuvieron que reducir o flexibilizar la jornada laboral, y vivían a menos de 10 km de la madre de sus hijos. Estos acuerdos duplicaron los costos. Además la custodia compartida requirió un alto grado de apoyo emocional mutuo, lo que por definición no es una característica propia de las familias en conflicto.
- Los conflictos duraderos entre los padres afectan negativamente a la adaptación de los niños después del divorcio, y son un riesgo para su bienestar.
- La violencia del compañero íntimo es una característica común de los contenciosos post-separación en Australia, su presencia es un fuerte indicador de que puede estar ocurriendo un maltrato infantil. Los acuerdos de contacto facilitan que los antiguos esposos maltratadores continúen maltratando”.⁶⁹

El informe resultante *Every Picture Tells a Story*, fue publicado en diciembre de 2003, rechazó la idea de una presunción de igual tiempo compartido, concluyendo que el tiempo que cada hijo pasa con un padre u otro debe

⁶⁹ BAREA PAYUETA, Consuelo, *Los Inconvenientes de la custodia compartida*, Libro Primero de la Trilogía: *Y te quitaré los hijos*, Impreso en el Reino Unido por *Lightning Source*, IBBN: 978-84-615-9243-2, Barcelona Mayo de 2012, pp. 47-48-49

obedecer únicamente al interés superior de ellos y en base al tipo de relaciones que funcione la familia.

El año 2006 se promulgó la ley enmendada: *Family Law Amendment [Shared Parental Responsibility] Act*. Con esta promulgación los Defensores de los Derechos de los Padres habían avanzado en su influencia política, consiguiendo que la residencia compartida se considerara como un punto de partida para la discusión y la negociación.

Se aplicaba la presunción de igual responsabilidad parental [similar a la patria potestad], el tribunal estaba obligado a considerar la posibilidad de establecer igual tiempo con cada progenitor, siempre que fuera consistente con el interés superior del niño o razonablemente práctico para él, de no ser así se determinan tiempos sustanciales y significativos para cada progenitor, lo más próximo al 50/50.

Los Defensores de los Derechos de los Padres habían conseguido casi todos sus objetivos y había transcurrido suficiente tiempo como para que se pudieran evaluar las consecuencias, la legislación del año 2006 no estaba resultando como lo esperado, se desvió el interés de las necesidades de los niños a los derechos de los padres.

El gobierno australiano, encargó diversos informes sobre cómo el sistema de derecho de familia se hacía cargo de la violencia familiar.

En atención al resultado de los informes, en el año 2010, el Fiscal General de Australia, *Robert McClelland* propuso enmendar la *Family Law Act 1975*, para priorizar la seguridad de los niños al momento de decidir sobre custodia, cuando hay violencia familiar o abuso.

El proyecto de ley *Family Law Amendment [Family Violence] Bill 2010*, pasó a ser *Family Law Legislation Amendment [Family Violence and Other Measures] Act 2011*, cuando recibió la *Royal Assent* (Sanción Real), el 7 de diciembre de 2011.

“Esta ley fortalece la prevención del daño a los niños sin dejar de apoyar el concepto de responsabilidad parental y crianza compartidas, siempre que estas sean seguras.

Se reconoce la importancia fundamental de tener en cuenta la violencia familiar y el abuso al evaluar el interés superior del menor. La nueva ley da prioridad a la seguridad de los niños:

“Los niños tienen derecho a ser protegidos de cualquier daño”

Según la *Family Law Act*, los Tribunales de familia deben tener en cuenta dos consideraciones primarias para determinar el interés superior del menor [niño o niña].

Estas consideraciones son:

- 1.- El beneficio para el niño de tener una relación significativa con ambos padres
- 2.- La necesidad de proteger al niño de daño físico o psicológico por ser sometido o expuesto a abuso, negligencia o violencia familiar.

Cuando haya una inconsistencia en la aplicación de las dos consideraciones primarias, los tribunales han de dar un mayor peso a la consideración primaria de proteger al niño del daño, por encima del beneficio de tener una relación significativa con cada progenitor.

Los criterios para valorar el interés superior del menor son el decálogo, para determinar las órdenes relativas a los acuerdos de crianza y responsabilidad parental, por lo tanto la nueva ley ha dado un giro definitivo al enfoque de

presunción universal de la custodia compartida. Tiene mayor peso la protección del menor que su contacto continuado con ambos progenitores”.⁷⁰

El relación a la definición de violencia familiar y abuso: esta nueva ley consideró relevante definir que se entendía por violencia familiar y abuso, para que así los jueces no tuvieran que interpretar a que se refieren estos problemas:

La *Family Law Violence Bill* en su artículo 3^o propone una nueva definición de violencia familiar que especifica mejor los tipos de comportamiento que constituyen violencia en la familia.

La violencia familiar puede adoptar la forma de agresión física, acoso, manipulación emocional, abuso económico y comportamiento amenazante.

La violencia familiar considera también el maltrato o abuso del menor; la exposición del niño a la violencia familiar [el niño está expuesto a la violencia familiar si ve u oye violencia familiar u otras experiencias derivadas de ella, por ejemplo: oír amenazas de muerte o insultos desde un familiar a otro del niño; ver o escuchar una agresión; ordenar un lugar desordenado luego de una pelea familiar; asistir o confortar a un familiar víctima de violencia].

Es un gran avance en la legislación australiana, la incorporación de la “exposición del menor a la violencia familiar”, en el sentido de considerarla una forma de maltrato.

La realidad Canadiense

⁷⁰ BAREA PAYUETA, Consuelo, *Los Inconvenientes de la custodia compartida*, Libro Primero de la Trilogía: *Y te quitaré los hijos*, Impreso en el Reino Unido por *Lightning Source*, IBBN: 978-84-615-9243-2, Barcelona Mayo de 2012, pp. 173-174-175

En Canadá, el movimiento de los Defensores de los Derechos de los Padres impulsó la revisión de la ley de custodia de 1997.

En el año 1998, se creó un Comité, el *Special Joint Committee on Child Custody and Access (SJC)*, que realizó audiencias por todo Canadá. El proyecto pretendía emular la custodia compartida australiana de 1995, la pretensión era imitar su lenguaje relativo a la crianza, hacia una forma legal aparentemente más igualitaria y sistémica.

La realidad es que el Comité no arrojó en su trabajo ninguna investigación sobre la violencia contra las mujeres, el impacto en los niños que eran testigos de dicha violencia o el impacto de una ley para mejorar la responsabilidad en la prestación de cuidados compartidos.

Otras investigaciones encargadas por el Departamento de Justicia, se centraron específicamente en establecer las denuncias en contra de las madres, el impacto de la pérdida del contacto con el padre, y en general en objetar o criticar el actuar de muchas madres con relación a sus hijos.

Por ejemplo: los males que sobrevienen a los hijos por ausencia de los padres; los inconvenientes y perjuicios de los hijos por vivir con la madre sola, exponiendo a los hijos a ser delincuentes, violentos y drogadictos; madres perversas y maltratadoras; y así otras denuncias que principalmente apuntaban a establecer lo perjudicial que era para los hijos estar al cuidado de las madres y lo perversa de la ley con los padres.

Luego de los informes, la reforma canadiense de la custodia del año 2002, no mostró preferencia por la custodia compartida, el Ministro de Justicia de la época, Martin Cauchon se pronunció respecto a que ningún tipo de acuerdo de parentalidad era mejor que otro. Determinar que un sistema es mejor que otro es colocar en primer lugar los derechos de los padres y no considerar el interés superior de los hijos como prioridad.

Los legisladores en Canadá, al reformar la ley de custodia compartida, se preocuparon de enumerar lo que el juez deberá tener en cuenta en relación a las necesidades y circunstancias del niño, las cuales servirán de base para determinar el interés superior del niño.

El 23 de Noviembre de 2011, el proyecto de reforma de la *Family Law Act*, recibió la *Royal Assent*, en su parte 4 “Cuidado y tiempo con los niños” están enumerados los criterios del interés superior de los menores.

“División 1 Interés superior del menor

Artículo 37 (2), Para determinar lo que es en el interés superior del menor, se han de considerar todas las necesidades y circunstancias del niño, incluyendo las siguientes:

- (A) la salud y el bienestar emocional del niño
- (B) la opinión del niño, a menos que no sea apropiado considerarla
- (C) la naturaleza y la fuerza de las relaciones entre el niño y las personas importantes en su vida
- (D) la historia de la crianza del niño
- (E) la necesidad del niño de estabilidad, teniendo en cuenta su edad y su etapa de desarrollo
- (F) la capacidad para ejercer sus responsabilidades de cada persona que sea tutor, tenga por objeto la tutela del niño, o tenga o busque responsabilidad parental, tiempo de crianza o contacto con el niño
- (G) el impacto de cualquier tipo **de violencia familiar** en la seguridad, la protección, o el bienestar del niño, si la violencia familiar se dirige hacia el niño u otro miembro de la familia

- (H) si las acciones de la persona responsable de la **violencia familiar** indican que la persona puede verse afectada en su capacidad para cuidar del niño y satisfacer sus necesidades
- (I) la idoneidad de un acuerdo que requiera que los tutores del niño cooperen en asuntos que afectan al niño, si requerir la cooperación aumenta cualquier riesgo para la seguridad, la protección, o el bienestar del niño u otros miembros de la familia
- (J) cualquier proceso civil o penal relevante para la seguridad del niño, su protección o bienestar”.⁷¹

La reforma considera también, en el artículo 38, lo que el tribunal deberá tener en cuenta para los efectos del artículo 37 (2) letra (G) y (H), relativo al interés superior del niño, relacionado con la evaluación de la violencia familiar.

El tribunal deberá considerar, por citar algunos puntos: la naturaleza y gravedad de la violencia familiar; hace cuanto tiempo se produjo la violencia; la frecuencia de la violencia; si se dirigió al niño; el daño a la seguridad, la protección, y el bienestar, físicos, psicológicos y emocionales del niño a causa de la violencia familiar, etc.

La realidad Italiana⁷²

En el año 2006, con la ley N° 54, se introdujeron modificaciones al Código Civil italiano, en relación a la custodia de los hijos, estableciéndose la custodia compartida y el principio de que en ambos padres recae el cuidado de los hijos, entendido como derechos de los hijos.

⁷¹ BAREA PAYUETA, Consuelo, *Los Inconvenientes de la custodia compartida*, Libro Primero de la Trilogía: *Y te quitaré los hijos*, Impreso en el Reino Unido por *Lightning Source*, ISBN: 978-84-615-9243-2, Barcelona Mayo de 2012, pp.165-166

⁷² Traducción no oficial, realizada por autora de este trabajo.

Después de siete años desde la modificación, esta norma es definida como “*la ley traicionada*”, prueba de ello es que desde el año 2008, el Senado italiano tramita un proyecto (ddl 957) para modificar esta ley, proyecto que fue modificado con posterioridad por el ddl 2454 de 16 noviembre de 2010, (estos proyectos encuentran gran oposición en quienes creen que la custodia compartida es ampliamente aplicada, por lo tanto innecesaria la modificación).

A raíz de esto hay dos posturas distintas en la interpretación de la jurisprudencia desde el año 2006 hasta hoy día: la profundización, más allá de las ideologías y de las opiniones opuestas, entienden verificar la conformidad de decretos y sentencias de la ratio del legislador del año 2006; revelaciones respecto a las críticas a la interpretación de la ley 54/2006; verificaciones empíricas, a través del análisis de decretos y sentencias, de la efectiva conformidad al principio de coparentalidad y el interés superior del hijo; el análisis del fenómeno emergente de las falsas acusaciones, el abuso del abuso; el interés superior del niño es interpretado como un híbrido, sin características propias: [es un derecho indispensable al momento de establecer la modalidad de frecuencia de visitas], no lo es más desde el momento en que dichas medidas son violadas.

La ley 54/2006 esta totalmente vacía de sus contenidos originales, la jurisprudencia imperante no logra abandonar las aplicaciones de la ley anterior, ¿Será por superficialidad?, ¿Imprecisión?, ¿Dificultades interpretativas?.

La verdad sea dicha, la respuesta no es relevante lo importante es determinar que la custodia compartida es un derecho negado, en la peor de la hipótesis.

El artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño, es recogido por el

ordenamiento italiano, en el año 1991, ratificando la Convención. Esto quiere decir que al entrar en conflicto los derechos de los padres con los derechos de los niños, prevalecerán estos últimos.

Antes de la Ley 54/2006, el Código Civil italiano establecía la custodia exclusiva, alternada o conjunta, en los últimos 20 años, la jurisprudencia ha establecido la custodia exclusiva casi en un 90% de los casos, los jueces declaraban a cual de los padres entrega la custodia de los hijos, en forma exclusiva. Esto con el tiempo se fue transformando en que los jueces, no tenían problemas en decidir que tipo de custodia aplicar sino en decidir a qué progenitor se la entregaba, suponiendo tácitamente que era la custodia exclusiva la aplicable.

La ley 54/2006, rompió con esta “costumbre” de los jueces, estableciendo un sistema de custodia compartida, fijada por los jueces familiares, con una mediación anterior muy fortalecida, ésta ley introduce el principio de coparentalidad:

- el derecho subjetivo del niño de modo que ambos padres , aunque separados, sean responsables (como finalidad ultima, los derechos del niño y no el de los padres, esto es en respuesta a la legislación que derogaba, que consideraba a uno de los padres como “custodio principal”);
- eliminación de la valoración de idoneidad de los padres para establecer cual de ellos será el progenitor custodio, por lo tanto se modifica, aunque sea en teoría, la asimetría entre los padres que antes era jurídicamente prevista.
- centralizar al niño y su interés superior, invirtiendo la perspectiva jurídica; por esta nueva visión, se hace necesario que los jueces escuchen a los menores.

Con la formula de custodia compartida, no se entiende que los padres deban efectuar una división matemática 50% cada uno para el bienestar del propio hijo, pero sí que cada padre conserve su responsabilidad.

Esta ley establece también, que será un derecho del hijo **mantener** una relación equilibrada y continua con ambos padres, recibiendo cuidados, educación e instrucción. El juez no se encuentra frente a la encrucijada de decidir cual de los padres es el más idóneo para ejercer la custodia, sino que debe evaluar prioritariamente la posibilidad que los hijos menores **queden** bajo la custodia de ambos padres. [**mantener** una relación equilibrada, y **quedar** bajo el cuidado de ambos padres: son formas verbales que conforman el principio de continuidad].

Los jueces se verán obligados a fallar por la custodia compartida y no la exclusiva, salvo que los padres manifiesten lo contrario.

Esta ley [54/2006] no ha sido aplicada por los jueces, siguen aplicando custodias exclusivas y preferentemente a la madre [de allí la idea de que es una *ley traicionada*].

Con la reforma propuesta [ddl 2454/2010] se pretende zanjar este dilema, pero hay muchos detractores en el sentido que la solución va a ser peor que el problema: doble domicilio para los hijos.

Lo que se requiere es que los jueces apliquen la ley vigente, donde se establecen los principios fundamentales en que deben basar sus sentencia y establecer la custodia compartida.

Hay bastante opinión en Italia, respecto a este tema, tanto periodistas especializados, ONG, Asociaciones, etc. están debatiendo sobre las

modificaciones que se pretenden instaurar, a continuación revisaremos algunos de estos debates:

Reportaje realizado el 22 abril de 2013, por Benedetta Verrini⁷³

La ley 54 [del año 2006] sobre la custodia compartida de los hijos de separaciones o divorcios, ha superado los siete años desde su dictación, siendo objeto de profundos debates.

Sobre la mesa está, antes que nada, la pregunta si esta ley salió del papel, en todo caso la custodia compartida: ¿Ha realmente establecido el principio de paridad en la responsabilidad de los padres al enfrentar la separación?; ¿Los padres y madres deben mantener a la par los derechos y a la par los deberes en la crianza, cuidado y educación de los hijos?

Según las últimas estadísticas [año 2010] de ISTAT [Instituto Italiano de Estadísticas], en Italia las separaciones fueron 88.191 y los divorcios 54.160, el fenómeno sigue en aumento; la mayoría de estas separaciones involucran hijos. La custodia compartida fue decretada en el 89,8% de las separaciones y 73,8% de los divorcios.

Hasta el año 2005, la custodia de los hijos podía ser exclusiva, alternada o conjunta, pero era entregada exclusivamente a la madre, existiendo una especie de “calendario de visitas” reservado para los padres [hombres], los cuales quedaban involucrados en la vida diaria de los hijos en los pequeños detalles, pero lo relacionado con las decisiones más relevantes, recaía en la madre por tener ella la patria potestad.

⁷³ VERRINI, Benedetta, Periodista italiana. Título en Jurisprudencia en la Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia; Master en Análisis y Gestión de la Comunicación. Escribe en varios periódicos sobre temas sociales, especialmente los relacionados con los menores y familia.

Con la entrada en vigencia de la Ley 54/2006, la óptica para enfrentar la custodia cambió radicalmente, según la nueva ley ambos padres [ex pareja o ex matrimonio] conservan la potestad parental y tienen que proveer el sustento económico de los hijos en la medida proporcional de sus ingresos.

Este es el escenario formal, los aspectos sustanciales ligados a la correcta aplicación de la ley 54 muestran las dificultades culturales, organizacionales, sociales, que ella ha encontrado estos años.

Una de las mayores críticas a esta ley, dice relación con la sustancial “fatiga” del sistema, de los tribunales de justicia en particular, en acatar la nueva ley y así evitar los viejos esquemas, tal como la indicación de la madre como la “cuidadora principal” y la redacción de un calendario mínimo de visitas que replica las antiguas dinámicas de la custodia exclusiva.

Según otros -y opuesto punto de vista-, la custodia compartida arriesga de aumentar la exasperación de las relaciones y crearía un “cortocircuito” en los acuerdos respecto a los gastos para con los hijos [el texto legal como está eliminó la referencia a una asignación de mantención fija].

En los dos últimos años se está discutiendo en el Senado un proyecto de ley para reformar la ley 54, el “ddl” [diseño de ley] N° 957, inspirado en el trabajo de la Asociación “*Crescere Insieme*” [crecer juntos], esta asociación es a nivel nacional e incluye a padres y madres, es distinta a los DDP, por lo tanto trabajan con investigaciones e informes que de cierta forma influyen en el mundo político y legislativo de Italia. Esta Asociación, también es un canal de constante información para los usuarios, ya que periódicamente publican la actualidad sobre estos temas [familia en general] sobre todo los proyectos de reformas legislativas.

El Profesor Marino Maglietta⁷⁴ fue el inspirador de la custodia compartida y también como Presidente de la Asociación “*Crescere Insieme*”, ha influido en el texto del informe que trata sobre dar mayor sustancia a los objetivos de la actual norma [ley 54/2006], favoreciendo por ejemplo la situación de un doble domicilio para los hijos, para vivir la cotidianidad de ellos con ambos padres.

La ley 54/2006 al no ser aplicada por los jueces, deja las situaciones familiares en un terreno claro/oscurο, y hace restar la efectividad de la custodia compartida, según la legislatura y doctrina italiana éste sistema es el mejor para que los padres puedan demostrar a los hijos su amor y el sentido de responsabilidad que los mantiene unidos, haciendo de la separación un tema secundario.

En el debate de una posible reforma a la ley 54/2006, la AIAF [Asociación Italiana de Abogados para la Familia y para los Menores], ha tomado desde el año 2011, la postura de rebatir el hecho de que no se necesita modificar la ley.

La abogada italiana **Milena Pini**⁷⁵ expresó en una ponencia académica: “lo que sirve, más bien, para reforzar el principio de coparentalidad [custodia compartida], sería una “*equa*” repartición de las tareas domesticas y de cuidado de los hijos, en el momento de la convivencia como en la separación de los padres; una eficaz intervención cultural sobre las responsabilidades familiares y de los padres en un concreto apoyo a las familias, sirven las

⁷⁴ MAGLIETTA, Marino, Académico Italiano, profesor adjunto de Física en la Facultad de Ingeniería de la Università degli Studi di Firenze, es docente de varios Institutos de formación de Mediadores Familiares. Es socio honorario de la AIMEF *Associazione Italiana Mediatori Familiari* (Asociación Italiana de Mediadores familiares). Miembro de la *Consulta Nazionale per l'Infanza e l'Adolescenza* (Consulta Nacional para la Infancia e adolescencia) “Gianni Rodari”.

⁷⁵ PINI Milena, Abogada Italiana, dedicada toda su carrera a la defensa de los menores y familia, fue Presidenta de la Asociación Italiana de Abogados para la Familia y para los Menores hasta abril de 2013, fecha que falleció.

intervenciones del tipo psicológicas y relacionales en apoyo de la copaternidad, sobre todo en los casos de conflictos entre los padres, y una efectiva política de ampliación de los servicios sobre el territorio”.

En sintonía con su pensamiento, los abogados que adhieren a la Asociación miran con preocupación las intervenciones que puedan endurecer, o detallar al extremo, los principios fijados por la ley sobre custodia compartida.

El concepto de la custodia compartida no puede quedar reducida a una separación “científica” al 50% del tiempo entre el padre y la madre.

Es necesario elevarlo a otro plano, a aquel educativo, reafirmando en los hijos que el padre y la madre están comprometidos en sus vidas y están de acuerdo sobre las elecciones que dicen relación con el colegio, el deporte, pasando por la educación y los horarios.

La hipótesis de imponer un doble domicilio, que contiene la propuesta para modificar la ley 54/2006, parece de difícil realización, según la abogada Luisella Fanni, -Vicepresidenta de la Asociación Italiana de Abogados para la Familia y para los Menores- ya que dependerá del nivel de conflicto que estén viviendo los padres separados o divorciados y además de la edad y los hábitos de los hijos.

No le parece justo que, siendo los hijos pequeños, tengan la confusión por tener que saber donde estar y cual será su “hogar”. Gradualmente podrán entender que donde está un padre que los ama, que se preocupa de ellos, allí estará su hogar.

La abogada cita casos en que el cuidado personal compartido ha resultado, con dos hogares, pero con un gran trabajo realizado por parte de los abogados para hacerlos entender: sobre todo a los padres, que no deben de dejar de cumplir con las pensiones de alimentos aunque compartan los tiempos con los hijos, ellos necesitan de mantención siempre; y hacer entender a las madres que los hijos no son de su propiedad y que no existe una competencia exclusiva en el cuidado, sino que se debe hacer parte a los padres [hombres]: ya lo hacían antes de la separación y aquellos que deben aprender a hacerlo.

Ya es un mito pensar que, respecto a la custodia de los hijos, hay que ganar a toda costa.

Para los abogados de la Asociación Italiana de Abogados para la Familia y para los Menores, sí es un mito, están contestes en que la mejor victoria, la mayor de las veces, es aquella en que se encuentra un punto de mediación, en que se hace entender, incluso a los padres más conflictivos, que los hijos tienen el derecho de mantener una relación directa y regular con ambos padres, aquí no hay victorias o derrotas, existe solo la importancia de respetar los propios deberes, más allá de reclamar los derechos.

CONCLUSIONES

Esperamos que el objetivo de este trabajo, haya quedado cumplido.

Esperamos haber recorrido un camino, que en los hechos y doctrina es bastante más largo, analizando los alcances de la Reforma introducida al Código Civil, mediante la Ley N° 20.680 de 21 junio de 2013, en relación al cuidado personal de nuestros hijos

De acuerdo al título de este trabajo “Reforma al Cuidado Personal de los Niños ¿Una Reforma (in)completa?”, y toda la información recopilada, podemos concluir que la Reforma no resultó incompleta pero sí compleja.

Los cambios que se han producido tanto en las familias como en el reconocimiento de los derechos de mujeres, hombres, niños, niñas y adolescentes como seres humanos interdependientes, nos ha llevado a este punto jurídico, dar una mirada igualitaria, más humana respecto a nuestras relaciones, saliendo del estereotipo de definir comportamientos y acercarnos más a nuestra esencia de seres humanos, donde nadie sobra en una sociedad más igualitaria, construyendo relaciones basadas en los acuerdos y beneficios armónicos para todos los integrantes de la familia. Cuando una pareja con hijos se separa, termina la relación entre un hombre y una mujer, pero subsiste la familia, y lo que el legislador además, quiso plasmar fue justamente esa idea y principio, interés superior del niño en el contexto de familia, reforzando inclusive las relaciones con otros parientes cercanos, eso es familia en estos días.

Debemos entender y así apoyados por todos los actores que regulan el Derecho de Familia, que ellos (los hijos) y nosotros (los padres) no vivimos en dimensiones distintas cuando se producen rupturas, sino que debemos ser siempre “nosotros”, donde cada uno asuma sus responsabilidades recíprocas. Mientras los hijos sean menores, la fuerza estará radicada mayormente en los padres, pero a medida que crezcan felices y en armonía familiar, serán adultos que no habrá necesidad de recordarles sus deberes para con sus padres en la ancianidad.

A estas modificaciones hay que observarlas en el tiempo y en conjunto con el interés académico, desarrollo de la doctrina y jurisprudencia, hacer los cambios que sean recomendables, pero en forma oportuna, para no tener que esperar una generación completa de niños “maltratados” por el sistema.

Aquí importan los derechos de padres y madres, pero en la práctica, hay que hacer valer primero los derechos de los niños y su desarrollo integral, en este contexto serán adultos mejores y a su vez mejores padres, madres y quizás parejas.

Creemos que jurídicamente esta reforma, en atención a la pluralidad de tipos de familia que se conforman de acuerdo a la autonomía de la voluntad, debía tener una normativa que basa todas sus decisiones precisamente en la autonomía de la voluntad, evitando traspasar la línea hacia lo judicial. Este sistema de normas basadas en principios [interés superior del niño, igualdad parental y cuidado personal compartido] y donde se reconoce la libertad de los padres es la única forma que vemos para que las familias puedan organizar sus convivencias ya sea con los padres unidos o no.

Tenemos algunos reparos, respecto a los efectos en los niños, que se puedan producir con el cuidado personal compartido, en este punto se requerirá con mayor rigor asesoría de profesionales de la salud, podría resultar poco conveniente, dependiendo de la edad de los hijos, convivencia compartida en distintos hogares, es sabido que la identidad de los niños se forma justamente desde el hogar y no hogares.

Dejamos planteada la duda: ¿Qué pasará con nuestros hijos, en caso de cuidado compartido, cuando tenga un hogar por un período con su madre, otro hogar con su padre y eventualmente cuando los abuelos hagan valer su derecho a relación directa y regular?.

Otro punto a considerar: ¿ Si al existir cuidado personal compartido se hace necesario regular el derecho a tener una relación directa y regular?.

Creemos que es demasiado para un niño, quizás la Ley no debió eliminar la atribución legal supletoria de la madre sino que haberla a lo menos, establecido en forma temporal, mientras los padres solucionan sus problemas de pareja.

No queremos terminar este trabajo, sin antes mencionar, la labor de los abogados en este sentido, creemos que deben existir abogados especialistas en Derecho de Familia, con conocimientos interdisciplinarios, ya que en ellos recaerá el mayor trabajo moral y ético, haciendo valer todo lo que la ley les permita para evitar la judicialización de los derechos de familia y conseguir los mejores acuerdos entre los padres, haciendo siempre presente y repitiendo en todo momento que es el interés superior de sus hijos lo que importa y guía sus decisiones.

“Protegedme de la sabiduría que no llora, de la filosofía que no ríe y de la grandeza que no se inclina ante los niños”

Khalil Gibran