



**“Principios y Eficacia de la ley 20.680: Corresponsabilidad Parental”**

Tesis para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Alumna: María José Frick Fuenzalida.

Profesor Guía: José Luis Díaz Contreras.

Santiago, Chile, Diciembre del año 2015.

Dedicado, a mis profesores, a mis amigos, mi familia, mi jefe y a todos los que hicieron posible y soportaron de mí en estos cinco años de haber cursado la carrera de Derecho.

María José Frick Fuenzalida.

## INDICE

Portada _____	Página 1
Dedicatoria _____	Página 2
Índice _____	Página 3-4
Introducción _____	Página 5
Capítulo I.- (Corresponsabilidad Parental) _____	Página 6
1.1. Breve historia de la ley 20.680 _____	Página 6 a 9
1.2. Objetivos de la ley 20.680 _____	Página 10 a 12
1.3. Conceptos de la ley 20.680 _____	Página 13
Capítulo II.- (Principios Fundamentales) _____	Página 14
2.1. Igualdad Parental _____	Página 14
2.2. Corresponsabilidad Parental _____	Página 14 a 16
2.3. Derecho a la Coparentalidad _____	Página 16 a 17
2.4. Conciliación de Vida y Trabajo _____	Página 17
2.5. Interés Superior del Niño _____	Página 17 a 20
2.6. Problemáticas de los principios en un Chile conservador_	Páginas 21 a 24

Capítulo III.- Modalidades, Formas de Extinguirse y Problemáticas del Cuidado Personal Compartido que establece la Ley 20.680. _____	Página 25
3.1 Historia de la Regla de Atribución Legal en Chile _____	Página 25 a 28
3.2. ¿A quién corresponde el Ejercicio del Derecho? _____	Página 28 a 38
3.3. Perdida del Ejercicio del Derecho _____	Página 38 a 39
3.4. Problemáticas actuales _____	Página 39
Capítulo IV.- Igualdad Parental y Cuidado Personal Compartido versus Litigiosidad, en el Derecho Comparado. _____	Página 40
4.1. Legislación Comparada, respecto del Cuidado Personal _____	Página 40 a 43
4.2. Estadísticas a nivel de Derecho Comparado, respecto a la Litigiosidad de los procesos sobre Cuidado Personal _____	Páginas 43 a 45
Conclusiones _____	Página 46 a 47
Bibliografía _____	Página 48-49

## Introducción

En la presente investigación se analizarán los principios establecidos en la Ley 20.680, que introdujo modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales con el objeto de proteger la integridad de niños y adolescentes en caso de que sus padres vivan separados. Esta investigación busca indagar en qué forma se han aplicado desde la entrada en vigencia de la ley, sus principios fundantes, por los Tribunales de Familia, específicamente, en el Juzgado de Familia de Valparaíso, como asimismo en Centros de Mediación Familiar de la Región, con la finalidad de verificar si aquéllos se condicen con nuestra realidad social.

Al inicio de esta investigación, se verán las ideas directrices y principios que resguarda la Ley 20.680, tales como la Igualdad Parental, la Corresponsabilidad Parental, Derecho a la Coparentalidad, Conciliación de Vida y el Trabajo, y el Interés Superior del Niño.

En este trabajo se establecen las definiciones de cada uno de los principios señalados. Se estudiarán además, los conceptos, modalidades, forma de extinción y problemáticas que la presente ley da respecto a al Cuidado Personal, sea este Compartido, Unilateral o por Terceros.

Finalizaremos con una breve referencia de la aplicación de leyes sobre Corresponsabilidad en el Derecho Comparado, en países como: Austria, Brasil, Argentina y España.

## **Capítulo I.- “Corresponsabilidad Parental”**

### 1.1.- Breve Historia de la Ley 20.680.

Este proyecto fue iniciado gracias al incansable trabajo de organizaciones sociales -como Amor de Papá, que supieron encausar la demanda social por leyes que velen en mejor manera por el interés de los niños y que aseguren, en su beneficio, la presencia permanente de sus progenitores luego de la ruptura matrimonial. El proyecto, de esta forma, desde su origen apuntó a dos propósitos perfectamente consistentes con el principio de interés superior de los niños y de igualdad constitucional.

Por lo tanto, surge como una necesidad social para regular en relación a la tuición compartida, pudiendo los padres establecer previo acuerdo para que este derecho sea igualitario para padre y madre.

El Proyecto de la Ley 20.680, fue ingresado el 12 de junio de 2008 como una moción a la cámara de diputados, por parte de los Diputados Ramón Barros Montero, Sergio Bobadilla Muñoz, Juan Bustos Ramírez, Francisco Chahúan Chahúan, Eduardo Díaz del Río, Álvaro Escobar Rufatt, Jorge Sabag Villalobos, Alejandra Sepúlveda Orbenes, Ximena Valcarce Becerra y Esteban Valenzuela Van Treek.

Los motivos del envío de ésta moción es atendida a la nueva situación social que se está dando en las relaciones familiares en Chile y que es importante atender, y

consiste en el cuidado que debe recibir un menor ante la separación de sus progenitores.<sup>1</sup>

Los parlamentarios en la moción exponen como fundamento a su moción el interés superior del niño.

Este proyecto presentado por los diputados busca fortalecer el cuidado y la integridad del menor y se propone entonces la modificación del artículo 222 del Código Civil, 225 y agregar el artículo 229 estableciendo la definición de Síndrome de Alejamiento Parental. Se introduce el 29 de junio 2010 una moción refundida, en esta moción refundida se pide la sustitución del artículo 225 del Código Civil Chileno, y la derogación del artículo 228 Código Civil.

El 30 de marzo de 2011 el presidente de la República don Sebastián Piñera Echeñique formula una indicación sustitutiva. Estableciendo que es necesario que el cuidado de los menores ante la separación de los padres quede en manos de la madre, pues son ellas las que dedican más tiempo a los hijos, en cambio sugiere el presidente que se podría más bien fomentar la participación de los padres en el cuidado de los menores, pero no estableciendo una situación de igualdad en el cuidado de los niños. Posterior a esto se pide un informe a la Comisión de familia. Ante este informe de la comisión de familia existió una aprobación generalizada por parte de los parlamentarios en avanzar en este proyecto, ya que manifestaron su apoyo en la regulación del cuidado de los hijos y en la igualdad de derechos que ambos padres deben tener respecto de sus hijos. Ante esta situación se decide Aprobar la moción propuesta por la Cámara de Diputados. El 28 de junio de 2011 se pide el Segundo Informe a la comisión de familia, el cual aprueba la modificación, sustracción y derogación de los artículos señalados en la moción parlamentaria.

---

<sup>1</sup> , Biblioteca Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley 20.680, primera etapa de tramitación.

El 22 de junio de 2011 el proyecto pasó al Senado. El senado, antes de pasar a la discusión en sala, decide escuchar a expertos en las materias de familia hizo uso de la palabra la Ministra Directora del Servicio Nacional de La Mujer, señora Carolina Schmidt, para dar a conocer los lineamientos generales de la iniciativa en estudio. Luego de ser dado a conocer los informes y puntos de vista el senado en conjunto con la labor realizada por la Cámara de Diputados ha aprobado dicho proyectos, sometiendo solo dos enmiendas a discusión, aprobando todas las anteriores. Respecto de las enmienda en discusión queda pendiente la modificación del artículo 225 del Código Civil, y tras un receso el Senado aprueba unánimemente la modificación a dicho artículo.<sup>2</sup>

Oficio de Cámara de origen a Cámara Revisora el 12 de marzo de 2013 se aprueban las modificaciones al Código Civil y otros cuerpos legales. Se envía oficio a la Corte Suprema para que se pronuncie sobre los asuntos constitucionales y también sobre el artículo 225 del Código civil.

El 26 de marzo la Corte Suprema remite oficio, negándose a las modificaciones propuestas por la Cámara, previene que la Ministra señora Egnem, "además de lo indicado en el informe en relación al procedimiento, no comparte el contenido de la modificación del artículo 225 del Código Civil, en cuanto consagra Historia de la Ley Nº 20.680 Página 592 expresamente -frente a la separación de los padres-el acuerdo sobre cuidado personal conjunto o alternado del menor, destacándolo al definir el concepto- a su aspecto físico o residencial, lo que considera altamente

---

<sup>2</sup> Biblioteca Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley 20.680 ,segunda etapa de tramitación.

perjudicial para su estabilidad física y emocional y que privilegia, por sobre su bienestar, el interés de los padres.<sup>3</sup>

El 14 de abril de 2013 la corte suprema rechaza las modificaciones y el asunto se va a comisión mixta.

El 10 de junio se vota a favor de las consideraciones propuestas por la comisión mixta sobre la integridad del menor en el caso que los padres vivan separados.

El 11 de junio de 2013 el senado envía documento a la cámara de origen aprobando las enmiendas discutidas en comisión mixta con 75 votos a favor, sin votos de negación ni abstención.

En el trámite de finalización, el 12 de junio de 2013 el Presidente de la República aprueba el texto de la ley.

Finalmente la ley es promulgada el 16 de junio de 2013 y publicada el 21 de junio del mismo año.

---

<sup>3</sup> Biblioteca Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley 20.680, tercera etapa de tramitación.

## **1.2.- Objetivos de la Ley 20.680.**

Los objetivos principales que posee la Ley 20.680, son los siguientes:

1. Reforzar el foco del cuidado personal en el interés superior del niño y no en los derechos de padre y madre.
2. Incentivar la corresponsabilidad de padres y madres en el cuidado del hijo, favoreciendo una participación activa de ellos, a pesar de la separación.
3. Incentivar el logro de acuerdos entre los padres, permitiendo el mejor cuidado de los niños
4. Evitar judicializar el cuidado, evitando el trauma de los juicios para el niño.
5. Entregar mayores facultades al juez para cambiar al titular del cuidado personal: único factor relevante es el interés superior del niño.<sup>4</sup>

### **Los principales aspectos de la presente ley se basan en:**

- 1.- Crea la figura del cuidado personal compartido como alternativa legal para los padres que se separan. Deja en primer lugar a los padres la decisión sobre quién ejercerá el cuidado personal de los hijos: madre, padre o compartido.

---

<sup>4</sup> Servicio Nacional de la Mujer, Gobierno de Chile, Departamento de Reformas Legales, Cuidado Personal Compartido, Pág. 4 y 5..

Asegurar un sistema de residencia del menor que garantice su estabilidad y continuidad. Garantiza la relación sana, estable y regular del hijo con el padre con quién el menor no reside habitualmente, estableciendo un régimen de visita basado en el interés superior del niño, que debe quedar determinado en el mismo instrumento en que se acuerda el cuidado personal.

2.- Mientras no haya acuerdo o decisión judicial sobre quién tiene el cuidado personal, el niño no se institucionaliza sino que supletoriamente se lo entrega a la madre durante el juicio.

3.- Entrega criterios amplios a los jueces para cambiar al titular del cuidado personal del niño: Se altera la regla de maltrato, descuido o causal calificada (de difícil aplicación), por el interés del niño. El juez siempre podrá conferir el cuidado personal al otro padre o radicarlo en uno, cuando “el interés del hijo lo haga conveniente”. El cambio pone el foco en el bienestar del niño y no en la calidad personal de quien ejerce el cuidado personal.

4.- Refuerza la relaciones directas y regulares entre el padre no custodio y el hijo: Define relación directa, regular y personal: “aquella que propende a que el vínculo paterno filial entre el padre no custodio y su hijo se mantenga a través de un contacto personal, periódico y estable”.

Establece la corresponsabilidad como la importancia que ambos padres participen la vida de los niños. Establece el deber del juez de asegurar una relación sana y cercana entre el padre e hijo, tomando en cuenta su edad, necesidades afectivas, etc.

5.- Establece la patria potestad compartida: para padres que viven juntos o tengan el cuidado compartido.

6.- Establece criterios al juez para determinar el interés superior del niño. Bienestar: posibilidades actuales y futuras de entregar al hijo/a estabilidad educativa y emocional;

Estabilidad: Efecto probable de cualquier cambio en la vida actual del hijo o hija. Riesgos o perjuicios que podrían derivarse para este o está en caso de adoptarse una decisión o cambio en su situación actual.

Evaluación del hijo y su opinión, esta última especialmente si ha alcanzado la edad de catorce años.

7.- Establece los factores que debe tomar en cuenta el juez para aprobar un acuerdo de cuidado personal compartido.<sup>5</sup>

Debe tener siempre en cuenta la vinculación afectiva del hijo con cada uno de sus padres; la aptitud de los padres para garantizar su bienestar; el tiempo que cada uno le dedica a los hijos; la evaluación de los hijos; la ubicación del domicilio de los padres, entre otros.

---

<sup>5</sup> Servicio Nacional de la Mujer, Gobierno de Chile, Departamento de Reformas Legales, Cuidado Personal Compartido, Pág. 6 y 7.

### **1.3.- Conceptos.<sup>6</sup>**

Cuidado personal compartido (CPC): Se entiende, como aquel, Sistema de vida familiar post-ruptura de pareja, que permite a ambos padres participar activamente en la vida de sus hijos, compartiendo derechos y deberes, pudiendo en lo que a residencia se refiere, los hijos contar con un hogar principal, o bien residencia alternada por periodos sucesivos de tiempo.

Igualdad Parental: Hombres y mujeres son iguales ante la ley. En Chile se reconoce como un derecho constitucional. (Artículo 19 incisos 2 ° Constitución Política de la República de Chile).

Corresponsabilidad Parental: Padre y madre son responsables conjuntamente sobre las decisiones trascendentales de sus hijos independientes de su status marital o de pareja.

Derecho a la Coparentalidad: Derecho humano de los hijos, a vivir, a estar en permanente contacto, a recibir afecto, atenciones y contención, de parte de ambos progenitores.

Conciliación de la vida y el trabajo: Principio que inspira balancear aspectos de la vida personal con un correcto y eficiente desarrollo laboral por parte de hombres y mujeres, en igualdad de condiciones.

---

<sup>6</sup> Max Celedon Collins, Universidad Austral de Chile, Facultad de Derecho, Reflexiones sobre el Cuidado Personal de los hijos, pág. 1

## **Capítulo II.- Principios Fundamentales.**

En el presente Capítulo se verá en qué consisten cada uno de los principios, que fundan la ley 20.680 y que debemos entender por cada uno de ellos. Cuando hablamos de principios nos estamos refiriendo, a “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad”. En el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que los principios son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

Los principios fundamentales en que se inspira la ley en comento, esto es la Ley 20.680 son los siguientes:

**2.1.- Igualdad Parental:** Hombres y mujeres son iguales ante la ley. En Chile se reconoce como un derecho constitucional (Art.19 inciso 2 de la constitución política de Chile).

**2.2.- Corresponsabilidad Parental:** Padre y madre son responsables conjuntamente sobre las decisiones trascendentales de sus hijos independientes de su status marital o de pareja.

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. Se señala que el principio de la corresponsabilidad parental cobra 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.

En el ámbito de la relación de filiación resulta propio -natural y legalmente- que los padres desempeñen ciertas funciones básicas respecto de sus hijos; nadie discute hoy que ambos tienen responsabilidades en su crianza, desarrollo y educación, aunque por diversas circunstancias no siempre las asuman. La noción de corresponsabilidad parental solo adelanta el modo como se ejerce dicha responsabilidad, así se ha entendido que la corresponsabilidad parental implica, en términos simples, el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres, respecto de sus hijos, tanto en el plano personal como en el patrimonial.

Cuando los padres viven juntos esa responsabilidad se da en el ámbito de sus acuerdos personales; cuando se separan puede modificarse la forma de ejercer ciertos derechos, deberes o facultades, pero siguen siendo igual y conjuntamente responsables. Por ello, en palabras del presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, “el principio de corresponsabilidad es un criterio que servirá para modelar las conductas de los padres y su ejercicio

del cuidado personal, especialmente en el caso de los padres que se encuentran separados.” (1)

“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.”(Artículo 224 del Código Civil Chileno).<sup>7</sup>

De esta manera se establece el principio de Corresponsabilidad en la Educación y Crianza de los Hijos , es decir, la toma de decisiones que verse sobre dichos conceptos será efectuadas de manera conjunta.

**2.3.- Derecho a la Coparentalidad:** Derecho humano de los hijos, a vivir, a estar en permanente contacto, a recibir afecto, atenciones y contención, de parte de ambos progenitores.

En este ámbito es posible identificar tres posiciones: <sup>8</sup> las que equiparan coparentalidad y corresponsabilidad parental; las igualan custodia compartida y coparentalidad y las que entienden la coparentalidad con un sentido propio distinto e independiente, aunque relacionado con la corresponsabilidad parental y con la custodia compartida.

Para la primera corriente una relación de coparentalidad puede ser definida como aquella en la que los dos progenitores interaccionan positivamente, cooperan entre sí y mantienen una relación de apoyo mutuo centrada fundamentalmente en la crianza de los hijos e hijas, estando ambos implicados activamente en las vidas de sus hijos, el foco del principio está puesto en los progenitores.

La segunda habla indistintamente de custodia compartida y coparentalidad como términos sinónimo.

---

<sup>7</sup> Código Civil, Republica de Chile, Editorial Andrés Bello, Art. 224.

<sup>8</sup> Marcela Acuña San Martín, Revista de Derecho , El Scielo, El Principio de Corresponsabilidad Parental, Volumen 20, Numero 2, Año 2013.

La tercera, a la que me voy a referir concretamente por considerar que es la línea mas adecuada, da cuenta de un principio con fisonomía propia. La realidad descrita se encuentra plasmada en algunos estudios que evidencian un cierto carácter polisémico de la palabra y aluden por tanto a diversos enfoques de la coparentalidad, así se reconocen a lo menos tres conceptos: coparentalidad como custodia compartida; coparentalidad como corresponsabilidad parento-filial; y coparentalidad centrada en el interés superior del niño.

La coparentalidad sería un derecho del niño al cuidado y educación habitual de ambos progenitores y a relacionarse con sus dos progenitores, cuyo contenido se concreta en mantener un contacto frecuente con ellos, a pesar de la separación de estos. En un sentido negativo pero concurrente, se ha entendido como el derecho del niño a no ser separado de sus padres, derecho conforme al cual el interés superior del menor reclama que el niño crezca en compañía de ambos padres y que cada uno de ellos cumpla sus respectivos e igualmente importantes papeles en la crianza del hijo, salvo, cuando circunstancias particularmente graves autorizan la separación por ser contrarias a aquel interés.

**2.4.- Conciliación de la Vida y Trabajo:** Principio que busca equilibrar aspectos de la vida personal con un correcto y eficiente desarrollo laboral por parte de hombres y mujeres, en igualdad de condiciones.

**2.5.- Interés Superior del Niño:** El principio rector en esta materia es sin duda el interés superior del niño, que de acuerdo al artículo 222, es lograr “la 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”<sup>9</sup>. En un sentido similar, Cillero señala que <sup>10</sup>“es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios

---

<sup>9</sup> Código Civil, Republica de Chile, Editorial Andres Bello, Art. 222.

<sup>10</sup> Miguel Cillero Bruñol, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

derechos; interés y derecho en este caso se identifican. Es decir, el principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no construye soluciones jurídicas desde la nada, sino en estricta sujeción, no sólo en la forma también en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente”

Para Encarna Roca (2) “el interés del menor se identifica con la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico atribuye, con la categoría de fundamentales a las personas. Por ello, la regulación que implemente este principio, las resoluciones judiciales que deban decidir en relación con problemas planteados por menores, no se encuentra con un concepto vacío, puesto que su contenido consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que por sus condiciones de madurez, no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para reclamar su efectividad”.<sup>11</sup>

Pero se encuentra presente en todo nuestro ordenamiento jurídico. Es un principio inspirador de diversas disposiciones del Código Civil, como los artículos 222 inciso 2º, 225, 225-2, 226, 229, 234, 240, 242, 244, 245, 268 y 272. La Convención sobre los Derechos del Niño<sup>14</sup>, en su artículo 3º, señala que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. La ley que crea los Tribunales de Familia N° 19.968, señala en su artículo 16 inciso 2º, que el “interés superior del niño, niña o adolescente, es el principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”. En la Ley N° 19.620, que Dicta Normas sobre Adopción de Menores, establece explícitamente,

---

<sup>11</sup> Cristian Lepin Molina, Revista “ El Scielo”, Los Nuevos Principios del Derecho de Familia, Volumen 23, Santiago, Año 2014.

al señalar en el artículo 1º: “la adopción tiene por objeto velar por el interés del adoptado” y reiterarlo en los artículos 3º y 15, inciso 3º.

En la Ley Nº 19.947 Nueva Ley de Matrimonio Civil, se consagra como uno de sus principios informadores, en su artículo 3º, según el cual “Las materias reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos...”.<sup>12</sup> Además, lo reitera la misma idea en los artículos 27 inciso 2º, 36 y 85 inciso 2º.

La Ley Nº 20.084, que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, también incorpora el principio en su artículo 2º, al señalar que “en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos”.<sup>13</sup>

De esta forma, el interés superior inspira toda la normativa sobre las relaciones paterno-filiales, pero también es fuente de orientación, para la interpretación de las normas y para resolver conflictos de normas o colusión de derechos.

En este sentido, Cillero ha señalado que este principio tiene una triple función: “es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no sólo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la

---

<sup>12</sup> Ley 19.947, Republica de Chile, Artículo 3.

<sup>13</sup> Ley 20.084, Republica de Chile, Artículo 2.

vida democrática”<sup>14</sup>. Un avance en esta materia es el contenido que la jurisprudencia pueda dar a los criterios establecidos en el artículo 225-2 del Código Civil, para el establecimiento y ejercicio del régimen de cuidado personal y para determinar el régimen de relación directa y regular.

En relación a los principios ya señalados, es necesario realizar un análisis, respecto a nuestra sociedad, Chile Siglo XXI, situación actual de Chile, respecto a estos principios.

---

<sup>14</sup> Miguel Cillero Bruñol, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

## **2.6. Problemáticas de los principios en la actualidad de un Chile conservador.**

Es necesario un análisis de las condiciones de nuestro Chile, Siglo XXI , que la fecha no hacen posible quizá, los principios en que se inspira la ley 20.680.

- a) No existe igualdad parental:** Artículo 225 del Código civil establece que a falta de acuerdo, son las madres quienes automáticamente tienen cuidado personal de los hijos. En la práctica se fomenta un sentimiento de propiedad en las madres y un sentimiento de alejamiento en los padres.
  
- b) Corresponsabilidad parental muy limitada:** Los padres son Corresponsables sólo en lo que a aportes pecuniarios se refiere. En conjunto con el punto anterior, se perpetúa el paradigma de hombre proveedor y mujer cuidadora de hijos.
  
- c) Frágil coparentalidad:** Si bien es cierto, que el Art.229 del código civil, regula el derecho-deber de relación directa y personal, en la práctica, los incumplimientos por parte del progenitor custodio no se castigan punitivamente (a diferencia del no pago del aporte pecuniario) y el sistema genera indolencia para este tipo de situaciones. Modelo fomenta la padrectomía y en casos extremos el síndrome de alienación parental (SAP).
  
- d) Escasa conciliación de vida y trabajo, en particular hacia las mujeres:** Se perpetúa el estigma de que mujeres son siempre las guardadoras de los hijos menores de edad, con el consiguiente prejuicio y perjuicio social para que puedan desenvolverse en el mundo laboral en igualdad de condiciones que el género masculino. Se perpetúa el concepto de la “super mamá” . Esto repercute directamente en la tasa de inserción laboral femenina y en su nivel de ingresos.

Si bien es cierto el legislador a tendido, durante el último tiempo a impulsar numerosas reformas, para igualar la posición laboral y en la vida en general del hombre y la mujer, nuestra sociedad chilena actual a la fecha, considero aun no se encuentra preparada para el ejercicio integro de los derechos que se han tratado de igualar, en específico para el cambio de roles o bien equilibrio de roles parentales dentro de la familia.

Es entonces a través de estos principios que el legislador a modificado las normas del Código Civil, que regían desde 1857, a través de la Ley 20.680, que en su artículo 225, que reemplaza al antiguo 225 del Código Civil, nos señala en qué consiste el Cuidado personal Compartido, indicando:

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

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

A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo. En cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226.

En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres. Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el artículo 229. Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros."<sup>15</sup>

Con la situación actual, socio-cultural de nuestra nación, que hemos expuesto en relación a los principios que funda la presente ley en estudio (20.680); Claro está que en nuestro país se ha creado un debate social no menos importante respecto a la igualdad real o material entre los progenitores, como también ha ocurrido en otras legislaciones, donde el tema en cuestión ha sido controversial desde sus inicios.

Si bien, como aspecto positivo claramente nos encontramos con una ley que ha deseado en todo momento fortalecer la corresponsabilidad de ambos padres en el deber de cuidado para con los hijos, es menester señalar que la misma no logra satisfacer los requerimientos reales que acontecen en el diario vivir de una sociedad que no está educada en la "política de los acuerdos".

La modificación efectuada es derechamente ilusoria, ya que como sabemos, la materialización de la norma sólo dependerá de la voluntad de las partes, como criterio de atribución preferente, si no existe el deseo de que ello se concrete volvemos al origen del problema, uno de los padres detendrá el cuidado personal mientras que el otro será quien reclame el derecho que la misma ley le concede a mantener un régimen de relación comunicacional con el niño, esto el ya conocido

---

<sup>15</sup> Código Civil, Republica de Chile, Editorial Andrés Bello, Artículo 225.

criterio de atribución legal supletorio que ya veremos, o incluso exigir el cuidado personal, transformándose en una lucha de egos de padres que quieren apoderarse de sus hijos, perdiendo el sentido de lo que la ley ha protegido en todo momento, el interés superior del niño, desvirtuando este principio en lo que visualizamos como “el interés superior de los padres” , por cuanto la norma deja de ser eficiente.

Lamentablemente y desde mi perspectiva el espíritu de nuestro legislador pierde certeza y por ello la norma su eficacia.

### **Capítulo III.-Modalidades, formas de extinguirse y problemáticas de Cuidado Personal que establece la Ley 20.680**

En términos prácticos ¿para qué sirve este derecho? Quien tiene el cuidado personal de su hijo tiene el deber de criarlo y educarlo, lo que en la práctica importa decisiones en el ámbito de la salud, tratamientos médicos, elección y permisos en el colegio, elección de la religión para educar al niño, etc. Además, quien tiene el cuidado personal de un niño tiene también la patria potestad. Tiene, por tanto, la representación legal del niño y el derecho de goce y administración de sus bienes.

#### **3.1. Historia Regla de atribución legal en el Chile.**

La Historia de la regla de atribución legal en el derecho chileno El Código Civil chileno siempre había ofrecido una regla de atribución legal del cuidado personal de los hijos. Sin embargo, ésta fue evolucionando en distintos sentidos. En primer lugar, se expandió la aplicación de aquella a otras hipótesis que originariamente no estaban contempladas. Por otra parte, la regla ha evolucionado también en lo que se refiere a la edad y sexo de los hijos para determinar a quién de los padres corresponderá la tuición.

Finalmente, ha experimentado cambios en cuanto a la mitigación de los criterios de inhabilidad que afectaban a los padres, en especial a la madre. Así, el primer antecedente de esta regla se encuentra en el Código Civil de 1855, que en su artículo 223 otorgaba a la madre el cuidado de los hijos menores de 5 años e hijas de toda edad, mientras al padre correspondía la tuición de los hijos varones mayores de 5 años. A pesar que esta norma sólo se aplicaba para los casos de divorcio, la jurisprudencia la hizo extensiva a los supuestos de separación de hecho y nulidad de matrimonio, introduciendo un factor de inseguridad en el marco legal aplicable a los problemas de tuición. Por otra parte, este artículo también

operaba como criterio de atribución judicial, por lo que el juez cuando intervenía en estas materias debía acudir a dicha norma. En cuanto a las inhabilidades, conforme al antiguo artículo 223, la tuición de todos los hijos, varones y mujeres de cualquier edad, pasaba por atribución del juez al padre, cuando por la depravación de la madre, fuera de temer que se pervirtieran, hecho que se presumía siempre, si por su adulterio se había dado lugar al divorcio.

Luego, en 1935 se dictó la Ley 5.680, que elevó la edad de los hijos varones a 10 años, por lo que a las madres pasó a corresponder la tuición de todos los hijos menores de 10 años y de las hijas de toda edad, manteniéndose, al igual que lo hacía la ley anterior, su aplicación sólo para el supuesto de divorcio, sin perjuicio de la aplicación extensiva que hacía la jurisprudencia.

En 1952 se dictó la Ley 10.271, que vuelve a modificar la regla legal, otorgando la tuición de los hijos de ambos sexos, menores de 14 años a las madres, pasando a continuación de dicha edad a los padres. El motivo de este cambio se debió, a que el legislador consideró que la opinión del menor era importante para la modificación de la tuición, por lo que se estimó que para ello era conveniente que el menor tuviera discernimiento y capacidad para tomar una decisión razonada, lo que no le era posible antes de llegar a la pubertad. Por otra parte, esta Ley solucionó, en cierta medida, la inseguridad de qué norma aplicar frente a otras hipótesis distintas del divorcio, ya que explícitamente extendió esta regla a los supuestos de nulidad del matrimonio. Además, a partir de esta Ley, la inhabilidad en que incurría la madre por adulterio ya no era considerada una presunción de Derecho, sino sólo un hecho del juicio que podía servir de base para una presunción judicial, lo que también se hizo extensivo al padre, equiparándose los efectos del adulterio entre los padres.

De lo dicho hasta ahora, es posible apreciar que poco a poco se fueron expandiendo las hipótesis de aplicación de la regla de atribución legal, sin embargo este aspecto sufrió un cambio significativo el año 1962 con la dictación de una normativa especial, la Ley 14.907 sobre protección de menores, que en su artículo 24 hizo aplicable la regla del entonces artículo 223 a todos los casos

posibles de rupturas familiares: divorcio, separación de hecho, nulidad e, incluso, supuestos de filiación no matrimonial con hijos reconocidos como no reconocidos por sus padres. Sin embargo, esta Ley no sólo introdujo esta innovación, sino que añadió una causa adicional de inhabilidad al establecer que el juez no podría confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

De este modo, esta norma venía a terminar con la práctica que consistía en demandar la tuición de los hijos para enervar el apremio dirigido contra el padre por no pago de alimentos.

Posteriormente, en 1989 se dicta la Ley 18.802 que reemplaza nuevamente el texto original del Código, otorgando a la madre el cuidado de todos los hijos menores de edad y derogando la norma que atribuía al padre el cuidado personal de los hijos varones desde los catorce años de edad. Entre las motivaciones de este cambio se esgrimió que era más importante la madre en la crianza y educación de los hijos; y que era conveniente para no separar al niño de sus hermanos. Por otra parte, esta ley además elimina definitivamente el adulterio como antecedente de importancia para resolver sobre la inhabilidad de los padres para ejercer la tuición.

En 1998 entra en vigencia la Ley 19.585, en la cual se mantuvo la regla de atribución legal que daba la preferencia a la madre sin distinción de sexo ni edad del hijo, pero se estableció que ella tendría el carácter de supletoria de la voluntad de los padres, por tanto se introdujo que el primer mecanismo de atribución del cuidado personal es el acuerdo entre los padres. Además, esta ley agregó que el criterio de atribución judicial para modificar la atribución legal como también la convencional es el principio del interés superior del niño.

Finalmente, el año 2013 la Ley 20.680 modifica transcendentemente la regla de atribución legal que históricamente daba preferencia a la madre a la hora de otorgar el cuidado personal de los hijos a falta de acuerdo entre los padres. Así, se

establece en el inciso 3° del artículo 225 del Código, que a falta de dicho acuerdo, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo. Además, esta ley eliminó la inhabilidad del padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro pudiendo hacerlo, estableciendo que este antecedente podrá ser considerado por el juez al momento de atribuir la tuición pero en conjunto con otros aspectos y no sólo de manera exclusiva.

### **3.2. ¿A quién corresponde el ejercicio del derecho?**

Regla General: A los padres. Hay que distinguir:

Si los padres viven juntos: Ambos ejercerán el cuidado personal de los hijos.

Si uno de los padres fallece: Al padre o madre sobreviviente.

Si el hijo ha sido reconocido solo por uno de sus padres: Al padre o madre que lo haya reconocido.

Si el niño o niña no ha sido reconocido: El juez determina.

Si los padres viven separados: La madre, salvo que ambos padres hayan acordado lo contrario por escritura pública o por acta extendida ante oficial del registro civil, que debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento de hijo. Este acuerdo puede revocarse cumpliendo con las mismas solemnidades.

Mientras la inscripción no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.

Es importante que las partes acuerden la forma en que el padre que no tiene el cuidado personal de su hijo ejerza el derecho/deber de mantener una relación directa y regular. Si no hay acuerdo, debe recurrirse ante tribunales.

Excepción: Consanguíneos. En caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, el juez puede confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, en cuya elección se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo a los ascendientes (abuelos).

### **Ley 20.680 (resumen) Cuidado Personal, formas de atribución**

Regla general: padres viven juntos (art. 224)	CP corresponde a ambos
Excepciones: padres viven separados (art. 225)	1° Atribución convencional: unilateral o compartida
	2° Atribución legal: quien convive con hijos
	3° Atribución judicial: unilateral solamente

**a) Atribución convencional.** Su ubicación en el artículo 225 nos recuerda la preferencia del legislador por privilegiar los acuerdos en desmedro de la judicialización de este tipo de conflictos. Dichas convenciones incluyen la posibilidad de un Cuidado Personal Compartido, estableciéndose en el inciso 2° lo que se entiende por él y asociándolo directamente al mencionado principio de corresponsabilidad. En estos casos, el legislador estableció que junto a la determinación del Cuidado Personal Compartido, los padres necesariamente deberán incluir la regulación de un régimen relacional que otorgue contenido al derecho-deber de mantener una relación directa y regular. Esto deberá ser explicado a las partes en las mediaciones que versen sobre estas materias, para que tengan en cuenta el marco legal vigente y así evitar dilaciones innecesarias en la tramitación judicial del acuerdo, en caso que el juez rechace la presentación por estar incompleta.

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

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

En relación a las letras a), b) y c) anteriores, el mismo artículo señala que el acuerdo “deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento”.<sup>16</sup> Y más adelante, complementa lo anterior estableciendo que “mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros”.

Es importante destacar que un juez de familia no podrá determinar un Cuidado Personal Compartido, ya que la propia normativa no contempla esta posibilidad.

En efecto, de acuerdo a lo señalado en el art. 225 inciso 6°, el juez solamente podrá modificar un Cuidado Personal Unilateral otorgándolo al otro padre o madre, exclusivamente, o bien, uno compartido en el mismo sentido.

En el caso específico de las actas de mediación familiar, hay argumentos que, en opinión de la Unidad de Mediación<sup>17</sup>, permiten afirmar que se puede homologar válidamente acuerdos de Cuidado Personal Compartido mediante actas de mediación, aprobadas judicialmente, a pesar de no haber sido mencionadas expresamente por el nuevo art. 225.

Ahora bien, el Cuidado Personal Compartido, como institución de parentalidad, otorga a las partes la posibilidad de definir autónomamente un sistema de

---

<sup>16</sup> Código Civil, Republica de Chile, Editorial Andrés Bello, Artículo 225.

<sup>17</sup> Unidad de Mediación, Ministerio de Justicia, Gobierno de Chile, Informe Ley de Corresponsabilidad (20.680), Páginas 7,8 y 9.

residencia, comunicación y toma de decisiones con libertad, teniendo siempre en cuenta y primordialmente los principios de corresponsabilidad y de interés superior de los hijos.

La determinación de este régimen de Cuidado Personal incluirá, como lo quiso enfatizar el legislador, la reglamentación del sistema de residencia de los hijos, cuestión que deberá atender a asegurar una adecuada estabilidad y continuidad.

Este sistema hace alusión tanto al lugar geográfico donde pernoctarán los hijos, así como también a la rotación o cambio periódico que pudiese establecerse, siempre en base al interés superior del niño y las mejores condiciones atendida su condición particular.

En caso que las partes determinen un Cuidado Personal unilateral, el padre o madre que no quede como titular de este derecho, no podrá desentenderse de sus obligaciones parentales, las cuales subsistirán por dos motivos, esencialmente: el primero, por los principios de corresponsabilidad y de interés superior del niño, ya mencionados. El segundo, por lo establecido en el art. 43 de la Ley de Menores, según el cual “La pérdida o suspensión de la tuición [Cuidado Personal] de los menores no importa liberar a los padres o guardadores de las obligaciones que les corresponden de acudir a su educación y sustento”.<sup>18</sup>

**b) Atribución legal.** El inciso tercero de este nuevo artículo 225 regula la posibilidad que no exista acuerdo, escenario en que la ley establece que el Cuidado Personal de los hijos quedará a cargo del padre o madre con quien conviven, sin establecer preferencia explícita por ninguno de los dos, como lo hacía el antiguo art. 225. En caso que las partes hayan asistido a mediación, una vez que cuenten con el respectivo certificado de mediación frustrada, podrán concurrir a un tribunal de familia a iniciar una demanda. En cuanto a la determinación y prueba de la convivencia, es una materia que deberá ir ajustándose en la práctica en base a los criterios de los tribunales, ya que la ley no se refirió con mayor detalle sobre este aspecto.

---

<sup>18</sup> Ley 16.618, Artículo 43, Republica de Chile.

**c) Atribución judicial.** Finalmente, el inciso 6° del art. 225 abre la posibilidad para que, en cualquier momento el juez determine algo diferente, pero siempre teniendo presente: a) circunstancias especiales que pudiesen surgir; b) el interés superior de los hijos; c) la obligación de definir un régimen comunicacional de oficio; y d) la posibilidad que otorga el art. 226 de entregar el Cuidado Personal a un tercero.

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

Complementando las tres alternativas señaladas previamente para el otorgamiento del Cuidado Personal, en su determinación el legislador ha establecido un nuevo art. 225-2, que permite tener referencias concretas de los distintos aspectos que constituyen en la práctica el ejercicio legítimo de este derecho y que los jueces tendrán a la vista al momento de aprobar o rechazar actas de mediación en que se regule esta materia. Así, es relevante que los mediadores/as estudien el listado contenido en este nuevo artículo y definan estrategias para promover que las partes revisen dichos elementos.

## Constitucionalidad de la Norma de Atribución Legal.

En materia de cuidado personal de los hijos, una de las principales discusiones que se suscitó a nivel doctrinal como jurisprudencial, con posterioridad a la reforma de la Ley 19.585, fue la referida a la constitucionalidad de la regla de atribución legal que daba preferencia a la madre. Así, había quienes cuestionaban la constitucionalidad del antiguo artículo 225 inc. 1° desde un doble punto de vista. El primero, hacía referencia a que esta norma vulneraba el principio de igualdad ante la ley y prohibición de toda discriminación arbitraria, consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República,<sup>19</sup> y el segundo se refería a la infracción del interés superior del niño, niña y adolescente, principio que adquiere carácter constitucional, en virtud del artículo 5° inc. 2° de la Constitución Política de la República <sup>20</sup>en relación especialmente con los artículos 3<sup>21</sup> y 9 <sup>22</sup>de la Convención sobre los derechos del niño.

---

<sup>19</sup> Constitución Política de la República, Artículo 19. Numero 2 “La Constitución asegura a todas las personas: 2º.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.”

<sup>20</sup> Constitución Política de la República, Artículo 5, Inciso 2º, “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

<sup>21</sup> Convención sobre Derechos del Niño, Artículo 3, “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

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

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

<sup>22</sup> Convención sobre Derechos del Niño ,Artículo 9, “1. Los Estados Partes velarán por que 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.

En cuanto al principio de igualdad, se indicaba que al entender la regla de atribución legal como un derecho subjetivo de la madre del que sólo podía ser privada a título de sanción, se producía una discriminación hacia el padre, quien igualmente tiene derecho al cuidado de los hijos. De este modo, con la antigua regla se vulneraba la Constitución, en cuanto ésta establece que hombres y mujeres son iguales ante la ley, y que ni la ley ni autoridad alguna pueden establecer diferencias de carácter arbitrario. En este mismo sentido, los detractores de la norma reconocían que dicho principio no excluye la existencia de diferencias, sino solo aquellas que son arbitrarias, por lo que se apuntaba a tal carácter para demostrar la inconstitucionalidad de la regla de preferencia materna. Así, se planteaba que era necesario someter a la norma a un doble análisis para poder determinar su arbitrariedad: el test de razonabilidad y de proporcionalidad.

Por otra parte, se señalaba que la antigua regla junto con contravenir el principio de igualdad formal, vulneraba una dimensión especial de la igualdad, esto es, la igualdad material o real, la cual busca hacer realidad el principio consagrado normativamente. En este sentido, se indicaba que la norma en cuestión transgredía ciertos y determinados artículos contenidos en Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile que se encuentran vigentes. Entre estos se nombraban los artículos 3° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>23</sup>, y del Pacto Internacional de Derechos Sociales,

---

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 esté 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 se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.”

<sup>23</sup>Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 3, “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

Económicos y Culturales ; el artículo 17 inciso 4° del Pacto de San José de Costa Rica<sup>24</sup> ; el artículo 6° de la Convención de Belem do Para<sup>25</sup>; y principalmente los artículos 1°<sup>26</sup> y 16 letras d) y f) <sup>27</sup>de la Convención sobre la eliminación de todas

---

<sup>24</sup> Pacto de San José de Costa Rica” Artículo 17,  
**Protección a la Familia**

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

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.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”

<sup>25</sup> Convención De Belem Do Para, Artículo 6, “El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y

b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.”

<sup>26</sup> Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Artículo 1, “A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”

<sup>27</sup> Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer ,Artículo 16, 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

las formas de discriminación contra la mujer , en la que se establece que una norma puede aparentemente proteger a la mujer pero en sus resultados discriminarla, es por esto que los Estados Partes deberán adoptar medidas y asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, teniendo siempre en consideración el interés de los hijos como primordial en las materias en que ellos se vean involucrados. Asimismo, en aquella Convención se señalaba que el estereotipar del papel de las mujeres y los hombres, el padre como el proveedor y la madre como la encargada de los hijos y del hogar, no constituía un criterio adecuado para asegurar un equilibrio entre los derechos y deberes familiares del hombre y de la mujer. De este modo, a partir de estas disposiciones, finalmente se concluía que, desde la perspectiva de la igualdad material, la regla legal consagraba una falsa discriminación positiva a favor de la mujer, fundada en prejuicios y estereotipos.

Por otro lado, en relación al principio del interés superior del niño, se señalaba que la regla de preferencia materna no satisfacía tal principio, por lo tanto carecía de idoneidad, ya que conforme a los principios generales que inspiran la legislación de familia y, en especial, conforme a los postulados de la Convención de los Derechos del Niño, el criterio para establecer la idoneidad de una norma rectora en materia de atribución del cuidado personal, no podía ser otro que el interés superior del niño . Además, se agregaba que una presunción de esta naturaleza a favor de uno de los padres, en este caso de la madre, podía favorecer a que el niño sea utilizado, en la separación, como una “pieza táctica” en la negociación económica de los progenitores, puesto que la madre obstaculizará la relación del padre con sus hijos, de no satisfacer sus necesidades económicas, lo que a la larga terminará afectando el bienestar de los niños.

Por otro lado, en cuanto a la redacción actual de la regla de atribución legal, con ella se superaría la discusión en torno a su constitucionalidad, ya que al optarse por un criterio práctico, esto es, con quien se encuentra conviviendo el menor al

---

momento de la separación, ya sea este el padre o la madre, eliminándose por tanto la preferencia materna, se igualan las condiciones de ambos padres sin que ninguno de ellos parta de una posición más favorable a la hora de atribuirse la tuición. De este modo, a pesar que la reforma de la Ley 20.680 mantuvo un sistema de cuidado personal unilateral a nivel de asignación legal, con el cambio de criterio se reconoce la idoneidad de ambos padres para ejercer roles de cuidado y educación sobre sus hijos, es decir, se avanza en cuanto a la igualdad parental, lo que es coherente con la incorporación expresa del principio de corresponsabilidad en el artículo 224 inc. 1° del Código Civil.<sup>28</sup>

Asimismo, se ha indicado que la modificación es acertada, ya que es concordante con la tendencia prevaleciente observada en la jurisprudencia de los últimos años, además de justificarse en el cambio del eje del sistema de la infancia en que el principio de la igualdad de los padres es una de las manifestaciones del principio del interés superior del niño, ya que la igualdad de los padres no solo afectaría la asignación de las facultades y derechos de filiación de ambos progenitores, sino que vendría a determinar el contenido del ejercicio de éstos, lo que propende al desarrollo integral de los hijos. Agregándose en este sentido, que aquello es coherente con lo implementado en el derecho comparado, en que se establecen sistemas que se inclinan hacia la igualdad de facultades y derechos de los padres. De esta manera, la regulación actual otorga el cuidado personal de forma exclusiva a uno de los padres, compatibilizando los principios del interés superior del niño e igualdad de los padres, conforme a un Derecho de la Infancia moderno.

A pesar de lo señalado, hay quienes han sostenido que la regla actual de atribución legal seguiría dando preferencia a la madre, sólo que se establece con una redacción distinta, ya que en la mayoría de los casos sería la madre la que se quedaría conviviendo con los hijos. Al mismo tiempo, se ha señalado que esta regla podría dar lugar a problemas interpretativos, debido a que antes de la

---

<sup>28</sup> Código Civil, Artículo 224, inciso 1° "Art. 224. Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos."

separación de los padres usualmente los hijos conviven con ambos, generándose la duda entonces de con quien se entenderá conviviendo . Sin embargo, dado el corto tiempo transcurrido desde la introducción de la regla (junio de 2013), no existen estadísticas que proporcionen evidencia de tales afirmaciones. En todo caso, en relación al segundo argumento dado, se ha establecido que será la jurisprudencia la que determinará que se entiende por “conviviendo”; tampoco se hace cargo del caso en que los niños conviven con sus abuelos, ya que solo hace referencia al “padre o madre con quien estén conviviendo” sin señalar a terceros, como si lo hacía la redacción propuesta por el Senado en la tramitación del proyecto de ley, lo que podría significar una alteración en la estabilidad de los niños, mas aun considerando que es una situación frecuente en Chile, dado los altos índices de embarazos adolescentes.

### **3.3. Pérdida del ejercicio del derecho.**

1).- Entrega al otro de los padres. La ley entiende que hay interés indispensable del hijo(a) cuando existen casos de: maltrato, descuido, otra causa calificada Si se acredita uno o más de estos supuestos, procede que el Tribunal haga entrega del cuidado personal al otro de los padres, por estimar que el interés del hijo(a) lo ha hecho indispensable. Ahora bien, el juez no puede confiar el cuidado personal del hijo(a), al padre o madre que no contribuyó a su mantención mientras estaba al cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

2).- Entrega a un consanguíneo. El juez podrá confiar el cuidado personal de los hijos a otra personas o personas competentes, en caso de existir inhabilidad física o moral de ambos padres, prefiriendo en su elección a los consanguíneos más próximos, y sobre todo a los abuelos. Se entiende que los padres están inhabilitados física o moralmente cuando:

\*Estuvieren incapacitados mentalmente;

\*Padecieren de alcoholismo crónico;

\*No velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;

\*Consintieren que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca, o a pretexto de profesión u oficio;

\*Hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;

\*Maltrataren o dieran malos ejemplos al menor, o cuando la permanencia de este en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;

\*Cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.

### **3.4. Problemáticas Actuales.**

Estos son los principales problemas de nuestra legislación actual en Materia de Cuidado Personal, respecto a la ley 20.680 , y que son los siguientes:

1. Impide que los padres acuerden formalmente el cuidado personal compartido del hijo: para algunas familias puede ser la mejor alternativa.

2. Jueces no se consideran con atribuciones para aprobar acuerdos de tuición compartida o alternada alcanzados en procesos de mediación obligatoria o por convenciones reguladoras de separación o divorcio.

3. Jueces continúan resolviendo juicios con la creencia que la tuición de la madre es obligatoria y que solo se puede modificar ante la presencia de un hecho gravísimo en contra del hijo. No lo es desde la Ley 19.585, de 1998.

4. No permite una Relación frecuente y regular entre el hijo y el padre: la práctica judicial ha llevado a que las visitas con el padre sean solo de fin de semana por medio y la mitad de las vacaciones lo que no le permite involucrarse en la crianza.

## **Capítulo IV.- Igualdad Parental y Cuidado Personal Compartido versus Litigiosidad, en el Derecho Comparado.**

### **4.1. Legislación Comparada, respecto al Cuidado Personal**

**En Argentina**, los aspectos personales se encuentran vinculados a los patrimoniales bajo el concepto de patria potestad. Su ejercicio es realizado de forma conjunta entendiendo que existe un derecho de oposición si el otro padre está en desacuerdo.

La base es el artículo 264, "Título III De la patria potestad, Artículo 264. La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. Su ejercicio corresponde:

1ro. En el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado. Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el Artículo 264, quater, o cuando mediare expresa oposición;

2do. En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación;

3ro. En caso de muerte de uno de los padres, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad, o suspensión de su ejercicio, al otro;

4to. En el caso de los hijos extramatrimoniales, reconocidos por uno solo de los padres, a aquel que lo hubiere reconocido;

5to. En el caso de los hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos padres, a ambos, si convivieren y en caso contrario, a aquel que tenga la guarda otorgada en forma convencional, o judicial, o reconocida mediante información sumaria;

6to. A quien fuese declarado judicialmente el padre o madre del hijo, si no hubiese sido voluntariamente reconocido.”<sup>29</sup>

Sin embargo, una definición más precisa se encuentra en el artículo 265, que se refiere directamente al cuidado de los hijos.

“Artículo 265. Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios.”<sup>30</sup>

En cuanto a la separación de los progenitores, la reglamentación argentina establece un criterio de edad para el otorgamiento del cuidado personal.

**En Brasil**, no se define el cuidado personal propiamente tal, sino que señala que los hijos se encuentran sometidos al poder familiar. Una vez separados los padres se reglamenta cuidadosamente la posibilidad de la guarda conjunta o exclusiva, pudiendo decretarse a solicitud de uno de los progenitores o vía judicial con oposición de ambos padres.

“Poder de la familia. Sección I Disposiciones Generales. Sección 1630. Los niños están sujetos al poder de la familia como menores de edad.

Sección 1631. Durante el matrimonio y estable, que es el poder conocer a los padres, en ausencia o incapacidad de uno de ellos, el otro con el ejercicio exclusividad. Parágrafo sola. Desvío de los padres en cuanto al ejercicio del poder

---

<sup>29</sup> Código Civil de la República de Argentina, Libro Primero , De las Personas, Sección Segunda , De los derechos personales en las relaciones de familia, Título III, De la Patria Potestad, Artículo 264.

<sup>30</sup> Código Civil de la República de Argentina, Libro Primero , De las Personas, Sección Segunda , De los derechos personales en las relaciones de familia, Título III, De la Patria Potestad, Artículo 265.

de la familia está asegurada cualquiera de ellos recurren a los tribunales para resolver el desacuerdo.

Sección 1632. La separación legal, divorcio y la disolución de estable no cambiar en las relaciones entre padres e hijos, pero a la derecha, que se ajusta a la primera, que tienen en su esta última empresa.

Sección 1633. El hijo, no reconocido por el padre, es único en el poder de la familia de la madre si el madre no se sabe o es capaz de ejercerlo, dará el tutor será menor. En la sección II El ejercicio de la Familia de energía Sección 1634. Es responsabilidad de los padres, respecto a la persona de los hijos menores:

I - llevándolos a la crianza y la educación; II - tenerlos en su compañía y de guardia; III - para conceder o negar el permiso para casarse; IV - a designar tutor por testamento o por un documento auténtico, si el otro padre no sobrevivir, o no sobrevivir a la familia puede ejercer el poder; V - para que los representen hasta la edad de dieciséis años, en los actos de la vida civil, y de verlas después de que edad, en los actos en que sean partes, el suministro de ellos con su consentimiento; VI - dicen ellos, que mantiene ilegalmente; VII - para exigir que paguen la obediencia, el respeto y los servicios adecuados a su edad y condición.”

El legislador del Brasil ha intentado que la separación de los padres no vulnere el derecho del hijo a mantener contacto con ambos e intenta dar normas claras y eficientes tanto para la guarda unilateral cuanto para la compartida.

La ley brasileña, al igual que la española y la italiana, da valor significativo al acuerdo de ambos cónyuges; cuando ese acuerdo no existe, parece dar prioridad a la guarda compartida al decir: “Cuando no haya acuerdo entre madre y padre en cuanto a la guarda del hijo, siempre que sea posible, se aplicará la guarda compartida”<sup>31, 32</sup>.

---

<sup>31</sup> Legislación Civil de Brasil, Secciones I, Disposiciones Generales, Secciones 1630, 1631, 1632 y 1633.

**En Venezuela**, con relación a la responsabilidad de crianza, el legislador establece el deber y derecho compartido igual e irrenunciable del padre y la madre de amar, criar, formar, educar, custodiar, vigilar y mantener y asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas.

Así, la legislación latinoamericana se basa en el principio de que, El ejercicio de la custodia se requiere el contacto directo con los hijos e hijas y, por tanto, faculta a ambos progenitores para decidir mediante acuerdo, sobre el lugar de su residencia o habitación, a la vez que responsabiliza civil, administrativa y penalmente por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad de la crianza.

#### **4.2. Estadísticas a nivel de Derecho Comparado, respecto a la litigiosidad de proceso de Cuidado personal**

La evidencia empírica y científica señala lo contrario. A mediano y largo plazo la problemática familiar tiende a resolverse en mediación, ya que progenitores serán fomentados a buscar acuerdos compartidos para cumplir los principios expuestos en el capítulo II de la presente memoria de tesis

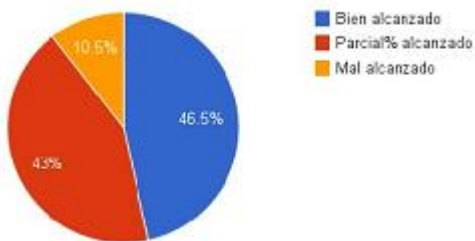
Ejemplos:

**Caso Austria:** fuente “Children’s Right Act 2001: A survey” revela que factores críticos de éxito de la implementación de la igualdad parental y el cuidado personal compartido, 5 años después de su funcionamiento, cumplieron los objetivos inicialmente trazados. Entrevista a 600 personas, jueces, mediadores familiares y abogados.

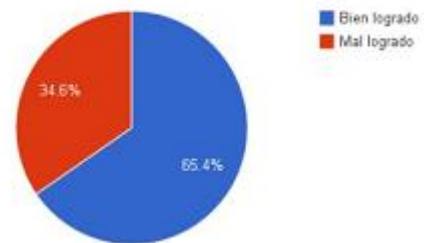
---

<sup>32</sup> Fernando Andrés Barrios Aravena, Tesis, Universidad de Chile, Facultad de Derecho ,Del Cuidado Personal, Igualdad entre Padres e Interés Superior del Niño , Enero 2013.

Mejorar relaciones entre progenitores e hijos



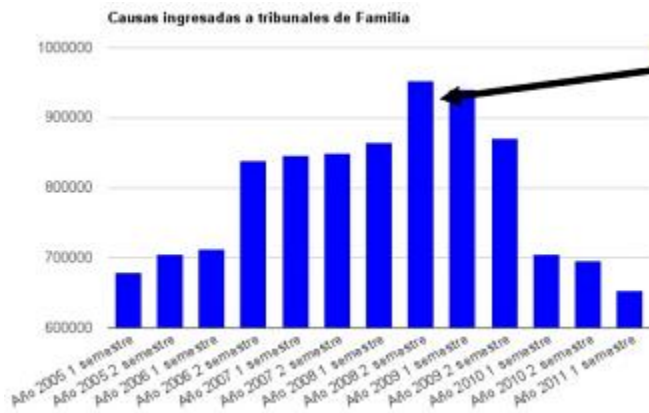
Uso de mediación sobre juicios



**Caso Brasil:** Modificación al código civil se introdujo en Agosto de 2008 que establece igualdad parental y Cuidado Personal Compartido.

Judicialización decrece principalmente en materia de alimentos.

Fuente: "Consejo nacional de los derechos de los niños y adolescentes en 2011".



Instante en que se promulgó nueva ley de familia en Brasil [12]

Ver artículos relacionados del código civil Brasileño (libro de la familia) en:  
<http://bit.ly/f0L4Vw>

**Otros países que tienen Igualdad Parental:**

Colombia, Brasil, Argentina (a partir de que el niño cumple 5 años de edad), todos los estados de EEUU, España, Canadá, Reino Unido, Austria, Irlanda, Francia, Alemania, Suecia, Italia, Polonia, Estonia, Finlandia, Noruega, Suiza.

**• Países que poseen el Cuidado Personal Compartido en su legislación, basado en la igualdad parental:**

Brasil, Canadá, 43 estados de USA, Reino Unido, España, Alemania, Suecia, Austria, Francia, Polonia, Italia, Estonia, Finlandia, Noruega, Suiza.

## Conclusiones

Con la incorporación expresa al Código Civil del principio de corresponsabilidad parental se promueve el ejercicio de nuevos roles y se concentra la actuación de los padres en las necesidades de los hijos. Los padres tendrán que aprender a compartir, incluso en vida separada, las funciones de crianza y educación de sus hijos. Subyace en la nueva normativa una lógica simple e indudable: es responsabilidad de ambos padres procurar el bien de sus hijos.

Si bien la Ley 20.680, de 2013, no introduce una reforma radical, hay que reconocer que a partir de ella existe una base legal más clara y expresa en la que apoyarse en materia de regulación de las relaciones paterno-filiales en vida separada de los progenitores, aspecto altamente significativo, considerando que el interés de los hijos requiere de soluciones individualizadas.

Esta Ley (20.680) refuerza como foco del cuidado el interés superior del niño creando la figura del cuidado compartido que beneficia a los hijos solo cuando hay acuerdo entre los padres, por lo tanto no se puede determinar por la decisión de un tercero (juez). La asignación del cuidado de los hijos deja de tener el foco en la calidad de los padres y ser un derecho de uno de estos, para considerar siempre el interés de los niños en cada situación particular.

Por último, las discordancias existentes entre el espíritu del legislador y la materialización de la norma nos permiten cuestionar abiertamente respecto de un sistema que no está funcionando, o a lo menos no como todos quisiéramos. He querido en todo momento realizar una crítica objetiva respecto de una problemática que lejos de mermar va in crescendo.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad, sé y estoy convencida de aquello y desde mi perspectiva no la entiendo ni la concibo como una mera declaración, por tanto, existen valores que deben ser respetados, jamás transgredidos, y no con ello quiero destruir aquello que se ha edificado sino que por el contrario, contribuir a crear soluciones desde un plano más bien crítico pero constructivo para comprometer personal y espontáneamente a las partes y que aquellas tiendan a sentar las bases de una relación pacífica para el futuro, en pro de lo que me parece un tema importantísimo El Interés Superior del Niño.

## Bibliografía

1. Convención sobre los Derechos del Niño.
2. Cuidado Personal Compartido, Departamento de Reformas Legales, Servicio Nacional de la Mujer.
3. Ley 20.680, Introduce Modificaciones al Código Civil y a Otros Cuerpos Legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados , 21 de Junio del año 2013, Biblioteca Congreso Nacional Chile.
- 3.file:///C:/Users/Mar%C3%ADa%20Jos%C3%A9/Downloads/informe%20ley%2020.680.pdf, (Informe Ley de Corresponsabilidad, Unidad de Mediación, Ministerio de Justicia)
4. Lathrop, F. 2008. Custodia Compartida de los hijos. Editorial La Ley, Madrid, España.
5. <http://www.mediacionchile.cl/pagina/wp-content/uploads/2014/12/informe-corresponsabilidad.pdf>
6. Reflexiones sobre el Cuidado Personal de los Hijos, Max Celedon Collins, <http://www.papapresente.org/images/documentos/Reflexiones%20Cuidado%20Personal%20Hijos.pdf>.
- 7.[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532013000200002](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000200002)

8. <http://www.revistaderecho.uchile.cl/index.php/RDEP/article/viewFile/31025/3277>