INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN JUSTICIA Y REGLAMENTO, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados.

BOLETINES N°s. 5.917-18 y 7.007-18, refundidos.

HONORABLE SENADO:

Vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene el honor de informaros respecto del proyecto de ley indicado en la suma, iniciado en dos Mociones presentadas ante la Cámara de Diputados, la primera, contenida en el Boletín N° 5.917-18, de los ex Diputados señores Álvaro Escobar Rufatt y Esteban Valenzuela Van Treek, con la adhesión de los Honorables Diputados señora Alejandra Sepúlveda Órbenes y señores Ramón Barros Montero, Sergio Bobadilla Muñoz y Jorge Sabag Villalobos y de los ex Diputados señora Ximena Valcarce Becerra y señores Juan Bustos Ramírez, Francisco Chahuán Chahuán y Eduardo Díaz del Río, y la segunda, contenida en el Boletín N° 7.007-18, del Honorable Diputado señor Gabriel Ascencio Mansilla, con la adhesión de los Honorables Diputados señoras Carolina Goic Boroevic, Adriana Muñoz D'Albora y María Antonieta Saa Díaz y señores Sergio Ojeda Uribe, Marcelo Schilling Rodríguez y Mario Venegas Cárdenas. Dichas Mociones fueron refundidas durante el primer trámite constitucional.

La iniciativa en estudio tiene urgencia calificada de "suma".

Asistió, especialmente invitada, la señora Carolina Schmidt, Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer, acompañada por la Jefa del Departamento de Reformas Legales de dicha Secretaría de Estado, señora Andrea Barros, y las asesoras legislativas, señoras Susan Ortega y Daniela Sarrás.

Concurrieron la señora Inés María Letelier, Ministra de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, y la señora Gloria Negroni, Jueza del Tercer Juzgado de Familia de Santiago.

Participaron los profesores señoras Carmen Domínguez, Fabiola Lathrop, Andrea Muñoz y María Sara Rodríguez y señor Mauricio Tapia.

Intervinieron las abogadas mediadoras señoras Alejandra Montenegro, Ximena Osorio y Ana María Valenzuela. Igualmente, lo hizo la psicóloga y perito judicial, señora Verónica Gómez.

Asistió el señor Nicolás Espejo, Consultor del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

Por la Agrupación Amor de Papá, concurrieron el Presidente Internacional, señor David Abuhadba; el Presidente Nacional N° 1, señor Patricio Retamales; el abogado señor Rodrigo Medina; el psicólogo, señor Miguel González, y los representantes, señora Carolina Cornejo y señor Juan Quezada. En representación de la Corporación Papás por Siempre, asistió su Presidente, señor Carlos Michea. Por la Fundación Filius Pater, lo hizo su Presidente, señor Rodrigo Villouta. En representación de la Organización Papá Presente, participaron el Director, señor Hugo Riveros; el vocero, señor Rodrigo García, y el asesor, señor Max Celedón.

Por la Biblioteca del Congreso Nacional, participó la abogada analista, señora Paola Truffello.

Asistieron, por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el asesor, señor Juan Ignacio Gómez; por la Fundación Jaime Guzmán, los asesores señora Erika Farías y señores Héctor Mery y Gustavo Rosende, y por el Instituto Libertad, la asesora, señora Josefina Figueroa.

Del mismo modo, concurrieron el asesor de la Honorable Senadora señora Alvear, señor Héctor Ruiz; los asesores del Honorable Senador señor Walker (don Patricio), señora Paz Anastasiadis y señor Fernando Dazarola; la asesora del Comité UDI, señora Hedy Matthei, y el asesor de la Honorable Diputada señora Saa, señor Leonardo Estradé-Brancoli.

- - -

OBJETIVOS DEL PROYECTO

La iniciativa en estudio busca consagrar, en el caso de separación de los padres, el principio de la corresponsabilidad parental en el cuidado de los hijos, distribuyendo entre ambos progenitores, en forma equitativa, los derechos y deberes que tienen respecto de los hijos y considerando en todo el interés superior del niño. Sobre la base de esta idea central, se introducen modificaciones a las reglas del Código Civil en

materia de cuidado personal de los hijos y de patria potestad, y también a las leyes de Menores y de Matrimonio Civil.

- - -

NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL

El proyecto de ley en estudio no tiene normas que requieran un quórum especial para su aprobación.

- - -

ANTECEDENTES

Para el debido estudio de esta iniciativa de ley, se han tenido en consideración, entre otros, los siguientes antecedentes:

I.- ANTECEDENTES JURÍDICOS

Están relacionados con el proyecto de ley en estudio los siguientes cuerpos normativos:

1) Código Civil, Libro Primero, Títulos IX y X, que regulan los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos y la patria potestad, respectivamente.

2) Decreto con fuerza de ley N° 1, de 30 de mayo de 2000, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de distintos cuerpos legales, entre ellos, la ley N° 16.618, de Menores.

3) Ley N° 19.947, de 17 de mayo de 2004, que establece nueva ley sobre Matrimonio Civil.

4) Ley N° 19.968, de 30 de agosto de 2004, que crea los Tribunales de Familia.

4) Convenciones internacionales, particularmente las siguientes:

a) Convención sobre los Derechos del Niño, promulgada mediante decreto supremo N° 830, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 27 de septiembre de 1990.

b) Convención Americana sobre Derechos Humanos, promulgada mediante decreto supremo N° 873, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 23 de agosto de 1990.

c) Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, promulgada por decreto supremo N° 789, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 9 de diciembre de 1989.

d) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de Belém do Pará, promulgada por decreto supremo N° 1.640, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 23 de septiembre de 1998.

II.- ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Las Mociones

Como se señalara precedentemente, el texto en estudio tuvo origen en dos Mociones parlamentarias, que fueron refundidas durante el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados.

La primera de ellas, contenida en el Boletín N° 5.917-18, introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objetivo de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados.

Dentro de sus fundamentos, hace notar que en la actualidad son muchas las familias en que los progenitores viven separados y en que uno de los padres tiene a su cargo la crianza del menor y el otro solamente es un proveedor con derechos limitados o, simplemente, no existe, sea porque no tiene interés en participar en la formación del hijo o porque, no obstante tener tal interés, debe enfrentar diversos obstáculos que se lo impiden.

Agrega que la separación de los padres constituye un hecho que marcará para siempre la vida del menor, dependiendo su mayor o menor efecto negativo de la forma en que los padres puedan manejar sus diferencias sin involucrar al hijo. Señala que el adecuado desarrollo psicológico y emocional del menor deriva de muchos factores, siendo uno de ellos la presencia cercana de las imágenes paterna y materna, por lo que la visión distorsionada de una de tales imágenes incidirá en la autoestima, la seguridad y la estabilidad emocional del menor en su vida adulta hasta niveles aún no determinados.

Añade que la importancia del tema aparece reflejada en uno de los principios de la Declaración Universal de los Derechos del Niño, que señala que siempre que sea posible, éste “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”. Este derecho infantil, sostiene, debe ejercerse aunque lo padres no vivan juntos y entendiendo que ellos observarán siempre todas sus responsabilidades morales, afectivas, formativas y pecuniarias, necesarias para la formación de un ambiente adecuado para su desarrollo.

Luego, se refiere a un trastorno de la conducta familiar consistente en que uno de los padres incurre en actitudes destinadas a alienar o alejar de la mente del menor la figura del otro progenitor, trastorno que sólo se ha analizado desde hace poco tiempo y que recibe la denominación de “síndrome de alienación o alejamiento parental”.

Esta anomalía es definida por el Profesor de Psiquiatría Clínica del Departamento de Psiquiatría Infantil de la Universidad de Columbia, señor Richard Gardner, como un trastorno surgido principalmente a consecuencias de las disputas por la guarda y custodia de un niño y que consiste en el “lavado de cerebro” que éste experimenta a consecuencia de la acción sistemática de uno de los padres, destinada a envilecer la imagen del otro en la mente del hijo, obteniendo un alejamiento y rechazo concreto de este último hacia el padre alienado, debilitando progresivamente los lazos de afecto entre ellos, muchas veces, de modo irrecuperable.

El mencionado especialista clasifica este síndrome como un tipo de maltrato infantil, que, mediante estrategias sutiles del padre alienador, busca destruir los vínculos del menor con el otro padre. Para que se produzca, debe reunir tres requisitos: primero, obedecer a una campaña constante en el tiempo de denigración o rechazo hacia el otro padre; luego, no debe existir un motivo plausible para la promoción de tal campaña, siendo el padre víctima de la alienación una persona normal desde el punto de vista de la capacidad parental, y finalmente, la reacción negativa del menor hacia el padre alienado debe ser el producto de la influencia ejercida por el otro padre.

La actitud del padre alienador, a quien se describe como una figura protectora, obedece a la expresión de sentimientos de rabia o venganza hacia el otro progenitor, normalmente encubiertos bajo una apariencia de víctima, destinadas a exteriorizar la figura de un padre bueno en oposición a otro malo. Esta actitud se expresa en conductas tales como el incumplimiento de los horarios de visitas, la obstaculización a las comunicaciones entre el hijo y el padre alienado, el alejamiento injustificado del padre de las actividades y problemas de los hijos, la formulación constante de comentarios negativos acerca de ese padre para predisponer al

menor en su contra y suprimir toda expectativa afectiva o emocional que pudiera el menor tener hacia él, la incorporación del entorno familiar más cercano a esta campaña, la interposición de denuncias de violencia intrafamiliar falsas, etc.

En la Moción se cita la Convención sobre los Derechos del Niño, vigente en nuestro país a contar del año 1990, señalando que su artículo 9 indica que los Estados deben velar por no separar a los niños de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo cuando las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, como por ejemplo en casos de maltrato o de descuido por parte de los padres que viven separados, por lo que resulta necesario decidir acerca del lugar de residencia del menor. Este mismo artículo establece que los Estados deberán respetar el derecho del menor que vive separado de uno o ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés superior.

Se menciona también su artículo 18, que dispone que los Estados deberán poner su máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño, siendo su preocupación fundamental el interés superior de éste.

Por último, se cita jurisprudencia europea que ha reconocido la existencia y los efectos nocivos del síndrome de alienación parental, destacando que también en Chile éste ha tenido recientemente acogida en virtud de una sentencia del Tribunal de Familia de Coquimbo, que reconoce los derechos del padre frente a una actuación que “con la excusa de buscar un bien, puede impedir el normal desarrollo del niño.”.

La segunda Moción que ha dado origen a la iniciativa en estudio, contenida en el Boletín N° 7.007-18, introduce modificaciones al Código Civil en relación al cuidado personal de los hijos.

Sus fundamentos recuerdan que las disposiciones pertinentes del señalado cuerpo normativo, en especial, su artículo 224, establecen el derecho–deber de los padres de crianza y educación de los hijos por su calidad de tales y no por tener a su cargo el cuidado personal de los mismos, por lo que en caso de separación, no sólo mantiene este deber aquel de los dos que asume el cuidado personal, sino también el que es privado del mismo. Lo anterior guardaría relación con la Convención de los Derechos del Niño, cuyo artículo 18 dispone que los Estados deberán poner su máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño, siendo su preocupación fundamental el interés superior del menor, como también con la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, que consagra en su artículo 17 la obligación de los Estados Partes de 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 su disolución.

No obstante lo señalado, el Código Civil, al regular la relación de los hijos menores de edad con sus padres, se aleja de estos principios, al establecer en su artículo 225 que si los padres viven separados, toca a la madre el cuidado personal de los hijos, agregando que por medio de escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento dentro de los treinta días de otorgada, podrán acordar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre.

Por último, esta misma norma establece que cuando el interés del hijo lo haga indispensable, ya sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar el cuidado personal al otro de los padres, pero no podrá confiar este cuidado a aquél de los padres que no hubiere contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro progenitor, pudiendo hacerlo.

De todo lo anterior, resulta que la mujer tiene un derecho preferente en lo que se refiere al cuidado personal del hijo, pudiendo ejercerlo el padre únicamente si llega a acuerdo con la madre o si el juez, por motivos excepcionales, se lo atribuye.

La Moción expresa que esta solución es discriminatoria y atenta contra la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, por lo que parte de la doctrina la estima inconstitucional. Además de no seguir el principio rector sobre la materia, que es el interés superior del niño, tal solución infringe la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la que, en su artículo 16, impone a los Estados la obligación de adoptar todas las medidas tendientes a asegurar, en condiciones de igualdad, los mismos derechos y deberes como progenitores a hombres y mujeres, teniendo en vista, primordialmente, el interés superior de los hijos.

Añade que, precisamente, como consecuencia de esta disposición, el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, durante el examen del cuarto informe periódico del Estado de Chile en el año 2006, recomendó al país derogar o enmendar las disposiciones discriminatorias de su legislación interna, para adaptar el cuadro legislativo nacional a las disposiciones de la Convención, asegurando la igualdad de los sexos que la misma Carta Política chilena consagra.

Explica, en seguida, que, con el objetivo de reforzar la igualdad de responsabilidades parentales, otras legislaciones contemplan un sistema de tenencia compartida o custodia alternada, en cuya virtud el hijo convive con cada uno de los padres durante cierto tiempo, durante el cual uno de ellos ejerce el cuidado personal y el otro mantiene un régimen comunicacional. Agregan que si bien tal sistema presenta ventajas y desventajas, resulta de justicia considerarlo y apreciar su implementación caso a caso, teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Se expone, luego, el contenido de su propuesta, señalando que además de introducir el sistema compartido recién reseñado, se suprime la parte del artículo 225 que impide entregar el cuidado personal del hijo a aquel de los padres que no ha contribuido a su mantención mientras estuvo al cuidado del otro, pudiendo hacerlo, por cuanto, atendiendo al interés personal del menor, en términos generales, debe permitirse evaluar el caso particular de que se trate, puesto que puede ser mucho más nocivo asignar el cuidado personal del hijo a un tercero que a aquél de los padres que incumplió en los términos que trata este artículo.

Por último, derechamente se suprime el artículo 228, disposición que establece que la persona que tiene bajo su cuidado personal a un hijo que no ha nacido en el matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común con el consentimiento de su cónyuge, por cuanto tal disposición estaría entregando la decisión de separar al niño de su padre o madre al nuevo cónyuge, lo que, en otras palabras, significaría que el mismo Estado que debe velar para que el menor no sea separado de sus padres, estaría proporcionando a un tercero, ajeno al niño, la decisión de con quien éste debe vivir.

2.- Otras iniciativas vinculadas a la materia en análisis, y en tramitación en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento

Por abordar aspectos directamente relacionados con la iniciativa en trámite, durante el debate la Comisión tuvo en consideración otras tres iniciativas, originadas en Mociones de señores Senadores. Son las siguientes:

a) Proyecto de ley iniciado en Moción de los Honorables Senadores señores Coloma y Novoa, que modifica el Código Civil en lo relativo al cuidado personal de los hijos cuyos padres viven separados (Boletín N° 5.793-07);

b) Proyecto de ley originado en Moción de los Honorables Senadores señores Navarro y Quintana, que confiere a los abuelos el derecho a mantener una relación directa y regular con sus nietos (Boletín N° 7.076-07), y

c) Proyecto de ley, iniciado en Moción del Honorable Senador señor Navarro, que modifica el Código Civil para establecer el cuidado personal compartido de los menores y evitar el daño de éstos en caso de separación de los padres (Boletín N° 8.205-07).

La Comisión estimó pertinente tener en consideración las ideas contenidas en estas iniciativas al realizar el estudio en particular del proyecto en análisis y ponderar también la posibilidad de contemplar los planteamientos respectivos como indicaciones.

Igualmente, se tuvo presente el proyecto de ley de la Honorable Cámara de Diputados, que modifica normas sobre patria potestad, en segundo trámite constitucional en esta Corporación (Boletín N° 3.592-18).

- - -

EXPOSICIONES ESCUCHADAS POR LA COMISIÓN

Antes de dar inicio a la discusión en general de la iniciativa, **la Comisión** resolvió escuchar las exposiciones de un conjunto de académicos especialistas en materias de familia, así como de personas interesadas en dar a conocer sus puntos de vista.

A continuación, se da cuenta de las referidas intervenciones.

En primer término, 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.

Iniciando su presentación, se refirió a los criterios que inspiran nuestra legislación actual en materia de cuidado personal de los hijos.

Señaló que, tratándose de padres que viven juntos, el cuidado personal de los hijos les corresponde a ambos de consuno, salvo que solamente uno de ellos hubiere reconocido al hijo.

En caso que los padres estén separados, regirá la norma de atribución supletoria en virtud de la cual el cuidado personal de los hijos corresponde a la madre.

Prosiguió explicando que el padre puede tener el cuidado personal si ambos progenitores así lo acuerdan. Igualmente, ello procede cuando por sentencia judicial se produce la pérdida del cuidado personal de la madre, regla que tiene la excepción del caso del padre que no ha contribuido a la mantención del hijo, pudiendo hacerlo. Finalmente, también procederá en caso de muerte de la madre.

Hizo notar que, en la actualidad, no existe la figura legal del cuidado personal compartido.

Igualmente, puso de manifiesto que el padre que tiene el cuidado personal del hijo, tiene la patria potestad de éste, es decir, su representación legal y el derecho de goce y administración de sus bienes.

Expresó, a continuación, que la pérdida del cuidado personal de la madre procede a solicitud del padre o de un tercero, los abuelos, por ejemplo, cuando ambos padres son inhábiles para el cuidado. Agregó que las causales para que la madre pierda dicho cuidado personal son los casos comprobados de maltrato por parte de ella, descuido o abandono u otra causa calificada, como drogadicción, alcoholismo o incitación a la prostitución.

Enseguida, abordó los principales problemas que derivan de la legislación actual, agrupándolos en cuatro materias.

En primer lugar, impide que los padres acuerden formalmente el cuidado personal compartido del hijo, lo que, agregó, para algunas familias puede ser la mejor alternativa.

Enseguida, los jueces no se consideran con atribuciones para aprobar los acuerdos de tuición compartida o alternada que se alcanzan en los procesos de mediación obligatoria o mediante convenciones reguladoras de separaciones o divorcios.

En tercer lugar, indicó que los jueces continúan resolviendo los juicios con la creencia de que la tuición de la madre es obligatoria y que solamente se puede modificar ante la presencia de un hecho gravísimo en contra del hijo, lo que no es así desde la entrada en vigor de la ley N° 19.585, de 1998.

Finalmente, no permite una relación frecuente y regular entre el hijo y el padre. Sobre el particular, observó que la práctica judicial ha llevado a que las visitas con el padre sean sólo de fin de semana por medio y la mitad de las vacaciones, lo que naturalmente no le permite involucrarse en el proceso de crianza.

A continuación, se refirió al texto aprobado por la Cámara de Diputados en primer trámite constitucional.

Destacó que la iniciativa procura alcanzar un conjunto de objetivos, que agrupó en la forma que sigue:

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.

Expuso, luego, los principales aspectos del proyecto en análisis.

Señaló, en primer lugar, que se crea la figura del cuidado personal compartido como alternativa legal para los padres que se separan.

En este nuevo modelo, se deja en primer lugar a los padres la decisión sobre quién ejercerá el cuidado personal de los hijos, pudiendo éste ser asumido por la madre, por el padre o en forma compartida entre los dos.

Además, se asegura un sistema de residencia del menor que garantice su estabilidad y continuidad.

Igualmente, se garantiza la relación sana, estable y regular del hijo con aquel padre con quien 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.

Como segundo aspecto relevante de la iniciativa en análisis, connotó que ella establece que mientras no haya acuerdo o

decisión judicial sobre quién tiene el cuidado personal, el niño no quedará a cargo de ninguna institución, sino que supletoriamente se entregará a la madre durante el juicio.

En tercer lugar, informó que el proyecto entrega criterios amplios a los jueces para cambiar al titular del cuidado personal del niño. En esta materia, se altera la regla de maltrato, descuido o causal calificada –que es de difícil aplicación-, por el interés del niño. Indicó que el juez siempre podrá conferir el cuidado personal al otro padre o radicarlo en uno de ellos, cuando “el interés del hijo lo haga conveniente”. Explicó, además, que el cambio se enfoca en el bienestar del niño y no en la calidad personal de quien ejerce el cuidado personal de aquél.

En cuarto término, se refuerzan las relaciones directas y regulares entre el padre no custodio y el hijo.

Dijo que, en efecto, en este aspecto se define la relación directa, regular y personal como “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”. También se establece la corresponsabilidad, por la importancia de que ambos padres participen en la vida de los niños. Complementariamente, se contempla el deber del juez de asegurar una relación sana y cercana entre el padre y el hijo, tomando en cuenta su edad, sus necesidades afectivas, etc.

En quinto lugar, se establece la patria potestad compartida, sea para padres que viven juntos o que tengan el cuidado compartido.

Luego, se consagran criterios para que el juez determine el interés superior del niño. A este respecto, se contempla el bienestar del hijo, esto es, las posibilidades actuales y futuras de entregar al hijo estabilidad educativa y emocional. También se contempla la estabilidad, es decir, el efecto probable de cualquier cambio en la vida actual del hijo o los riesgos o perjuicios que podrían derivarse para éste en caso de adoptarse una decisión o cambio en su situación actual. Igualmente, se considera la evaluación del hijo y su opinión, esta última especialmente si el menor ha alcanzado la edad de catorce años.

Finalmente, el proyecto establece los factores que el juez deberá tomar en cuenta para aprobar un acuerdo de cuidado personal compartido.

Sobre el particular, advirtió que siempre habrá de considerarse 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

dedica a los hijos; la evaluación de los hijos, y la ubicación del domicilio de los progenitores, entre otros factores.

Complementó su intervención exponiendo las siguientes conclusiones:

-- El proyecto refuerza como foco del cuidado personal del hijo el interés superior de éste, creando la figura del cuidado compartido.

-- El cuidado compartido beneficia a los hijos sólo cuando hay acuerdo entre los padres y que, por lo tanto, no se puede determinar por la decisión de un tercero.

-- En último término, la asignación del cuidado de los hijos deja de tener el foco en la calidad de los padres y también deja de ser un derecho de uno de éstos, para considerar siempre el interés de los niños en cada situación particular.

Enseguida, intervino **la Ministra de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, señora Inés María Letelier.**

Manifestó que su exposición se centraría en el artículo 225 del Código Civil y que sus opiniones serían emitidas a título personal y no en representación del Poder Judicial.

Sostuvo que el cuidado personal de los menores es un tema sensible de por sí y que, como criterio general, lo ideal es que las relaciones filiales sean resueltas y guiadas por los sentimientos de amor y no por los tribunales ni por terceros extraños a la familia.

Aseveró que, lamentablemente, eso no siempre ocurre en la práctica, de manera que cuando se presentan problemas que no pueden ser resueltos sobre la base de criterios guiados por el amor, los tribunales son el instrumento para dar una solución, la que, en todo caso, nunca será una solución completa.

En relación al proyecto de ley en estudio, hizo presente que su texto da cuenta de las inquietudes y sugerencias realizadas anteriormente durante el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados y que, en lo central, éste da la opción a los padres para elegir la mejor forma de organizar su familia, sea radicando el cuidado personal de los hijos en ambos o en uno de ellos, cambiando de este modo el criterio imperante en este momento, que, en materia de cuidado personal, reconoce un derecho preferente en favor de la madre.

Agregó que el cuidado personal de los hijos va unido a la relación directa y regular con los mismos. Sostuvo que lo anterior representa un gran avance pues los hijos ya no serán una especie de “moneda de cambio” ante las dificultades que se susciten entre los padres, y ambos temas deberán discutirse en forma conjunta.

Sostuvo que, establecido que, en primer término, se estará al régimen convencional y, en segundo, al camino judicial, por motivos de tradición histórica era partidaria de consagrar en la disposición en análisis, como regla supletoria, la de entregar el cuidado personal de los hijos menores a la madre.

Informó que, en esta materia, es relevante tener en consideración factores como la realidad y la idiosincrasia de nuestra ciudadanía, aspectos que también tuvo en cuenta don Andrés Bello cuando, en su momento, redactó el Código Civil. Igualmente, dijo, no puede dejarse de lado factores tales como las distancias que nuestra geografía nos impone, que muchas veces implican que los contactos personales se dificulten considerablemente.

Expresó que en el inciso quinto del mismo artículo, debería precisarse que la facultad que se le concede al juez para modificar lo establecido se refiere única y exclusivamente al caso en que los padres han optado por el régimen de ejercicio compartido.

Asimismo, opinó que es fundamental que la decisión del juez no pueda fundarse exclusivamente en la capacidad económica de los padres, añadiendo que actualmente algunos tribunales tienden a confundir el interés superior del menor con la capacidad económica de sus progenitores.

Estas ideas, dijo, suponen enfrentar las materias en estudio con un criterio de humanidad.

Concluyó su intervención destacando que el proyecto presenta claras bondades desde el punto de vista de la solución de las controversias que comúnmente se presentan en esta materia y, además, refleja lo que está sucediendo en nuestra sociedad.

Enseguida, se ofreció la palabra a la **señora Gloria Negroni, Jueza Titular del Tercer Juzgado de Familia de Santiago.**

Su exposición se desarrolló sobre la base del siguiente documento:

“Fundamentos que avalan algunas de las modificaciones propuestas en el proyecto de ley sobre cuidado personal analizado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado
(Boletines N°s. 5.917-18 y 7.007-18)

En Chile se tramita ante el Senado de la República un proyecto de ley que pretende modificar los artículos 225, 228 y 229 del Código Civil y otros que en consonancia debieran modificarse, normas que fueron dictadas para un período económico, social y cultural determinado, que dista enormemente de la realidad familiar que hoy enfrentamos.

El artículo 225 del Código Civil establece que:

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

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

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

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

A casi siete años de la puesta en marcha de los Tribunales de Familia como jurisdicción especializada en materias como cuidado personal, relación directa y regular, divorcio, separación, alimentos, violencia intrafamiliar, protección, infractores de ley, observamos cambios sociales profundos en la manera de enfrentar las relaciones de familia, cambios que hablan de una sociedad en la que las mujeres se han incorporado cada vez con más fuerza al campo laboral, dejando en evidencia la necesidad de regular con mayor acuciosidad y con miras a la igualdad, la conciliación entre el trabajo y la vida familiar.

Los hombres, por su parte, desempeñan hoy, o están interesados y claman por desempeñar, roles preponderantes en la crianza y cuidado de los niños, ya sea vía acuerdo o demandándolo ante

tribunales, y la legislación está apuntando a fortalecer esa igualdad de roles. De ello dan cuenta normas como las de nuestro Código del Trabajo que apuntan a reconocer el derecho-deber de los padres en cuanto a los hijos. (Artículos 195, 199, 199 bis y 200 del texto legal citado).

Los divorcios de común acuerdo o sin causal, que requieren de la presentación de un acuerdo de regulación de relaciones mutuas, son una manifestación de la manera colaborativa en que se están solucionando los conflictos, lo que se refuerza con las cifras arrojadas por la mediación y la conciliación, que suman alrededor del 40% del total del ingreso de causas en los tribunales de Santiago.

El aumento de las denuncias por violencia intrafamiliar también nos habla de la disminución de la tolerancia frente a este tipo de situaciones que, en general, afecta a mujeres, sin perjuicio de que la cifra de hombres que denuncian también ha aumentado.

La judicatura especializada en materia de familia ha permitido visibilizar los principales nudos de conflicto que afectan a la ciudadanía, otorgando la oportunidad de dar solución a los mismos desde una perspectiva más integral, sistémica, interdisciplinaria, considerando especialmente la realidad dinámica de los sistemas familiares, priorizando el interés superior de los niños por sobre el conflicto entre sus padres o cuidadores.

Es así como ante el cambio de paradigmas que se plantea en el conflicto familiar, se hace necesario modificar ciertas normas que al ser aplicadas de manera textual en un país de tradición legalista y conservadora, tienden a preservar roles estereotipados, alejándose del concepto de una justicia que por sobre todo debe proteger los derechos de aquellos que por su edad y condición requieren de una intervención clara en respeto y garantía de sus intereses, especialmente, como ocurre en Chile, en que no hemos podido acceder a la figura del defensor del niño. En consecuencia, frente a intereses independientes o contradictorios de sus padres, los niños podrían quedar carentes de defensa jurídica material si el juez de la causa considera innecesario designar un curador ad-litem que defienda jurídicamente sus derechos, lo cual permite hoy el artículo 19 de la ley N° 19.968, de Tribunales de Familia, (en adelante L.T.F), ya que entrega esta facultad a la judicatura.

Lamentablemente, la mirada adultizada o adultizante, desde la protección de los niños como objetos más que como sujetos de derecho, aún prevalece. En una justicia que ha dado pasos trascendentes por avanzar hacia la protección integral de los derechos y abandonar el paradigma de la situación irregular, se mantienen compartimentos estancos y es así como, a pesar que en materia de cuidado personal el propio artículo 225 del Código Civil establece que cuando el

interés del hijo lo haga indispensable, ya sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, se podrá entregar el cuidado personal del hijo al otro padre, dicha norma no se interpreta en el sentido del mejor interés del niño, sino desde las habilidades del adulto. En los pocos casos en que se intenta modificar el cuidado personal en virtud de las causales mencionadas, lo que se cuestiona, se trata de probar y acreditar y lo que se continua valorando por nuestros tribunales superiores, pues así lo indican reiteradamente las sentencias que tocan estos temas, es precisamente la habilidad o inhabilidad de la madre o del padre para ejercer el cuidado del hijo. Tal es así que el hijo, su opinión, o con cuál de los padres el niño pueda ver garantizados sus derechos, incluso aquel referido a poder tener contacto regular y directo con el otro padre, pasa a un plano bastante más relegado a la hora de decidir.

En esta línea, consideración fundamental al decidir estos casos debe ser la opinión del niño conforme a su edad y madurez -así lo establece el artículo 16 de la L.T.F.-, sin perjuicio de lo cual, no son pocos los casos conflictivos de cuidado personal o relación directa y regular en los que se requiere su opinión y en los que muchas veces es oído sólo al terminar la causa en la audiencia de juicio y siempre que el juez de la misma así lo estime; por tanto, respecto de sus derechos y su defensa jurídica material, es importante precisar estándares y protocolos que permitan al juzgador visibilizar el mejor momento para que el niño, niña o adolescente ejerza sus derechos y, en especial, el de ser oído, y cuanto pesa su opinión en la decisión del caso, teniendo presente su autonomía progresiva.

Es así como en procesos en que el hijo o hija sea adolescente o preadolescente en pleno uso de sus facultades y potencialidades, su opinión será preponderante en la decisión, considerando el grave daño emocional que puede significar el obligarlo a vivir con quien no quiere o a relacionarse con quien no desea en ese momento, considerando el grado de influencia que muchas veces pueden ejercer los padres y la intervención terapéutica necesaria para lograr revinculación o resignificación de experiencias complejas en la relación con los padres. En caso de niños, es importante destacar que la forma de oírlos no necesariamente significa estar ante el juez del tribunal; hay casos en que esta intervención puede ser dañina y revictimizante, especialmente cuando el niño ha sido diagnosticado o periciado previamente.

La modificación que se plantea al citado artículo 225 tiene por objeto dar prioridad al acuerdo de los padres en cuanto al cuidado personal, sin perjuicio de lo cual mantiene la atribución legal preferente en manos de la madre, mientras no haya acuerdo o decisión judicial, circunstancia que si bien significa un avance en términos de reconocer y priorizar la voluntad de los padres y establecer y definir cuidado compartido, mantiene una preferencia que no se sustenta más que en la tradición y la costumbre, o en el orden natural de las cosas, como se indica en algunas sentencias, situación que atenta contra el derecho del niño y su

interés superior, el que nuevamente resulta de segunda o tercera línea frente a los derechos de los adultos que son sus padres. Se mantiene, además, una discriminación a favor de la madre, que no aprueba los test de razonabilidad, ni proporcionalidad que la harían aceptable, ya que el único fundamento para aplicarla es su condición de mujer y madre, sin considerar que el hijo podría estar objetivamente mejor con el padre o que querría estar con él. Que la citada discriminación afecta al niño, a la madre y al padre, ya que perpetúa la idea que la madre siempre puede y debe hacerse cargo de los hijos, sosteniéndolos material y afectivamente, lo que provoca que sea la madre generalmente quien debe demandar pensión alimenticia del padre que se desvincula emocional, afectiva y económicamente del hijo. Las cifras así lo demuestran, ya que durante el año 2010 ingresaron 193.000 causas de alimentos a los Tribunales de Familia en Chile y durante el 2011, 200.000.

Estas cifras también nos hablan de la desvinculación que se provoca entre el padre y el hijo al momento de la separación y como en la medida que las madres o ambos padres no respetan, fomentan, estimulan y facilitan el vínculo y el apego sano con el otro padre, éste se debilita, deteriora y muere y, finalmente, lo que resta es sólo la petición económica que en muchos casos se incumple, todo lo cual genera consecuencias emocionales que no pocas veces se irán repitiendo en la vida de los hijos y de éstos con sus propios hijos.

Es necesario considerar, además, que en la mayoría de los países se ha eliminado la mencionada supletoriedad legal y en los países en que se mantiene, la constitucionalidad de la norma es discutida profundamente.

En el caso de nuestro vecino país Argentina, en que aún existe una regla de atribución preferente a favor de la madre hasta los cinco años de edad del niño, la discusión se ha centrado en la inconstitucionalidad de la norma y es así como el nuevo proyecto de Código Civil 2012 presentado durante este año, elimina dicha preferencia y establece un nuevo Título VII que se denomina “De la responsabilidad parental”, y que señala en el Capítulo 1, los “Principios generales de la responsabilidad parental”, definiendo en su artículo 638 la responsabilidad parental como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado. Responsabilidad parental que se rige por principios generales, tales como el interés superior del niño y la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

El proyecto establece como figuras legales derivadas de la responsabilidad parental, a) la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental; b) el cuidado personal del hijo por los progenitores; c) la guarda otorgada por el juez a un tercero. Luego se define cada una de estas figuras, estableciendo, en cuanto a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental, en el artículo 641 que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde: “a) en caso de convivencia con ambos progenitores, a éstos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en el artículo 645, o que medie expresa oposición; b) en caso de separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades.

En palabras del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la nación argentina, don Ricardo Lorenzetti, en el acto de presentación del anteproyecto del nuevo Código Civil y Comercial, proyecto que convocó a cien juristas de todo el país y de todas las universidades, dirigidos por el Presidente de la Corte Suprema, la doctora Elena Highton y la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, se indica que:

“Hemos pensado también en un Código de la Igualdad. ¿Por qué? Porque el Código Civil fue concebido en el siglo XIX en base a una igualdad abstracta, pero nuestra Constitución habla de la igualdad real de oportunidades. Por eso hemos incorporado muchas normas de protección de los desiguales. En algunos casos son situaciones en las cuales es necesario proteger a personas que están en situación de debilidad, como por ejemplo aquellos que tienen incapacidades mentales, y hemos recogido normas de tratados internacionales para evitar situaciones dramáticas como las que ha tenido que resolver la Corte Suprema. En otros casos se trata de los niños protegidos por tratados internacionales a los cuales hay que fortalecer en muchas de sus decisiones. En otros casos se trata de la igualdad para terminar con la discriminación. Por eso se dice que no puede haber discriminación entre el hombre y la mujer, y no puede haber discriminación de sexo en ninguna de las instituciones. Este es un concepto fundamental que está en nuestra Constitución y en la ley.”.

En Chile, la discusión acerca de la igualdad de género constituye un debate permanente y la igualdad parental es una de las aristas de desigualdad que es necesario superar. Sorprende que una norma de tal naturaleza continúe justificándose y es curioso que al hacer historia nos encontremos con que en 1877 se dicta el Decreto Amunátegui, que permitió la entrada de las mujeres a la universidad y en la prensa de la época los argumentos contrarios a esta norma no distaban mucho de los que dos

siglos más tarde aún se enarbolan para justificar la supervivencia de una regla supletoria de atribución preferente.

Prueba de lo anterior es un párrafo del Diario La República, en su edición del 25 de enero de 1877, que criticaba la posición de los sectores católicos de la sociedad chilena que se oponían a la instrucción superior femenina ¿En qué fundamentaban los católicos su postura? Tal como refiere el periódico liberal, la misión natural de la mujer impediría que ella se dedicara a las profesiones universitarias. ¿Cuál era esta misión natural de la mujer? El artículo de don Rafael Vergara Antúnez en El Estandarte Católico era clarísimo:

La misión natural de la mujer, aquella noble misión que la Providencia le ha confiado para el bien de la sociedad y del individuo, consiste principalmente en ser buena y abnegada madre de familia, esposa fiel y consagrada a los deberes domésticos e hija sumisa y obsequiosa para con sus padres.

Además, dado que esta era la misión natural de la mujer, la educación religiosa era suficiente para desempeñarla a cabalidad, "no necesita la mujer ser sabia; bástale tener un buen carácter, una virtud sólida y un corazón generoso", es decir, no necesita de una instrucción científica. Por tanto, las ineludibles obligaciones de la mujer en el hogar serían incompatibles con el posible ejercicio de las profesiones liberales: "¿Podría resignarse un marido a renunciar a esa ternura y cuidados y atenciones a trueque de ver a su esposa siempre ocupada en el desempeño de una profesión científica?" (texto extraído de un artículo escrito por Karín Sánchez Manríquez denominado “El ingreso de la mujer chilena a la universidad y los cambios en la costumbre por medio de la ley 1872-1877, publicado por el Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile. Historia Nº 39, Vol. 2, julio-diciembre 2006: 497-529. ISSN 0073-2435)[1].

Como podemos apreciar, cuando hablamos de familia las cosas se interrelacionan y debe ser así; de otro modo, sin la mirada sistémica, las soluciones son sesgadas, desde ciertas parcelas, lo que no beneficia ni estimula a nuestros ciudadanos ni a nuestros niños a hacerse cargo de las consecuencias de sus actos y a ser conscientes que el cambio empieza por uno mismo; la ley debe ayudar en esta tarea desde la innegable perspectiva educativa que conlleva su interpretación y aplicación.

La propuesta avanza, también, en términos de definir el concepto de relación directa y regular y mejora lo previsto en el artículo 229 del código Civil, el que actualmente sólo menciona el derecho

[1] Texto extraído de un artículo escrito por Karín Sánchez Manríquez denominado “El ingreso de la mujer chilena a la universidad y los cambios en la costumbre por medio de la ley 1872-1877”, publicado por el Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile. Historia Nº 39, Vol. 2, julio-diciembre 2006: 497-529. ISSN 0073-2435.

deber del padre o madre que no tenga el cuidado del hijo de mantener con él relación directa y regular, fortaleciéndolo ya que señala que es aquella que: “propende a que el vínculo paterno filial entre el padre no custodio y su hijo o hija se mantenga a través de un contacto personal, periódico y estable. El régimen variará según la edad del hijo o hija y la relación que exista con el padre no custodio, las circunstancias particulares, necesidades afectivas, y otros elementos que deban tomarse en cuenta, siempre en consideración del mejor interés del hijo”, además agrega que “el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de ambos padres en la vida del hijo o hija, estableciendo las condiciones que fomenten una relación paterno filial sana y cercana”, otorgando directrices claras y precisas al juez con el fin que el derecho del niño a mantener contacto con ambos padres sea respetado.

Sin perjuicio de estos avances, esta norma claramente sigue manteniendo la idea de un progenitor principal y uno periférico o con funciones de tío y es por ese motivo fundamental distinguir entre custodia legal y custodia física o, como lo hacen nuestros vecinos, reforzar el concepto genérico de responsabilidad parental y distinguir en él la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental y el cuidado personal del hijo por los progenitores. En este sentido, el proyecto de Código Civil Argentino se refiere a los deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos, definiendo en el artículo 648 el cuidado personal como los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo, señalando que cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos y plantea modalidades del cuidado personal compartido, señalando que puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.

En este aspecto, nuevamente es importante considerar la propuesta argentina ya que se indica, en cuanto a las facultades del juez, que a pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, éste debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo a ambos progenitores con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo.

Asimismo, constituye un progreso el señalar parámetros específicos que el juez debe considerar a la hora de tener que determinar el interés superior de un niño ante el caso de tener que atribuir su cuidado a uno de los padres o aprobar un acuerdo de cuidado compartido, fortaleciéndose además el derecho y deber de comunicación. En el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo y se establece la preferencia y deber de colaboración. El progenitor que facilite el derecho a mantener un trato

regular con el otro progenitor tiene preferencia para el cuidado del hijo, debiendo también ponderarse la edad del hijo; su opinión; el mantenimiento de la situación existente y el respeto del centro de vida del hijo. El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente. Se señala como un deber el de informar, en términos de que cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo.

Acertadamente, el proyecto deroga el artículo 228 del Código Civil, que establece que “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 cónyuge.”, situación que claramente atenta contra los derechos del niño y del padre o madre que quiere tenerlo a su cuidado junto a su nueva pareja o cónyuge, pues establece una limitación absolutamente improcedente.

En suma, las disposiciones aludidas del proyecto de Código Civil argentino se ponen en primera línea con el bloque de constitucionalidad que tiene como base la protección de la persona, a través de un catálogo de derechos personalísimos muy importantes para reforzar la autonomía de las mismas.

El sustento normativo para dar paso a las modificaciones que se pretenden se encuentra, en primer término, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a través de las convenciones suscritas y ratificadas por Chile, por tanto, ley que debemos aplicar conforme lo dispone el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República. Se imponen obligaciones al Estado contraídas al amparo de los derechos fundamentales que han ido adquiriendo cada vez mayor reconocimiento y que constituyen el reflejo de los cambios paradigmáticos que en estas materias presenciamos. Como normas base en este sentido, encontramos los artículos 1º y 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos:

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a

sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”.

Lo propio se establece en la Convención de los Derechos del Niño, que en su mensaje señala:

“Es también obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la Convención.”.

Y en su artículo 3° establece que:

“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.”.

Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer o "Convención de Belem Do Pará”, establece en sus artículos 5, 6, y 8 lo siguiente:

“Artículo 5. Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.

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.

Artículo 8 Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y

mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer.”.

De lo expuesto, resulta evidente la necesidad de adecuar la legislación interna para dar cabal cumplimiento a los principios y normas antes indicadas y evitar la colusión con las que aún permanecen en nuestros ordenamientos y que no resultan compatibles con aquellas. La esencia de las modificaciones propuestas se encuentra precisamente en la aplicación concreta de los derechos y libertades de que gozamos como personas humanas adultas o personas en desarrollo, en el caso de los niños, niñas y adolescentes, y será labor del Senado mejorar el proyecto que ha salido de la Cámara de Diputados.

En primer término, considerar a todo ser humano como persona implica el reconocimiento de su dignidad y, por tanto, de su autonomía para tomar las decisiones relativas a su vida y, en el caso de los niños, se trata de una autonomía progresiva, es decir, aquella que va en aumento en la medida que alcanza mayor grado de edad, madurez o capacidad para formarse un juicio propio. Lo anterior, en el marco del ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales, las cuales se encuentran garantizadas por el bloque de constitucionalidad en un Estado democrático de Derecho.

En el ejercicio de esa autonomía, los padres en igualdad de derechos y deberes, en interés superior de sus hijos, es decir, respetando sus derechos, promoviéndolos y velando por su bienestar, con miras al pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, deben proporcionarle el seno de una familia y un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Lo señalado no sólo está asociado al concepto tradicional de familia, sino que es comprensivo de las distintas formas en que se organiza hoy una familia, entendiendo por tal, según la suscrita, los principales referentes afectivos de una persona y, en especial, para una persona en desarrollo, los cuales se organizan para darse protección, afecto y satisfacción a sus necesidades; y puesto que la familia del niño se inicia a partir de la filiación y no termina o se extingue cuando los padres no viven juntos, el vínculo filiativo permanece.

Así, la tarea común de los padres, coparentalidad o corresponsabilidad, debe permanecer intacta para el hijo, se encuentren sus padres viviendo juntos o separados, esto es, el ejercicio de sus derechos no debe afectarse por la situación fáctica que afecte a sus padres. Asimismo, los derechos-deberes o derechos-función de los padres no se alteran cuando termina la vida matrimonial o de pareja. Sin embargo, nuestra legislación

actual en estas materias, dictada para un escenario distinto, no refuerza este principio, sin perjuicio de que la mayoría de las normas del Código Civil relativas a los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, Titulo IX del Libro Primero, indican derechos deberes de ambos padres, o a ejercer de consuno por ellos, conforme lo dispone el artículo 224 del Código, que indica que “Toca de consuno a ambos padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.”. Dicha circunstancia, lamentablemente, aparece modificada cuando los padres viven separados de acuerdo con lo que dispone actualmente el artículo 225.

El concepto de coparentalidad o corresponsabilidad consiste en “reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y derechos inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales”, agregando que debe realizarse en función del interés superior del hijo/a, esto es, respetando sus derechos[2].

Las ventajas de explicitar un modelo de responsabilidad parental conjunta en la ley, sin preferencias a favor de alguno de los padres, son claras y concretas, puesto que, en primer término, los estudios realizados en esta materia específica por Wallerstein y Kelly, avalan que los hijos de padres separados que presentan mayor y mejor desarrollo son aquellos que mantienen contacto regular y continuo con ambos padres después de la ruptura, elimina la desigualdad e incluso discriminación manifiesta en virtud del género, puesto que contribuye a erradicar un prejuicio histórico, económico, sociológico y jurídico, que refuerza el rol de la mujer como ama de casa y madre, conjuntamente con la dependencia económica del marido, siendo una ventaja para la madre pero también una carga; está acorde con las investigaciones en las cuales se concluye que el afecto que necesita un niño es independiente del sexo del progenitor que lo provea; contribuye a evitar la idea de la existencia de un derecho de propiedad sobre el hijo, centrando la atención en las necesidades emocionales del niño por sobre las de la madre [3].

En relación a los niños y su interés superior y también a los padres, las ventajas del principio de coparentalidad o responsabilidad conjunta son evidentes conforme lo indica la mayoría de la doctrina internacional, especialmente la de Argentina, ya que pone de relieve

---

[2] Definición extraída en relación a la tuición compartida, del libro de Derecho Constitucional de Familia, Tomo I, autores Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama y Marisa Herrera. Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediar S.A. Editora. Primera Edición, año 2006.

[3] Estudios de Wallerstein, J.S. y Kelly J.B., Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce, New York, Basic Books, 1980.

al niño y sus derechos y permite concordar normas que colisionan hoy con otras como las del 225 del Código Civil en análisis:[4]

Ventajas para el hijo/a:

- El interés superior de todo niño en alcanzar un pleno y armonioso desarrollo de su personalidad se identifica en un contexto familiar en el que participen activamente ambos progenitores, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. (Preámbulo CDN).

- Se encuentra acorde con los artículos 3 de la CDN, que habla de la obligación de los Estados en asegurar al niño la protección y cuidados necesarios para su bienestar, tomando en cuenta los derechos y deberes de sus padres; con el artículo 5, que indica como otra obligación del Estado respetar las responsabilidades y derechos y deberes de los padres; con el artículo 7, en el marco del derecho a la identidad, ”conocer a sus padres y ser cuidado por ellos”. Igualmente, con el artículo 9, que el niño no sea separado de sus padres, y en su caso, mantener con ellos relaciones personales y contacto directo de modo regular; con el artículo 14, en relación a que los estados respetarán los derechos y deberes de los padres como guías en el ejercicio de la libertad de pensamiento del niño; y con el artículo 18, según el cual “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, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”.

- Se encuentra acorde con los artículos 7 de la CDN, en el marco del derecho a la identidad, ”ser cuidado por ambos padres”, 9 y 18, “ambos padres tienen obligaciones comunes...”.

- La atenuación del sentimiento de pérdida o abandono del niño luego de la separación, situación que ya es un duelo para el niño, y si a eso se suma la brusca disminución del contacto con el otro padre, las consecuencias pueden ser graves para su emocionalidad.

- El reconocimiento del hijo como alguien ajeno al conflicto de pareja entre sus padres.

- El niño necesita continuar el contacto que tenía antes con ambos padres, lo que es esencial en su desarrollo.

---

[4] Comentarios respecto al tema de la tuición compartida, extraídos del libro de Derecho Constitucional de Familia, Tomo I, autores Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama y Marisa Herrera. Buenos Aires, Argentina Editorial Ediar S.A. Editora. Primera Edición año 2006.

- El niño mitiga el sentimiento de presión, eliminando o disminuyendo los conflictos de lealtad.

Ventajas para los padres:

- Se encuentra acorde con el principio de igualdad de ambos padres respecto de la crianza, establecimiento y educación de los hijos. Artículo 224 del Código Civil y artículos 1° y 19 Nº 2 de la Constitución Política de Chile, igualdad ante la ley.
- Las decisiones más importantes respecto de los hijos se mantienen en poder de ambos padres, ya que son ellos quienes se encuentran en mejores condiciones para arribar al acuerdo que resultará más beneficioso para sus hijos.
- La intervención judicial en el supuesto anterior, debe relegarse a un segundo plano y funcionar como mecanismo de control, haciendo concreta la máxima que establece que los tribunales somos la última ratio y que el rol a desempeñar es subsidiario de la voluntad de las partes y su autonomía, priorizando la solución colaborativa de los conflictos, en que las partes son los protagonistas de su vida, se hacen cargo de ella y comprenden la responsabilidad derivada de las decisiones que adoptan, logrando una solución que les brinda mayor satisfacción, pues quién mejor que ellos para decidir sobre sus conflictos, a través de la mediación o la conciliación, todo ello acorde con el principio de colaboración establecido en el artículo 14 de la ley N° 19.968.
- Participación activa de ambos padres en la crianza de sus hijos.
- Garantiza permanencia de los cuidados parentales y con ello, mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas.
- La decisión en igualdad de condiciones en cuanto a los aspectos de educación, crianza y cuidado de los hijos obliga a los padres a conciliar y armonizar sus actitudes personales a favor del mejor y mayor bienestar de los niños, lo que pone a prueba su actitud y aptitud como progenitores.
- Equiparación de padres en cuanto a la organización de su vida personal y profesional distribuyendo la carga de la crianza.
- Reconocimiento de cada progenitor en su rol paterno.
- La comunicación permanente entre los progenitores.
- La distribución de los gastos de manutención.
- Apunta a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de las desavenencias conyugales o de pareja.

Ventajas generales:

- Acorde con lo dispuesto en la Convención Belem do Pará, artículo 5, b, y 16, d, puesto que las funciones parentales se distribuyen en forma equitativa entre los progenitores, lo que constituye un alivio para una gran mayoría de mujeres que trabajan fuera del hogar y deben repartir su vida entre el ejercicio de su profesión u oficio y la crianza de sus hijos, encontrando poco o casi nada de tiempo para su desarrollo personal.

- Provoca un estímulo para los padres que quieren compartir más momentos con sus hijos y participar en su educación y crianza en forma activa y no como terceros ajenos en la toma de decisiones.

- Se promueve un sistema familiar democrático en el que cada uno de sus miembros ejerce su rol con independencia, igualdad y respeto recíproco, de acuerdo a los principios reconocidos en las diversas normas internas como en las incorporadas a través de convenciones[5].

Supuestas desventajas:

- Provocaría un aumento de la judicialización de los conflictos ante la falta de acuerdos entre los padres.

- Con quién se queda el niño mientras los padres se ponen de acuerdo.

- Generaría indefinición de las funciones propias del padre y de la madre, creando una disociación para el hijo en dos mundos.

Contraargumentos:

- En cuanto al aumento de la judicialización, es dable señalar que si consideramos las estadísticas, de la cantidad de familias existentes en el país con hijos cuyos padres no permanecen juntos, un porcentaje bastante minoritario lleva sus conflictos a tribunales y cuando ello ocurre o es necesario regular el tema en los divorcios de común acuerdo, estas materias se resuelven vía acuerdo, como su nombre lo indica; luego, las causas de divorcio unilateral en las que hay hijos menores de edad, las relativas a cuidado personal y relación directa y regular, en su mayoría se resuelven vía mediación o conciliación y un porcentaje muy reducido, se resuelve mediante la adjudicación del juez, tendencia que está confirmada por las cifras que arroja la mediación y la conciliación como formas alternativas de resolver el conflicto.

---

[5] Algunas de las ventajas del régimen de tuición compartida mencionadas fueron extraídas del libro de Derecho Constitucional de Familia, Tomo I, autores Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama y Marisa Herrera. Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediar S.A. Editora. Primera Edición, año 2006.

- Respecto al conflicto a resolver mientras los padres no llegan a acuerdo, y con el fin de eliminar la atribución legal preferente en manos de la madre, se propone que el juez resuelva manteniendo como medida cautelar la custodia del niño en manos de uno de los padres, tomando en cuenta especialmente la opinión del niño conforme a su edad y madurez y la idoneidad de los padres, considerando como factor preponderante la facilidad que otorgue uno de ellos para el contacto con el otro de los padres, todo ello conforme al interés superior del niño, y manteniendo la responsabilidad conjunta de los padres en cuanto a las decisiones más importantes relacionadas con la crianza, educación y establecimiento del niño.

- Respecto al último punto, se trata de una crítica basada en un concepto de familia que no se condice con las estructuras familiares modernas, eminentemente variables ligadas al funcionamiento particular de cada familia en un momento específico en el campo económico, cultural, político , ideológico y religioso.

En relación a lo expuesto, es necesario insistir en que uno de los roles fundamentales de la ley es su valor educativo, por tanto, debe desplegar su potencial de cambio al máximo, intentando adelantarse o, en su defecto, ir a la par de los cambios culturales[6].

En esta tarea, será importante tener en cuenta las propuestas y conclusiones alcanzadas en el Segundo Encuentro de Derecho de Familia en el Mercosur y países asociados, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 24 y 25 de agosto de 2006, en materia de responsabilidad parental, en el que se establecieron pautas de armonización legislativa y especialmente en lo referido a “la Guarda de los Hijos después del Divorcio”, expositora Cecilia Grosman, encuentro en el que participó Chile a través de la presencia y exposiciones de doña Maricruz Gómez De La Torre. En lo pertinente, se trata de las siguientes:

“1. Cuestiones terminológicas: reemplazar la expresión “patria potestad” por “responsabilidad parental”. Tenencia o custodia de los hijos por “cuidado personal de los hijos” o “convivencia con los hijos”. La expresión “visitas” por “comunicación con los hijos”.

2. En caso que los padres no convivan, debe mantenerse el ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza de ambos padres, ello sin perjuicio de que por voluntad de las partes o decisión judicial,

---

[6] Comentario respecto del rol del legislador y la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma que en la ley argentina establece preferencia para la madre respecto de la tuición de hijos menores de 5 años, extraído del libro de Derecho Constitucional de Familia, Tomo I, autores Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama y Marisa Herrera. Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediar S.A. Editora. Primera Edición, año 2006.

en interés del hijo, se atribuya el ejercicio de la función a sólo uno de ellos o se establezcan distintas modalidades en cuanto a la distribución de tareas. Igualmente, podrá establecerse el ejercicio unipersonal si se acreditare un serio desentendimiento del hijo por parte de uno de los padres.

3. En el modelo armonizador debe consignarse que la voluntad de los padres es prioritaria para decidir el régimen de convivencia con el hijo, ya sea el cuidado unipersonal del hijo o el cuidado compartido, salvo que tal acuerdo lesione el interés del niño o adolescente.

4. Deben propiciarse los acuerdos de “cuidado compartido” del hijo y plantearse como alternativa preferencial en los ordenamientos legales, teniendo en cuenta el derecho del niño a la responsabilidad de ambos padres en su crianza y educación, consagrado en los artículos 9° y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es conveniente, en principio, contar con el acuerdo de los padres. Sin embrago, pueden darse circunstancias por las cuales resulte apropiado que el juez disponga el régimen de cuidado compartido en interés del hijo.

5. Aun cuando se considere el cuidado compartido del hijo como la opción más beneficiosa para el grupo familiar, como no siempre es posible o conveniente arribar a esta solución, no sólo los padres podrán acordar el cuidado unipersonal del hijo, sino también podrá decidirlo el tribunal si en función de las circunstancias del caso, y teniendo en cuenta el interés del niño o adolescente, no resulte aconsejable el sistema de cuidado compartido.

6. En la atribución del cuidado del hijo de carácter unipersonal deben evitarse exclusiones fundadas en presunciones abstractas de ineptitud en función del sexo, la religión, la orientación sexual o las preferencias políticas o ideológicas. Sólo pueden juzgarse las conductas y actividades de los progenitores en la medida en que afecten el interés del niño o adolescente y repercutan en su desarrollo y formación.

7. La preferencia materna, que aún subsiste en ciertas legislaciones de la comunidad regional, constituye una discriminación en función del sexo que lesiona el derecho igualitario de ambos padres en la relación con sus hijos, consagrado en los tratados de derechos humanos. Ello no impide que la edad del hijo se considere un elemento relevante a la hora de decidir con quién convivirá el niño, pero el juez debe tener la libertad de adoptar una decisión teniendo en cuenta su mejor interés en cada caso singular.

8. Debe considerarse como un elemento relevante para acordar el cuidado del hijo cuál es el progenitor que facilite de manera amplia la comunicación y las relaciones con el padre no conviviente.

9. Es necesario consignar en forma expresa que el régimen de comunicación con los hijos no sólo consiste en encuentros periódicos, sino que, al mismo tiempo, implica el derecho del padre a participar en forma activa, juntamente con el progenitor que vive con el hijo, en la función de crianza y educación.

10. En los casos de obstrucción al régimen de comunicación del progenitor con sus hijos, sin perjuicio de las sanciones civiles o penales que se establezcan, es conveniente la implementación de un procedimiento que permita indagar las causas del conflicto planteado mediante el apoyo de un equipo interdisciplinario que oriente y ayude a las partes a encontrar una solución al problema planteado. Esta misma herramienta legal es preciso instrumentarla en los casos en que resulte incumplidor el progenitor a cuyo favor se estableció el régimen de comunicación.

11. La obstrucción de la relación materno o paterno-filial podrá dar lugar a que se modifique el régimen de convivencia con el hijo, salvo que ello afecte su interés.

12. Procede la acción de daños y perjuicios contra el progenitor que obstaculiza las relaciones del hijo con el otro padre, así como también es responsable civilmente de los daños causados el progenitor que incumple injustificadamente el régimen de comunicación con el hijo.

13. Es necesario establecer en el modelo de armonización legislativa de la comunidad regional, el derecho del niño o adolescente a relacionarse con familiares u otras personas con las cuales tiene un vínculo de afectividad que desea mantener.”[7].

Finalmente, cabe hacer una distinción fundamental dentro de la temática del concepto de cuidado personal, y consiste en separar los términos de custodia o tenencia del niño, del cuidado personal referido a la responsabilidad parental conjunta en las decisiones de la crianza, educación y desarrollo del niño, puesto que el hecho que uno de los padres conserve dicha tenencia o custodia no puede privar al otro padre del ejercicio de los derechos-deberes respecto del hijo común, salvo que en interés del hijo y por resolución judicial se limiten estos derechos o su ejercicio a uno de los progenitores.

Chile se encuentra hoy enfrentado a cambios legislativos fundamentales y este es uno de esos desafíos, quizá el más importante si pensamos en aquella frase que indica que los niños son el

[7] Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 43, Julio/Agosto 2009, Armonización del derecho de familia en el Mercosur y Asociados. Directora Cecilia P. Grosman.

futuro de un país y que la familia, sin apellido, es el núcleo fundamental de la sociedad[8].".

Enseguida, hizo uso de la palabra **el abogado señor Nicolás Espejo, Consultor Encargado de Protección Legal del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).**

Manifestó que, en primer término, se referiría a los requerimientos que plantea la Convención sobre los Derechos del Niño en la materia en estudio, para, luego, verificar la forma como la iniciativa en discusión se ajusta a aquellos y destacar tanto las bondades de ésta como los aspectos que podrían mejorar.

Hizo presente que el referido instrumento internacional establece deberes y derechos de los padres en relación a sus hijos menores y define cómo debe entenderse el rol de aquellos, desde la perspectiva de impartir al niño dirección y orientación apropiada para el ejercicio de sus derechos.

Sobre el particular, mencionó, en primer lugar, el artículo 5°, que contempla el deber de los Estados partes de respetar las responsabilidades, derechos y deberes que los padres tienen en cuanto a impartir al niño la dirección y orientación apropiadas para que éste ejerza los derechos que este tratado les reconoce.

Hizo notar que esta disposición redefine la relación filio paternal en términos de dirección y orientación apropiadas.

Enseguida, aludió al artículo 18 de la Convención, que refuerza el principio de corresponsabilidad paternal. En efecto, dijo, según este precepto, ambos padres tienen obligaciones respecto a la crianza y al desarrollo del niño y su preocupación tiene que ser siempre el interés superior del niño.

Luego, se refirió al artículo 19, concerniente al deber de los Estados partes de velar por que el niño no sea separado de sus padres en contra de la voluntad de éstos, a menos que ello se determine por revisión judicial y en atención al interés superior del menor, como ocurre, por ejemplo, en el caso de abusos. Hizo notar que si se establece un procedimiento, todas las partes interesadas deben concurrir a él y deben manifestar sus opiniones.

---

[8] Gloria Isabel Negroni Vera, Juez Titular del Tercer Juzgado de Familia de Santiago, Chile. Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, trece años en el Poder Judicial de Chile, Directora Regional Santiago de La Asociación de Magistrados, miembro permanente de la Unidad de Apoyo a la Reforma de Familia creada por la Excma. Corte Suprema y dirigida por el Ministro Héctor Carreño Seaman.

Expresó, igualmente, que la norma prescribe que si hay separación, el niño conserva su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que ello sea contrario a su interés superior.

Destacó, enseguida, el artículo 12, según el cual el niño tiene derecho a ser oído y a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose en cuenta dichas opiniones en relación a su edad y grado de madurez.

A continuación, abordó los aspectos positivos del proyecto en estudio.

En esta materia, destacó el reconocimiento de la institución del cuidado personal compartido, como modelo cooperativo voluntario y no como sanción. Ello, dijo, constituye un gran avance en términos de garantizar en nuestra legislación la corresponsabilidad parental.

Agregó que la figura del cuidado personal compartido no se puede imponer por parte del juez, lo que también constituye un gran avance.

Señaló que otro aspecto positivo viene dado por el rol cautelar del juez consagrado en el artículo 225, inciso quinto, que permite que éste haga una revisión de los elementos que son centrales para la verificación del interés superior del menor en el caso concreto.

También puso de manifiesto la derogación que el proyecto propone en relación al artículo 228 del Código Civil, en virtud del cual 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 cónyuge.

Sostuvo que otro aspecto relevante consiste en el fortalecimiento y la precisión del concepto de relación directa y regular que se hace en el artículo 229 del señalado Código.

Por otra parte, connotó el establecimiento, en el artículo 40 de la Ley de Menores, de criterios judiciales para determinar el interés superior del hijo. Hizo presente que es vital otorgar a los jueces una guía en esta materia, porque, de lo contrario, puede producirse una discrecionalidad judicial y no una interpretación coherente con la ya citada Convención sobre los Derechos del Niño.

Hizo notar, finalmente, el hecho de que en el artículo 41 de la misma ley se determinen los factores que el juez deberá considerar para determinar el régimen de cuidado personal compartido.

En cuanto a los aspectos mejorables del proyecto en análisis, expresó que el primero de ellos consiste en modificar la noción de cuidado personal compartido que se ha aprobado en primer trámite constitucional, pues ella reduce dicha institución al ámbito de la residencia compartida, en circunstancias en que va más mucho allá.

Expresó que la custodia o cuidado personal compartido busca propiciar la coparentalidad, en base a un modelo global de orientación y guía en los aspectos vitales del niño. En este sentido, dijo, el cuidado personal compartido cubre diversos aspectos, tales como la educación de los hijos, decisiones vinculadas a su salud, libertad de circulación dentro y fuera del territorio, etc. Aclaró que la residencia es sólo un aspecto o dimensión del cuidado personal, pero no lo agota.

Indicó, en segundo lugar, que existirán situaciones en que el juez no verificará la protección del interés superior del niño en el caso concreto, toda vez que operará la atribución legal supletoria a favor de la madre. En este punto, hizo notar que considera necesario que haya un mecanismo que permita verificar el interés superior del hijo.

Enfatizó que el interés superior del niño debe verificarse por parte del juez en el caso concreto y no basarse en supuestos o presunciones generales sobre el bienestar de aquél. Sostuvo que el objetivo central de la ley debe ser que se respete el interés superior del niño, cuestión que requiere la verificación judicial en base a criterios objetivos. Sobre este particular, hizo presente las consideraciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos formuló sobre la materia al pronunciarse sobre el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Citó, al efecto, las consideraciones contenidas en los párrafos 109, 110 y 111 de su sentencia, de fecha 24 de febrero de 2012.

Precisó que otro aspecto susceptible de ser perfeccionado es el derecho del niño a ser oído, ya que en el proyecto se señala que el juez deberá hacerle una evaluación “especialmente” si ha cumplido 14 años. Destacó que la expresión “especialmente” va en contra de lo que señala la Convención de los Derechos del Niño, que propone que se aplique el criterio del grado de madurez.

Sobre el particular, explicó que los jueces pueden descuidar el derecho de los niños menores de 14 años a expresar su opinión, lo que puede generar una distorsión importante, al reconocer el derecho a ser oído sólo a los adolescentes y no a los niños menores de aquella edad.

Al respecto, citó nuevamente el ya mencionado fallo recaído en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolla este concepto en las

consideraciones contenidas en los párrafos 196, 197, 198, 199, 200 y 206 del mismo.

Por otra parte, sostuvo que el proyecto, al definir la relación directa y regular, agrega dentro de aquel concepto el adjetivo “personal”, cuestión –dijo- discutible, pues hay formas de relación directa y regular que no presuponen el contacto personal, como, por ejemplo, aquellas derivadas de las nuevas tecnologías. Es el caso de las llamadas de teléfono, skype, etc. Afirmó que una definición de relación directa y regular que agregue el carácter de “personal” puede importar afectar el régimen de relación directa y regular en estos otros casos. Igualmente, hizo presente la práctica progresiva de los tribunales de justicia nacionales y extranjeros, en orden a reconocer formas no personales de relación directa y regular.

En último término, en cuanto a las enmiendas que se hacen a la ley N° 16.618, de Menores, opinó que no son convenientes pues el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha recomendado en diversas ocasiones al Estado de Chile la derogación de dicho cuerpo legal, en atención a que éste se basa en un paradigma tutelar de la infancia. Señaló que debe promulgarse una ley de protección integral a los derechos de los niños, proceso que presupone la derogación de la ley antes mencionada.

Aconsejó que las normas que establecen criterios de interpretación sobre el interés superior del niño y los factores para determinar el sistema de cuidado personal, se incorporen derechamente al Código Civil. Insistió en la necesidad de contar con un marco integral que regule las distintas materias legislativas en lo relacionado con la infancia.

Concluyó su exposición poniendo de manifiesto la relevancia de la figura del Defensor del Niño, como institución que en forma autónoma e independiente pueda opinar sobre cómo los distintos proyectos de ley respetan o no los derechos de los niños. Señaló que ese rol debiera desempeñarlo el día de mañana una institución del Estado de Chile.

Enseguida, intervino **la Profesora señora Andrea Muñoz.**

Señaló, en primer término, que, en su opinión, la propuesta que llega al Senado en segundo trámite legislativo está, en términos generales, bien orientada, salvo en cuanto mantiene la regla supletoria en virtud de la cual, a falta de acuerdo, se entrega el cuidado personal de los hijos a la madre en caso que los padres se encuentren separados. Tal cuestión –connotó- la motivó de manera especial a concurrir a esta sesión.

Compartió el criterio de quienes han sostenido que dicha norma es inconstitucional, agregando que el primero en plantear sus dudas de constitucionalidad fue el Profesor señor Enrique Barros, recién dictada la ley N° 19.585[9] y que luego se han sumado las voces de muchos otros autores[10]. Más que nada, le parece que se trata de una regla innecesaria y poco adecuada para resolver un conflicto en que lo que debiera primar es el interés superior del niño. A continuación, pasó a fundamentar sus afirmaciones.

Explicó que la norma actual (artículo 225 del Código Civil) establece, en primer lugar, que toca a la madre el cuidado personal de los hijos cuando los padres viven separados, pero a continuación establece la posibilidad de que los padres, por un acuerdo privado, convengan en entregar el cuidado al padre. Éste, dijo, es un acto solemne y perfectamente revocable. Por eso la doctrina ha entendido que estamos en presencia de una norma supletoria, ya que en verdad prima la voluntad de los padres pues éstos pueden alterar la norma legal y convenir una cosa distinta, de manera que sólo si nada dicen, se aplica o rige lo dispuesto en la norma. En todo caso, prosiguió, sea que el cuidado personal lo hayan convenido los padres o que esté en aplicación la regla supletoria, el juez podrá modificarlo – y entregar el cuidado al otro de los padres - si así lo exige el interés superior del menor, por existir una causa calificada.

¿Qué propone el proyecto en estudio? Destacó que, en primer lugar, la iniciativa parte por establecer que el cuidado personal de los hijos será el que acuerden los padres, vale decir, destaca como prioritaria la regla de atribución convencional, cuestión que le parece acertada, porque aunque en realidad no signifique un cambio sustantivo respecto de lo que la normativa actual contempla, importa reafirmar que esta es la regla principal, es decir, que son los padres los que deben decidir de común acuerdo una cuestión tan importante como el cuidado de los hijos, una vez producido el quiebre de la convivencia, y agrega como alternativa, que los padres puedan convenir el ejercicio conjunto o compartido del cuidado personal del o los hijos, cuestión que también le parece conveniente, pero que dejó todavía pendiente, para poner atención en la regla que, anunció, deseaba controvertir y que consiste en lo siguiente.

Como ya lo adelantara, luego de consagrar la atribución convencional, la propuesta establece que mientras no exista acuerdo de los padres o decisión judicial, la madre tendrá el cuidado de los hijos menores, es decir, mantiene la regla supletoria actualmente vigente de atribución legal en favor de la madre, en circunstancias que lo prudente y razonable sería establecer que a falta de acuerdo, quien debe decidir es el

---

[9] En “Notas Históricas y Comparadas sobre el Nuevo Ordenamiento Legal de Filiación”, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 1999, págs.. 47-48.

[10] Ver artículo de la Profesora Fabiola Lathrop, en Revista Ius et Praxis, 2010, vol. 16 N°2, pág. 147-184; www.scielo.cl

juez, teniendo como única regla que lo guíe, la de determinar aquello que sea más beneficioso para el niño.

Explicó que esta norma ciertamente tiene una larga historia y que, en el fondo, es la misma que originalmente instituyó Bello, sin perjuicio que a través de los años ha venido sufriendo variaciones menores, sea para subir la edad de los hijos varones que quedaban a cargo de la madre, o para eliminar la diferencia por sexo, que hacía que a partir de determinada edad los hijos varones quedaran al cuidado del padre, en fin.

Indicó que la diferencia está, sin embargo, en que esa norma era aceptable en otro contexto social y jurídico. Social, en el sentido que efectivamente en la estructura familiar tradicional se encontraban muy marcados los roles de madre que se dedicaba al cuidado del hogar y padre proveedor, cuestión que ha venido cambiando progresivamente con los años, a partir del ingreso de la mujer al mundo del trabajo y la mayor participación de los padres en la crianza de sus hijos. En lo jurídico, las modificaciones introducidas a partir de la ley N° 19.585 y la incorporación de las normas contenidas en la Convención de los Derechos del Niño, ponen en el centro al niño, como sujeto de derechos, de manera que todas las decisiones que le afecten deben ser tomadas en función del interés superior de éste. Los derechos de los padres se entienden como derechos–funciones, derechos-deberes, con lo que se quiere resaltar que se trata de facultades o derechos concedidos a los padres en aras de la satisfacción del bien de los hijos.

Sostuvo que es por eso que mantener a estas alturas una norma que radica automáticamente el cuidado de los hijos en la madre, por el solo hecho de serlo y al margen de cualquier consideración sobre qué es lo mejor para el niño en el caso concreto de que se trata, es muy fuerte y contraviene no solamente la igualdad ante la ley consagrada constitucionalmente en relación al padre (ámbito en el que no quiso situar mis críticas), sino que también contraviene el eje central de la normativa actualmente vigente en relación al ejercicio de la autoridad paterna, cual es la primacía del principio del interés superior del niño. Dijo que con esto, obviamente no se pretende insinuar que entregar el cuidado a la madre sea contrario al interés del niño; probablemente en una buena cantidad de casos sea lo mejor, pero lo que ocurre es que eso se debe determinar luego de un debate en que se aporten antecedentes al juez que permitan establecer con un mayor grado de certeza qué es lo más beneficioso para el menor.

Expresó que los argumentos para mantener esta norma en la discusión de la ley N° 19.585 fueron, según consta de la historia de aquella ley, de tipo práctico. Se dijo que de esta forma se evitarían dificultades en su establecimiento y que, además, lo frecuente era que los hijos se quedaran con la madre. Parece obvio que ninguno de estos argumentos es suficiente para tomar una decisión tan importante como la de

decidir el cuidado personal de los hijos. Por otra parte, tampoco es cierto que no tener una norma supletoria supondría un colapso en la judicatura y una incertidumbre para los hijos. Señaló que su intuición es, por el contrario, que eso obligaría a los padres a discutir francamente el tema y a alcanzar acuerdos en forma menos dramática y más fluida.[11] Ahora bien, prosiguió, si no llegan a acuerdo, deberán recurrir a la justicia. ¿Qué tan problemático puede ser esto? se preguntó. Consideró que, en ese caso, las partes además deberán someterse en forma previa a mediación obligatoria y, en todo caso, lo más probable es que se decrete una medida provisoria mientras se ventila el procedimiento. Hizo notar que el problema que se genera, en cambio, con la existencia de esta norma de cierre, es que tiende a impedir los acuerdos, en la medida en que fortalece la posición de la madre –a ella le basta oponerse- y eleva la vara para el padre, quien se verá obligado a acreditar una situación grave –una causa calificada– para obtener la titularidad del cuidado del hijo, en circunstancias que a lo único que debiera atender el juez es al interés superior del niño, esto es, con quién el hijo se desarrollará mejor.

Añadió que el análisis de las causas judiciales por cuidado personal permite advertir, asimismo, que esta regla supletoria es utilizada con frecuencia como criterio de atribución judicial, es decir, los jueces tienden a poner su atención más bien en si a la madre le afecta una inhabilidad para hacerse cargo del hijo, en el entendido de que sólo así podrán “alterar la regla” que viene dada, cuestión que se opone al espíritu de las nuevas normas y que, además, supone darle una interpretación que excede al de una regla supletoria. Indicó que no es infrecuente encontrar fallos de segunda instancia y más aún de casación, en que la Corte argumenta que los antecedentes no permiten alterar esta norma de “orden natural” que obliga a que los hijos estén con las madres, fundamento que, como se ha visto, no se encuentra, al menos en forma explícita, en la historia de la ley.

Opinó que, a la postre, el perjuicio es mucho mayor que el beneficio, no sólo para el niño, sino también para los padres. Para el padre, que se ve excluido de la posibilidad de hacerse cargo del cuidado de su hijo por aplicación de una norma que presume –en abstracto- que con la madre estará mejor, y porque desincentiva el desarrollo de una corresponsabilidad parental; para la madre que debe lidiar con su jefatura del hogar y muchas veces ansiaría compartir esta responsabilidad y, sin embargo, le es difícil escapar del modelo impuesto por la regla, consolidando con ello el patrón cultural.

Concluyó esta parte de su alocución señalando que, en la actualidad, la tendencia del derecho comparado es a dejar que los padres decidan quien tiene el cuidado personal y, en su defecto, lo dirime el

[11] Señaló que discrepaba de lo sostenido por la señora Ministra Directora del SERNAM en el sentido de que sin esta norma, el niño se “institucionalizaría”.

juez. Manifestó que ya no quedan ordenamientos que mantengan una situación como la nuestra, salvo el caso de Argentina, en que se entrega el cuidado de la madre al niño menor de 5 años, norma respecto de la cual, en todo caso, se alzan voces que reprochan su inconstitucionalidad.

Enseguida, en otro orden de ideas, consideró positivo incorporar, como lo hace el proyecto, la alternativa del cuidado compartido, esto es, mencionarlo expresamente como una de las posibilidades que tienen los padres de organizar la convivencia con el hijo luego de la ruptura conyugal[12]. Informó que esta es una opción que ya se maneja en la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos actuales (es el caso de España, Francia, Alemania, Italia, por nombrar sólo los europeos) y constituye una manifestación del principio de corresponsabilidad parental.

Explicó que fortalecer la idea de una corresponsabilidad parental implica avanzar en un proceso que reconoce como necesaria la distribución equitativa entre ambos padres de las distintas funciones propias de la autoridad parental. Agregó que se dice, por otra parte, que el cuidado compartido pretende preservar el derecho de los hijos a mantener una relación afectiva con ambos padres, pese a la crisis familiar, y en ese contexto, busca mantener la cotidianeidad de dichas relaciones. Connotó que la custodia compartida no es un sistema único, sinónimo de una alternancia estricta de la residencia del menor, sino que admite diversas modalidades y dependerá de las circunstancias particulares de cada familia; cualquiera sea la modalidad, significa, en definitiva, la opción de organizar la convivencia del hijo de manera que ambos padres puedan participar más activamente en su cuidado personal, pudiendo establecer que éste viva con cada uno de ellos lapsos sucesivos o alternados más o menos predeterminados.

Indicó que es obvio que frente a un sistema que no conocemos en su aplicación puedan surgir dudas acerca de su conveniencia, principalmente porque se suele argumentar como desventajas del sistema, los problemas que se pueden generar en relación a la estabilidad del niño o la falta de unidad en la dirección de su cuidado y educación; sin embargo, y admitiendo que éstos son dos aspectos delicados que hay que considerar, manifestó que tenía la impresión que se trata de críticas apriorísticas y poco informadas, en la medida que suponen un modelo estereotipado de un niño que corre de casa en casa, en circunstancias que como se ha dicho, las opciones son muchas y dependerá de las circunstancias familiares concretas.

---

[12] Sobre este tema, sugiero que la Comisión escuche a la profesora Lathrop, de la Universidad de Chile, quien es la que más sabe del mismo. Gran parte de los conceptos aquí vertidos, han sido tomados del artículo de la profesora Lathrop, publicado en la Revista Chilena de Derecho Privado N°10, del año 2008, “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”.

Dijo entender, sin embargo, que la custodia compartida no será recomendable o posible de aplicar en todos los casos y que probablemente en un país como el nuestro (con sus extensas jornadas laborales, largas distancias, escasos recursos materiales, entre otros factores), sus exigencias no permitan que se aplique en definitiva, sino en un reducido número de casos, pero no por eso se debe excluir como opción.

En consecuencia, estimó que es positivo y conveniente que se reconozca legalmente como una alternativa que los padres pueden explorar, porque eso permitirá instalar el tema y creará una mayor conciencia de la importancia de la corresponsabilidad parental. No quiso decir con esto que la custodia compartida sea el paradigma o la única forma de alcanzar una corresponsabilidad parental. Desde ya, advirtió que pensaba que el establecimiento de un régimen amplio y fluido de relación directa y regular puede conducir a similares resultados[13]. Señaló que en Chile existen casos en que los acuerdos regulatorios celebrados entre cónyuges que se divorcian han contemplado esta modalidad de cuidado personal o una custodia unipersonal pero con un régimen tan amplio de comunicación directa y regular que se asemeja a una de las formas de cuidado compartido y los jueces se han visto en la necesidad de aprobarlos, no obstante su no consagración legal explícita, aunque luego, según ha tenido conocimiento, se presentan problemas para su inscripción en el Registro Civil.

Opinó que uno de los aspectos que debiera estudiarse con más detención en relación a este tema, es si sólo se debiera admitir en la medida que exista acuerdo de los padres -lo que parece ser la idea del proyecto, según parece- o si también podría decretar el cuidado compartido el juez, a instancia o petición de uno de los padres, como lo admite excepcionalmente el ordenamiento español, por ejemplo, o como en el caso francés, que contempla la posibilidad de que el juez lo decrete como una decisión transitoria, para verificar la factibilidad del sistema.

A continuación, se refirió a un tercer aspecto, que le pareció relevante y que celebró. Consiste en que el proyecto establece como regla supletoria, el ejercicio conjunto de la patria potestad por parte de ambos padres. Consideró que con ello se da un paso más en el avance que había significado la reforma introducida por la ley N° 19.585, que permitió que ambos cónyuges decidieran de común acuerdo quien sería el titular de la patria potestad, contemplando la alternativa de que fuera el padre, la madre o ambos en conjunto. Dijo que esta buena idea, sin embargo, estaba destinada a perderse, en la medida que como regla supletoria se radicó la titularidad en el padre, ya que, de ese modo, en los hechos, ésta ha sido la regla que ha primado. Le pareció, en todo caso, que la propuesta actual podría ser mejorada si se regulara con alguna mayor precisión la forma de

[13] Una situación así podría parecerse a una de las modalidades de custodia compartida que, en doctrina, se conoce como la del “progenitor residente principal”, que es aquel con que el hijo convive la mayor parte del tiempo.

realizar ese ejercicio conjunto, ya que consignar solamente que ambos padres podrán llevar a cabo indistintamente los actos de representación del hijo, siempre que no lo perjudiquen ni le impongan obligaciones, resulta insuficiente. Sobre el particular, señaló que podría ser útil revisar lo que proponía el proyecto que dio lugar a la ley N° 19.585, sobre la materia.

Expresó que no podía dejar de manifestar, en todo caso, que le habría gustado aprovechar la oportunidad de esta reforma para establecer de una vez por todas un concepto unitario de autoridad paterna, que reúna los aspectos personales y patrimoniales de la relación parental, como ocurre en la mayoría de los países y como proponía el proyecto de filiación, aspecto éste que no fue aprobado. Recordó que en el derecho comparado no se conoce la particular distinción que hace el ordenamiento chileno, de autoridad parental por un lado, referida a los aspectos personales, y patria potestad, por otro, reservado a lo patrimonial, añadiendo que no parece razonable volver a intervenir en este ámbito, sin hacer esta modificación más global que moderniza el sistema.

En cuarto lugar, abordó las modificaciones que se introducen a la Ley de Menores, específicamente en los artículos 40 y 41, que establecen algunos criterios que los jueces deben tomar en consideración a la hora de determinar cuál es el interés superior de un menor, o de definir la titularidad del cuidado personal.

Al respecto, señaló que se trataba de una cuestión de estrategia que se debe discutir. Opinó que, en principio, cabría pensar que lo ideal es no pautear demasiado al juez ya que de alguna manera eso podría conducir a “achatar” las decisiones, ya que sugeriría que basta con aplicar ese molde. Agregó que, sin embargo, la otra cara de la moneda indica que ésta puede ser una alternativa interesante para estimular a los jueces a hacer el ejercicio de “construir” el interés superior del menor en cada caso, en base a los criterios que el proyecto propone, e impedir de ese modo que este sea un concepto vago o indefinido que se ocupa como un cliché, en forma abstracta y que sirve más bien para decidir lo que el juez cree, de acuerdo a sus propias convicciones, que debe ser el interés superior del menor. Observó que, desde esta perspectiva más pragmática, pudiera ser conveniente incorporar este tipo de criterios, aunque “amarren” un poco al juez. Lo mismo debiera ocurrir en el caso de los criterios que se sugiere tener en consideración cuando se deba definir un cuidado personal.

Tocante a la idoneidad de los criterios mismos contenidos en la propuesta, le pareció reconocer, en aquellos que se consideran para efectos de definir el interés superior del niño, una serie de recomendaciones y parámetros que el derecho anglosajón ha ido elaborando para los jueces y abogados y que han sido recogidos y trabajados por un autor español, Rivero Hernández[14]. Estos criterios fueron consignados en un

[14] Rivero Hernández, Francisco, “El interés del Menor”, Editorial Dykinson, Madrid, págs.. 65 a 67.

fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago hace algunos años (Rol 7.166-2003), que luego ha servido de guía para orientar la jurisprudencia al menos de nuestros tribunales superiores de justicia. Sugirió revisar a Rivero Hernández para ver si el proyecto en análisis menciona todos los criterios por él consignados.

Expresó que, a su turno, los criterios utilizados para pronunciarse sobre el cuidado personal parecen tomados del derecho francés, en la última reforma sobre custodia compartida. En principio, le parecieron bastante exhaustivos pues dan la impresión que consideran todos los aspectos prácticos que permitirían evaluar si resulta conveniente darle curso a un sistema de esa naturaleza. Pudieran estar demás, sin embargo, en relación a la custodia unilateral, en la medida que en esa situación particular parece bastar con aquellos que se mencionan para determinar o construir el interés superior del menor.

En quinto lugar, se refirió a la derogación del artículo 228 del Código Civil que se plantea en el proyecto, la cual, dijo, cuenta con toda su adhesión por cuanto se trata de una norma absolutamente anacrónica, inadecuada y discriminatoria, que por lo demás ha sido criticada duramente por la doctrina nacional.

Complementando su intervención, enunció algunas cuestiones puntuales que sugirió corregir o mejorar en el proyecto. A saber:

a) Le pareció vaga e innecesaria la frase que se incorpora en el artículo 225 del mismo Código como condición para modificar el cuidado personal, “cuando las circunstancias lo requieran”, en la medida que se mantiene el criterio esencial de que lo que vale es el interés del menor.

b) No consideró necesario introducir modificaciones en el artículo 229, referido a la regulación de la relación directa y regular. Estimó que está demás la definición que se propone y la idea de que ésta puede variar conforme cambien las circunstancias, ya que eso está contenido en el artículo 242 de dicho cuerpo legal para todas las materias[15]. Eventualmente, agregó, si se quiere dar una señal, podría incorporarse lo que propone el inciso penúltimo.

c) Tampoco le parece necesaria la modificación que se introduce al artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil, en la medida que basta con introducir el cuidado compartido en las normas sustantivas del Código Civil, como propone el proyecto. Expresó que la técnica utilizada en

[15] Coincidió plenamente con lo señalado por el representante de Unicef, señor Nicolás Espejo, en el sentido que la agregación de la expresión “personal”, como adjetivo de la relación, puede incluso ser más restrictiva. En su opinión, además, no queda claro a qué apunta.

esa ley supone que se trabaja sobre la base de las reglas sustantivas existentes en el Código Civil y otras leyes especiales, en todas las materias a que allí se alude[16]. Indicó que si hubiera algo que agregar al contenido del acuerdo regulatorio, ella sería partidaria de incorporar como otra de las materias que debieran acordarse, la patria potestad.

d) Explicó que si bien entendía que la modificación que se pretende introducir al artículo 42 de la Ley de Menores apunta a desvincular definitivamente las inhabilidades que dicha norma menciona, de los criterios en base a los cuales el juez debe definir el cuidado personal, en conformidad al artículo 225 del Código Civil, le parece que debiera corregirse o complementarse, en el sentido de eliminar la alusión a "uno" de los cónyuges, ya que es la única forma que la norma pueda entenderse circunscrita a lo dispuesto en el artículo 226, que permite entregar el cuidado personal de un menor a un tercero, cuando ambos padres se encuentran en alguna causal de inhabilidad de las que contempla el artículo 42 mencionado.

e) En último término, como mensaje adicional, instó a velar para que al regular el cuidado personal no se separe a los hermanos. Dijo tener la impresión de que éste es un aspecto que no se cuidó suficientemente en la reforma de la ley de filiación y que debió haber quedado como una situación excepcional al tratar de la atribución convencional.

A continuación, hizo uso de la palabra **el Profesor de Derecho Civil y Director del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile, señor Mauricio Tapia.**

Comenzó su exposición preguntando qué se desea con esta reforma, a lo que respondió que, revisado el título de este proyecto de ley, se advierte que se pretende cautelar la integridad del menor.

Hizo notar que la integridad del menor tiene que ver con una cuestión corporal, de integridad física, agregando que la iniciativa también se pronuncia sobre cuestiones patrimoniales, pues hace referencia a la patria potestad.

Indicó que si se continúa analizando el proyecto, se encuentran preceptos que dicen relación con la igualdad. En efecto, dijo, el Código Civil contempla una desigualdad en favor de la mujer, que debiera corregirse. Se preguntó, igualmente, sobre la razón por la cual el SERNAM ha tenido una activa participación y compromiso en esta tramitación, conjeturando si ella, en alguna medida, responde a la discriminación que en este momento se advierte en relación al padre.

---

[16] Probablemente se siguió aquí el modelo del Código Civil español, pero no es necesario en nuestro caso si se mantiene la propuesta de incorporar la materia en el Código Civil.

Agregó que otro de los propósitos parece ser el de crear un sistema de residencia alternativa para el menor, es decir, que éste viva con su madre un determinado lapso y el siguiente con su padre, y así sucesivamente.

Señaló que, en síntesis, el proyecto de ley en estudio tiene una diversidad de propósitos, lo que no obstante ser factible en una ley, presenta problemas cuando no se tiene claridad respecto a los mismos, lo que puede conducir a conclusiones confusas.

Precisó que en nuestro medio se aprecia una gran actividad legislativa tendiente a modificar varios aspectos del Derecho de Familia. A título de ejemplo, indicó que hay proyectos en curso sobre separación judicial; separación de hecho; modificación de varios aspectos sobre los bienes familiares y reforma de la sociedad conyugal. Resaltó, sin embargo, que entre ellos hay cierta falta de coherencia en cuanto a lo que se quiere hacer.

Deploró lo anterior, manifestando que las leyes civiles son instrumentos de seguridad jurídica pues definen las posiciones que se tiene en las relaciones recíprocas. De este modo, dijo, se ha llegado a decir que el Código Civil es la Constitución Civil de Chile. En consecuencia, dijo, lo deseable es que cuando estas leyes se modifican, ello se haga de manera coherente, más si se trata del Código Civil en que también el concepto de codificación exige que se observe dicho criterio.

A continuación, se preguntó si un sistema de residencia y cuidado compartido es pertinente en Chile, agregando que ni en los países donde se aplica esta modalidad hay estudios concluyentes al respecto y que, de acuerdo un estudio realizado en Francia, los menores afectos a tal sistema señalaron sentirse como permanentes viajeros.

Expresó que en cuanto a los temas generales del proyecto en estudio, nuestro Derecho Civil tiene una deuda antigua que no ha podido resolverse en las sucesivas modificaciones que se han introducido.

Indicó que la mencionada deuda dice relación con tres principios, que son la prevalencia que debe tener la protección del interés superior del menor frente a los derechos de los padres; los espacios de libertad que debe haber al interior de la familia y la necesidad de igualdad en las posiciones de los padres frente al quiebre matrimonial.

Declaró que los problemas mencionados surgen del ordenamiento civil, ya que éste recoge una noción de familia piramidal que provenía del Derecho Romano, donde el padre gobernaba y disponía de

autoridad marital sobre la mujer y de autoridad paterna sobre los hijos, con derechos sobre sus personas y sus patrimonios.

Agregó que, sin embargo, el paradigma ha variado y que el cambio de perspectiva del siglo XX revirtió estos conceptos, de manera de reagrupar, en la noción de “autoridad parental”, un conjunto de derechos sobre la persona y el patrimonio del hijo, pero sin discriminar a la mujer.

Se preguntó por qué se estructuró en el Código Civil una noción vinculada a la *potestas*, es decir, al poder sobre los hijos, y no sobre la *autoritas*, es decir, la autoridad que se ejerce sobre la base de derechos y deberes.

Explicó que a la mujer se le asignó el rol de cuidar a los hijos, pero en ningún caso el de la administración de los bienes. Por otro lado, al marido se le atribuyó el rol de trabajar y administrar los bienes.

Sostuvo que la distinción entre autoridad paterna y patria potestad hoy en día no tiene ningún sentido y sólo genera problemas en el Derecho actual. Señaló que, a su juicio, la noción de patria potestad es en sí misma discriminatoria.

Enfatizó que lo que se debe hacer es regular adecuadamente la autoridad parental, reunificando los distintos deberes y derechos recíprocos entre padre y madre. Indicó que la autoridad parental constituye en sí misma un conjunto de derechos y deberes recíprocos que tienen que ver con la obediencia y respeto de los hijos respecto a los padres y con su educación, manutención y cuidado.

Añadió que dicha autoridad parental se ejerce sin intervención del Derecho cuando existe armonía familiar, agregando que la única intervención de la ley mientras se da tal armonía se produce en relación a la administración y disposición de los bienes.

Indicó que, en el proyecto, este conjunto de derechos y deberes personales se reducen, indebidamente, a uno solo que es la residencia y que esa visión restrictiva de la autoridad parental ofrece un problema pues la modificación que se propone en dicho contexto consiste en afirmar que los padres comparten los derechos y deberes mientras dure la armonía familiar, y durante el quiebre sólo la compartirán cuando exista la residencia alternativa.

Sostuvo que los padres, manteniendo o no vida en común, siempre deben cumplir obligaciones en relación a los hijos y compartir la autoridad parental respecto a ellos.

Agregó que en la formulación del proyecto en relación a la autoridad parental compartida se habla de corresponsabilidad, concepto que no le pareció un término adecuado por cuanto en el Derecho Civil se utiliza a propósito de la indemnización de daños frente a terceros.

Manifestó que el artículo 2320 del Código Civil señala que, en materia de responsabilidad, es el padre, y a falta de éste, la madre, quien responde por los daños causados por los hijos. Sobre el particular, se preguntó por qué es el padre y no ambos progenitores quienes deben asumir lo anterior.

Expresó que en materia de administración de los bienes del hijo, el proyecto busca atribuírsela a ambos padres. Pero se trata de una administración que de inmediato se define como indistinta, es decir, que cualquiera de los dos puede administrar.

Advirtió que la solución anterior es diametralmente opuesta a lo que se establece en otro proyecto de ley, que modifica la sociedad conyugal, ya que en éste se pretende una administración conjunta subsidiaria o alternativa sólo si existe acuerdo entre los cónyuges.

Agregó que en cuanto a la administración de la patria potestad, ésta no puede afectar derechos ni imponer obligaciones al hijo, de tal manera que con estas limitaciones no se podrán administrar los bienes del hijo.

Manifestó que la solución al problema planteado está en reunificar la autoridad parental con la patria potestad.

Sostuvo que en materia de cuidado personal, éste debe equipararse entre los padres.

Indicó que respecto a la residencia alternativa, estaríamos frente a una institución difícil de aplicar puesto que expone a los menores a un nivel de desarraigo importante. Precisó que en Francia, en 10 años de aplicación de esta institución, sólo el 20% de los matrimonios que se separan han optado por ella, por lo que puede decirse que ha tenido una aplicación más bien marginal, de la cual todavía se desconocen sus efectos en los niños. Expresó que, en todo caso, las leyes de familia deben hacerse atendiendo a la realidad de cada país y no adoptando modelos extranjeros. Destacó la importancia de considerar la idiosincrasia de cada sociedad, haciendo presente que, en nuestro caso, en materias de familia deben tenerse en cuenta características de gran incidencia, como es la existencia de ciertas patologías muy gravitantes y de altas tasas de alcoholismo.

Concluyó su intervención señalando que la regulación clara, coherente y equilibrada de los derechos entre los padres

facilitará la adopción de acuerdos por parte de éstos y permitirá que no aumente la judicialización de los conflictos. A la vez, instó a incorporar las enmiendas que se acuerden en el Código Civil, de manera de mantener la organicidad de la legislación sobre familia y evitar que ésta se disocie. Insistió en la necesidad de efectuar un trabajo de síntesis en este campo, el cual puede conducir a la coherencia que se necesita, la que, opinó, no está del todo presente en la iniciativa en estudio.

Enseguida, hizo uso de la palabra la **Profesora señora Fabiola Lathrop, abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Docente e investigadora de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Profesora de Derecho Civil del Departamento de Derecho Privado de la misma Facultad.**

Abordó, en primer lugar, la necesidad de unificar el estatuto patrimonial y personal de las relaciones filiales.

Señaló que la Comisión se encuentra ante la oportunidad histórica de ajustar la normativa chilena en materia de efectos de la filiación a los postulados de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) y a otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en Chile.

Este proyecto, dijo, puede hacer realidad la propuesta inicial de la Ley de Filiación de 1998 en cuanto a la unificación de estatutos patrimoniales y personales relativos al hijo, es decir, crear una figura comprensiva del cuidado personal y la patria potestad cuya titularidad pertenezca a ambos padres tanto en situaciones de normalidad como de crisis matrimonial o de pareja y cuyo ejercicio pueda no ser conjunto en tales situaciones.

En efecto, continuó, la opción de Bello contrasta drásticamente con la de otros países, como Francia, España, Alemania, Italia y Argentina (en los que la patria potestad no se restringe a lo patrimonial) y solo se justifica en la medida que el codificador, al hacer esta distinción de estatutos y asignar su ejercicio, por separado, al padre y a la madre, pretendió dar injerencia a la segunda en lo personal y al primero en lo patrimonial, sobre la base de un modelo de familia que se encuentra en franco abandono y que no se ajusta, además, al hecho cotidiano de que ambas cuestiones van desenvolviéndose de forma interdependiente.

Esta opción del legislador chileno tiene importancia para los casos de separación y divorcio, en cuanto relega al padre o madre no cuidador a una función pasiva en relación al hijo en cuya compañía no vive, pues sólo tiene el derecho-deber a que se regule un

régimen de relación directa y regular y el de pagar alimentos. En cambio, la persona que ejerce el cuidado personal no solamente vive en compañía del hijo, sino que, además, posee atribuciones privativas en sus ámbitos de salud, escolares y sociales, su representación legal y administración patrimonial, entre otras prerrogativas, sin que el padre o madre que no ejerce el cuidado personal mantenga al menos una figura residual que le permita compartir un nivel de responsabilidad que supere el cumplimiento del régimen de comunicación y los alimentos mencionados.

Al respecto, informó que el Derecho comparado mantiene, sea positivamente o a través de soluciones jurisprudenciales, prerrogativas en el padre o madre que no ejerce el cuidado personal del hijo. Se reconoce así un derecho-deber de vigilancia y control y un deber de colaboración para el padre o madre no custodio, precisamente sobre la base de la responsabilidad parental, que, pese a la ruptura, siguen compartiendo.

Recordó que por lo anterior, en el año 2011 hizo llegar a la Cámara de Diputados una propuesta de articulado de un nuevo Título IX del Libro I del Código Civil, que descansa precisamente en esta idea de unificación de estatutos, a la que anunció que se referiría más adelante.

A continuación, se refirió a la regla de atribución preferente del artículo 225 del Código Civil.

Hizo presente que, en cuanto al cuidado personal en específico, nuestra legislación también se aparta de la tendencia comparada. La gran mayoría de las legislaciones del mundo no contempla preferencia en la asignación del cuidado de los hijos. O, si las ha habido, ellas han sido derogadas por vulnerar el principio de igualdad. Así sucede en Francia, Italia y Alemania. Y en países como Argentina, donde existe también la preferencia materna respecto de los hijos menores de cinco años, se discute la constitucionalidad de la norma[17].

---

[17] Cfr. COSTA M., P. y HARARI, S., "Las normas del derecho de familia y la discriminación en razón del género", en BIRGIN, H. (compiladora), *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Biblos, Buenos Aires, 2000, p.181. Por la inconstitucionalidad de la norma argentina se pronuncian también GIL DOMÍNGUEZ, A.; FAMA, M.; HERRERA, M., *Derecho Constitucional de Familia*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2006, pp.495-496. En Perú, por su parte, se contempla la siguiente norma: *"Artículo 84o.- Facultad del Juez.- En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:*
a. El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;
b. El hijo menor de <u>tres años</u> permanecerá con la madre; y
c. Para el que no obtenga la Tenencia o Custodia del niño o del adolescente, debe señalarse un Régimen de Visitas" (énfasis añadido).
Como vemos, si bien existe preferencia materna, la norma primaria es el acuerdo de los padres y, en todo caso, los hijos de corta edad (3 años) son los que permanecen con la madre.

Declaró que, a su juicio, la regla del artículo 225, inciso primero, del Código Civil no presenta las virtudes que se le atribuyen. En efecto: a) genera un problema probatorio en situaciones de separación de hecho pues la madre no tiene como acreditar que es titular del cuidado personal y, por ende, debe solicitar una tuición declarativa al juez; b) no es necesaria, salvo la hipótesis de separación de hecho y nulidad matrimonial pues, en la mayoría de los casos, la ley exige a los padres presentar un acuerdo completo y suficiente, o bien, el juez está obligado a pronunciarse sobre el cuidado personal; c) no existe claridad acerca de si, además de ser una regla de atribución preferente supletoria, es un criterio de atribución judicial, en tanto en cuanto el inciso tercero de este artículo 225 ha provocado problemas interpretativos en los tribunales.

Indicó que manifestación de estas falencias de la norma es la creación jurisprudencial de entrega inmediata, que no está prevista expresamente en la ley y que ha generado discusiones en la práctica judicial. Así, sobre la base de la atribución preferente, las madres recurren a los tribunales solicitando la entrega de sus hijos de manos del padre o terceros, sin que haya mediado pronunciamiento judicial sobre la conveniencia o inconveniencia de que sea ella quien ejerza esta función. Por otro lado, no existe claridad acerca de si cabe esta figura cuando el cuidado personal ha sido atribuido no por el juez directamente, sino por las propias partes de común acuerdo, existiendo fallos contradictorios al respecto. Estos casos son resueltos de manera dispar por los jueces, con la consecuente inseguridad jurídica que ello acarrea.

Opinó que, conforme a los principios generales de la legislación de familia y, en especial, conforme a los postulados de la Convención de los Derechos del Niño, el criterio para determinar la idoneidad de una norma en materia de atribución del cuidado personal no puede ser otro que el interés superior del niño. Agregó que este principio solo es mencionado al regular la atribución judicial. Señaló que el inciso primero del ya citado artículo 225 no menciona este principio al establecer la regla de atribución preferente materna. Además, con este criterio de asignación automática no se satisface este principio pues descansa en una distinción entre padre y madre que no apela a su aptitud parental, sino solamente al sexo de uno u otro progenitor. Por último, desde la perspectiva de la igualdad real o material, esta norma consagra un falso caso de discriminación inversa, en cuanto, en vez de revertir una situación de discriminación histórica, reproduce estereotipos fijados a partir de la naturalización de la diferencia sexual.

Manifestó que el legislador chileno, la doctrina y la jurisprudencia que defienden la tesis de atribución preferente materna, asumen una “inclinación de orden natural” como un determinado estado de cosas, sin detenerse en las consecuencias de esa decisión. Añadió que

asumir un supuesto “estado de cosas” no quiere decir que la opción legal que se ha tomado guarde armonía con ese “estado de cosas”.

Al respecto, una investigación que se llevó a cabo en la Universidad de Chile sobre la base de 31 entrevistas a jueces de familia, integrantes del Consejo Técnico, abogados y mediadores especialistas en Derecho de Familia y la revisión de 180 sentencias sobre cuidado personal y relación directa y regular en las que recayó sentencia de término por la Corte Suprema dentro de los años 2007 a 2010 provenientes de tribunales de la Región Metropolitana, pudo concluir que los jueces, si bien consideran este principio, al momento de fallar lo utilizan sólo de forma implícita, no dejándose constancia de qué se entendió por interés superior del niño ni de los hechos y razones lógicas, científicas, técnicas o de experiencia que los llevaron a alcanzar convicción. Y, en los casos en que el principio es utilizado de forma expresa, ello se realiza de forma general, sin desarrollarse mayormente su contenido y alcance. En la muestra utilizada, sólo en cuatro fallos se explicó en qué consiste el interés superior del niño[18].

Hizo mención también a una tendencia que puede observarse en distintos fallos, en los cuales se relaciona directamente el principio en comento con la regla de atribución legal de cuidado personal establecida en el inciso primero del artículo 225 del Código Civil[19].

[18] Estos fallos son:

- Primer Juzgado de Familia de Santiago, RIT: C-975-2008, de fecha 21 de octubre de 2009: “*…el interés superior del hijo, que para el presente caso está dado por el logro de una estable relación con ambos padres, ajena a conflictos y remordimientos personales que le procuren un desarrollo sostenible en el tiempo, asegurando del mismo modo una relación regular concreta con el progenitor que no mantenga el cuidado personal*”.
- Primer Juzgado de Familia de Santiago, RIT: C-2928-2007, de fecha 17 de septiembre de 2008: “*Que a juicio del tribunal el interés superior de los niños en el caso de autos está determinado por quien representa para ellos no sólo el afecto, protección y seguridad, sino también el entorno familiar donde son acogidos, respetados en sus decisiones, sin que por ello no sean corregidos y obligados a respetar las normas*”.
- Corte de Apelaciones de San Miguel, ROL Nº: 253-2009, fecha 11 de junio de 2009: “*el adecuado resguardo del interés superior de aquélla está relacionado con la mantención del entorno familiar que la ha cobijado desde su nacimiento, rodeada de esmerado cuidado y afectos que le prodiga su familia materna extendida, entorno éste que asegura su estabilidad y normal desarrollo*”.
- Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT/ROL: C-2046-2007, fecha 17 de julio de 2009: “*Por lo expuesto hace fuerza a esta sentenciadora lo sugerido por el consejo técnico de este tribunal en el sentido de estimar que es interés superior de la niña, hoy casi de 6 años de edad, mantener y reforzar la relación directa y regular con su padre, quien deberá seguir con su intervención terapéutica, realizando un nuevo diagnóstico por profesionales”*.

[19] Por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema, ROL 5680-2008, de fecha 27 de octubre de 2008, explica que *“por lo demás, cabe señalar que siendo el interés superior del niño un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, no se advierte de autos que los sentenciadores lo*

Expresó que hasta el año 2010, salvo el caso Atala, el criterio determinante era alterar la regla de preferencia sólo en casos de inhabilidad de la madre. A mediados de 2010, luego de dictado un fallo por la Corte Suprema[20], comienza a observarse una tendencia a aplicar el interés superior como criterio rector.

Opinó que, en este sentido, el proyecto, en su estado actual, avanza en la dirección correcta en cuanto otorga -aunque en el lugar equivocado a su juicio, como señalará luego- ciertos criterios orientativos para el juez, tomados, por cierto, como lo sugirió en la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, del Código Civil catalán que fue modificado al efecto en 2010 (recogiendo la experiencia de la aplicación de la reforma española del Código civil español, de 2005, en cuanto al cuidado personal compartido).

Agregó que, a mayor abundamiento, en el Caso Atala e Hijas vs. Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que el interés superior del niño es un criterio rector para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño[21] (párrafo 154 de la sentencia) y que si bien dicho principio puede relacionarse in abstracto con un fin legítimo, las medidas que se adopten pueden ser inadecuadas y desproporcionadas para cumplir este fin (párrafo 166 de la sentencia).

A continuación, se refirió al sistema de cuidado personal compartido.

Indicó que no aludiría a las ventajas y desventajas de este régimen pues existe un sinnúmero de investigaciones en el área de la psicología que se pronuncian en diversos sentidos. Sólo acotó que los estudios que ha podido consultar se refieren a niños explorados en etapas iniciales de implementación de este régimen, es decir, que no hacen seguimiento al desarrollo de los mismos transcurrido un tiempo desde su funcionamiento. Por otro lado, afirmó que las desventajas relacionadas con la inestabilidad física y emocional de los hijos son detectadas en estas etapas iniciales de implementación que podrían remitir con el tiempo y que se refieren más bien a sistemas en desuso ya en las legislaciones, en que lo único que se comparte es la residencia y en que no hay necesariamente corresponsabilidad o adopción conjunta de decisiones de importancia relativas al hijo (sistema desechado expresamente, por ejemplo, en las legislaciones francesa e italiana durante la década del 2000); o bien estas

---

hayan desatendido, por el contrario, se ha respetado la regla de orden natural prevista en el artículo 225 del Código Civil, en cuanto a que la crianza de los hijos, en caso de separación de los padres, corresponde a la madre”.

[20] Rol 608-2010, de 24 de junio de 2010.

[21] La Corte cita su Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 137, opinión 2.

críticas aluden a sistemas de cuidado personal con residencia alterna estricta, es decir, en que se comparten las decisiones de importancia, hay participación en cuestiones cotidianas y en que, además, la residencia es de un 50% para cada uno de los padres.

En su opinión, estas críticas pierden fuerza en un sistema de cuidado personal compartido con progenitor residente principal -en el que no hay residencia alterna estricta, sino un padre o madre que convive mayormente con el hijo y que, al mismo tiempo, involucra activamente al otro padre o madre tanto en las decisiones de importancia relativas al hijo como en cuestiones de carácter personal cotidiano.

En cuanto a los estudios de evaluación de este sistema, explicó que las cifras sobre sentencias pronunciadas en juicios de cuidado personal indican que sigue siendo minoritario, pero con tendencia al alza. En todo caso, aproximadamente el 90% de las sentencias y acuerdos sobre cuidado personal en los ordenamientos que contemplan el cuidado personal compartido, radican el cuidado personal en la madre. El principal efecto de la introducción positiva del sistema compartido –porque en muchos países ha nacido previamente como creación jurisprudencial, al modo en que en Chile se han flexibilizado los regímenes de relación directa y regular llamados “amplios”- es de carácter promocional del principio de corresponsabilidad.

Por otro lado, señaló que no es partidaria de introducir este sistema en familias con alto grado de conflictividad, con antecedentes de violencia intrafamiliar o de algún abuso sexual comprobado, y que tampoco es partidaria de que el juez pueda establecerlo de oficio, sino sólo a petición de uno de los padres.

Por último, sostuvo que el proyecto no está optando expresamente por alguno de los modelos mencionados anteriormente. Expresó, asimismo, que el inciso segundo del artículo 225 no deja suficientemente claro qué es el cuidado personal compartido pues habla de “sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad”, es decir, es lo suficientemente vago como para entender que puede o no haber residencia alternada más o menos estricta, pero también para entender que sólo se está consagrando la corresponsabilidad en materia de cuidado personal. Al respecto, estimó que el espíritu del proyecto ha sido hasta esta etapa de discusión legislativa permitir alguna expresión de alternancia y que así emana de la palabra “mediante” de tal inciso. En todo caso, advirtió que convendría explicitar si está en la intención del legislador permitir la alternancia –sea en su modalidad más estricta o de residencia principal- y no solamente consagrar un principio que, por cierto, inspira este modelo compartido (el cuidado personal compartido concreta este principio de corresponsabilidad, claro está) pero que no es sinónimo del mismo.

Enseguida, abordó el derecho del hijo a ser oído.

En esta materia, señaló que al establecerse que deberá ponderarse la evaluación del hijo y su opinión, “especialmente” si ha alcanzado la edad de catorce años (letra d del artículo 40 y e del artículo 41), se corre el riesgo de que sólo a partir de esa edad se entienda obligatoria la audiencia. Opinó que, en este sentido, de quedar redactada de esta forma la norma y a la luz de lo que la Ley de Tribunales de Familia entiende por adolescente y por niño, se estaría dando aplicación al derecho a ser oído sólo respecto del primero y no del segundo.

En suma, estimó que debe reproducirse el criterio de la Convención de Derechos del Niño en su artículo 12, que no menciona edades determinadas, sino solamente la “edad y madurez”, pudiendo agregarse que la fijación de la edad dependerá de las circunstancias concretas y del desarrollo de madurez del niño de acuerdo a su autonomía progresiva.

Dijo que, en efecto, en la investigación antes comentada los operadores del Derecho señalaron que si bien todo depende de las circunstancias concretas de cada niño, una edad apropiada es a partir de los cinco años y siempre que exista un desarrollo de la madurez que le permita emitir una opinión fundada de las circunstancias que lo rodean.

Por otro lado, sostuvo que el proyecto puede asumir un desafío mayor en la aplicación de este principio.

Informó que, en la actualidad, cuando los asuntos sometidos a la decisión del tribunal son de aquellos no controvertidos, por ejemplo, la aprobación del acuerdo completo y suficiente en un divorcio de mutuo acuerdo, los operadores del Derecho han declarado que no se escucha al niño; sin perjuicio de lo cual, y específicamente en cuanto al régimen comunicacional, los jueces señalan que estos acuerdos son revisados con el objeto de determinar si el régimen establecido es coherente con la edad del niño. Esta práctica le pareció atendible, pero no así el que no se haga el mismo ejercicio en la mediación, en la cual el niño es escuchado únicamente a solicitud de los padres, o el hecho de que si bien este principio es bastante mencionado en las sentencias, fundamentalmente en las de primera instancia (36,66%), no ha logrado una clara aplicación dentro de la fundamentación de los fallos por parte de los jueces. Los jueces del grado, en general, nada dicen respecto al derecho a ser oído, sin especificar si fue ejercido o no y, si no fue así, cuál fue la razón de ello. En los Tribunales Superiores, a su vez, se agudiza la práctica de no hacer alusión al respecto. Sólo dos sentencias de estos tribunales aluden a este principio: en una se le menciona de manera indirecta ya que se entendió reproducida por otro

medio de prueba[22], y en otra se señala haberla considerado a través del audio de la audiencia respectiva[23].

Por último, señaló que cabía tener en cuenta que esta práctica no se ajusta a la Observación General número 12 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado recientemente al Estado chileno que el que se haya ya practicado una audiencia no libera a los tribunales superiores de "la obligación de tener debidamente en cuenta y valorar, en un sentido u otro, las opiniones expresadas (…) (y que) de ser pertinente, la autoridad judicial respectiva debe argumentar específicamente por qué no va a tomar en cuenta la opción del niño o la niña (…)" (párrafo 206 de la sentencia de la mencionada Corte recaída en el caso Atala Riffo e Hijas vs. Chile, de febrero pasado).

Enseguida, pasó a analizar otras cuestiones vinculadas a la iniciativa en estudio.

-- La primera se refiere a la separación de hermanos. Expresó que el inciso primero del artículo 225 propuesto nuevamente establece como regla general la separación de hermanos al señalar que "Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre (…)". Afirmó que la separación de hermanos debe ser excepcional y justificada en el interés superior de ellos. De hecho, agregó, el Código Civil catalán, de donde se tomó el artículo 41 de la Ley de Menores propuesto, lo señala expresamente en su artículo 233-11, y este es uno de los pocos criterios de esta norma que no se replicó en el proyecto.

-- Luego, abordó la relación directa y regular. En esta materia, hizo notar que se agrega en varias ocasiones (artículos 225, inciso tercero, y 229, incisos primero, segundo y tercero) la palabra "personal" a la frase "relación directa y regular" existente actualmente en la ley. Lo estimó del todo inconveniente pues restringe esta función sólo a la visita en sentido estricto, cara a cara, desechando la posibilidad de algún otro medio de comunicación electrónico o telefónico, como es la tendencia actual avalada por la jurisprudencia.

-- En cuanto a la limitación de la atribución judicial del cuidado personal, puso de manifiesto que la frase del inciso quinto del nuevo artículo 225 que señala que "(…) 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", puede dar pié a que la "sanción" solamente se aplique cuando el cuidado personal es

[22] Sentencia de la Corte Suprema, ROL 3469-2008, de fecha 29 de julio de 2008.
[23] Fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, ROL 565-2009, de fecha 22 de mayo de 2009.

unipersonal y no también cuando siendo compartido, no se haya pagado la pensión alimenticia. Indicó que convendría ampliar la norma a este último sistema pues en éste también puede existir derecho-deber de alimentos.

-- Patria potestad. En esta materia, señaló que el nuevo inciso tercero del artículo 244 establece que “En el ejercicio de la patria potestad conjunta, los padres podrán actuar indistintamente cuando cumplan funciones de representación legal que no menoscaben los derechos del hijo ni le impongan obligaciones”. Advirtió que el problema de esta redacción es que deja fuera la administración de los bienes, siendo que la patria potestad incluye ambas cosas: administración de los bienes y representación legal. Dijo que esta es una omisión grave que puede causar inconvenientes en el funcionamiento de la figura.

-- En lo tocante a las denominaciones, señaló que preferiría que se hablara de padre o madre que no ejerce el cuidado personal y no de “custodio”, pues esta es una denominación ajena a nuestro medio -viene de “*custody*”- y puede ser interpretada en el sentido de mero residente y no asignatario del cuidado personal, que comprende algo más que la sola residencia.

-- En relación a la Ley de Menores, consideró altamente inconveniente ubicar en ella los criterios judiciales por tratarse de una normativa que, por recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas al Estado de Chile de los años 2002 y 2007, debe ser reemplazada por una ley de protección integral de la infancia y de la adolescencia. Sostuvo que estos criterios deben ubicarse en el artículo 225 del Código Civil. Por otro lado, indicó que no le quedaba clara la modificación del artículo 42 de la Ley de Menores que señala ahora “para el solo efecto” y no “para los efectos” del artículo 226 Código Civil. Imaginó que es para restringirlo sólo a casos de atribución judicial a favor de terceros, de manera de hacerlo inaplicable más claramente para casos de conflictos entre padres sobre el cuidado personal.

Complementó su intervención informando a la Comisión que había tenido oportunidad de elaborar una propuesta de articulado para el Título IX del Libro Primero del Código Civil, relativo a la responsabilidad parental. Explicó que el contenido de esta proposición se resume en lo siguiente:

- Pretende ajustar la normativa chilena en materia de efectos de la filiación a los postulados de la Convención de los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en Chile.

- Intenta regular las cuestiones patrimoniales y extrapatrimoniales relacionadas con el hijo -tanto durante la normalidad

matrimonial o de pareja como en situaciones de ruptura- de forma conjunta, en once párrafos de un solo Título -el IX- del Libro I del Código Civil. En efecto, establece la figura de la responsabilidad parental, cuya titularidad -siempre- y ejercicio -como regla general- corresponde a ambos padres, y comprende el cuidado personal; la relación directa y regular; la educación y el establecimiento; los alimentos; la orientación; la administración de los bienes; la representación legal; la autorización de salida del país; y, en general, la adopción de las decisiones de importancia relativas al hijo o hija.

- Deroga las normas de atribución preferente de ciertos derechos y deberes que nacen de la filiación, con el objeto de ajustar la legislación a los principios de igualdad parental, corresponsabilidad y derecho del hijo a seguir manteniendo relaciones directas y regulares con sus padres, todos ellos contenidos en la legislación internacional vigente en Chile.

- En cuanto al cuidado personal de los hijos, se le define, se establecen ciertos criterios interpretativos para su regulación y se introducen figuras más inclusivas y asociativas de los roles parentales, ofreciendo a las partes y al juez la posibilidad de establecer un cuidado personal exclusivo, o bien, compartido de los hijos. En este último caso, y siempre a petición de parte, se permite organizar la residencia principal del hijo con uno de los padres, o bien, de forma alternada siempre que se garantice el bienestar del hijo.

- En materia de relación directa y regular, se define esta figura, se permite regularla por acuerdo extrajudicial de los padres en los mismos instrumentos que los permitidos para el cuidado personal, se establece expresamente la posibilidad de regularla a favor de parientes cercanos al hijo, se señalan ciertos criterios interpretativos para su regulación y se refuerza su protección.

- Finalmente, intenta sistematizar en el Código Civil las normas que rigen estas materias y que se encuentran dispersas en este cuerpo legal y en la Ley de Menores.

Enseguida, la Comisión escuchó la intervención de **la Profesora señora María Sara Rodríguez, Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, y Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Los Andes.**

Su exposición se basó en el siguiente documento:

“Mi opinión general es favorable al proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, por lo que respetuosamente propongo su aprobación por esta Honorable Comisión y por la Sala, para que se convierta en ley de la República.

Los motivos por los que soy favorable a este proyecto son los siguientes:

I. Modificaciones al Código Civil. Artículo 1º del proyecto:

1. El proyecto autoriza expresamente la tuición compartida por convención extrajudicial entre el padre y la madre realizada con las solemnidades legales.

Queda claramente establecido que el juez no puede condenar en juicio a ambos padres a tener la tuición compartida, porque esta condena es incompatible con la coordinación y armonía que exige el régimen.

Además, se explicita qué se entiende por cuidado personal compartido sin cerrar la posibilidad de establecer diversas modalidades, como cuidado personal compartido con residencia del niño en el hogar de uno de los padres; o cuidado personal compartido con residencia alternada. Tampoco se limitan los acuerdos en cuanto a tiempos de alternancia u otros detalles prácticos. Si no se alcanza un acuerdo razonable para los niños y para ambos padres, no puede haber cuidado personal compartido. En este caso, la tuición de uno o más hijos la tiene uno u otro padre o madre, y se establece un régimen comunicacional con el padre o madre privado de la tuición.

2. El proyecto exige que a falta de un acuerdo de tuición compartida, el padre y la madre incluyan en otros acuerdos extrajudiciales que alcancen, un régimen de relación directa y regular con el hijo.

El artículo 225 actual no exige pactar un régimen de comunicación en estos acuerdos, con lo que el padre o madre privado del cuidado personal por convención se puede ver obligado a iniciar un juicio para que un tribunal regule este derecho.

3. El proyecto mantiene supletoria y extrajudicialmente a favor de la madre el cuidado personal de los hijos menores, mientras no exista un acuerdo o convención entre los padres o una sentencia judicial que decida otra cosa.

Para comprender la necesidad de mantener esta regla hay que distinguir entre la regla misma y que sea la madre su beneficiaria. La regla misma se justifica por la sola necesidad de evitar una intervención judicial inmediata cuando no hay acuerdo entre los padres. Por ejemplo, la eliminación de esta norma haría que en seguida de nacido un

niño cuyos padres no viven juntos, deba intervenir la judicatura para resolver sobre la tuición porque el hijo ha sido reconocido voluntariamente por el padre. Piénsese que el Código Civil se aplica a todas las situaciones posibles de acontecer (madres adolescentes, mujeres solas) y no solamente a hogares constituidos por padre y madre. La ausencia de esta regla podría convertirse en un incentivo perverso para el reconocimiento voluntario del hijo, al que la madre podría desear oponerse para no perderlo.

La derogación de esta regla podría estimular las vías de hecho, la política de hechos consumados, para preconstituir situaciones que luego la justicia deba aprobar por el interés de la estabilidad del niño. Es indiscutido el hecho de que uno de los criterios que tiene la judicatura para decidir asuntos de tuición es mantener el statu quo (véanse, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 3 de junio de 1998, Gaceta Jurídica N° 216, p. 80; Corte de Apelaciones de Antofagasta, 27 de marzo de 1996, Gaceta Jurídica N° 193, p. 156; Corte Suprema, 15 de julio de 2008, N° Legal Publishing: 39469; Corte Suprema, 29 de julio de 2008, N° Legal Publishing: 39439).

Por qué la madre. Es cierto que también podría ser el padre. No me opongo radicalmente a esta idea si surge un consenso que la defienda. Sin embargo, pienso que la regla de atribución supletoria de la tuición debe seguir favoreciendo a la madre. Es la madre quien engendra y da a luz al hijo, muchas veces sola o adolescente. Esto no es prejuicio. Es un hecho. No sería justo privarla del cuidado personal por el solo hecho del reconocimiento voluntario del hijo por parte del padre. Tampoco sería justo hacerlo ex ante por el interés del hijo. Si el interés del hijo aconseja que el cuidado del niño lo tenga el padre, este último debe pedirlo y el juez debe comprobarlo en juicio. En todo caso, es más fácil probar que el interés del hijo aconseja cambios en el cuidado personal, que probar la inhabilidad de la madre (concepto que pretende quedar totalmente superado para asuntos de tuición entre padres con la reforma que se propone al actual inciso 3º del artículo 225 del Código Civil).

Por otra parte, en el caso de padres que se separan, es un hecho que la madre está en desigualdad frente al padre en los acuerdos que deben alcanzar para regular su nueva vida (cuidado personal, relación directa y regular con los hijos, alimentos, división de los bienes comunes). La regla que le atribuye supletoriamente la tuición a ella opera como un elemento de discriminación positiva: la iguala frente al padre; la pone en mejores condiciones para negociar. En la gran mayoría de los casos, el padre es quien tiene la mejor capacidad de proveer económicamente. Si la madre no tiene la tuición sólo va a perder en las negociaciones porque el padre ya lo tiene todo: cuidado personal de los hijos y capacidad de proveer. No es de extrañar que sean asociaciones de padres separados quienes piden que se derogue esta regla.

La decisión de mantener la atribución supletoria extrajudicial en la madre responde, por tanto, a razones prácticas y a opciones de política legislativa. Todos sabemos que la situación ideal es que lo hijos vivan bajo el cuidado conjunto de ambos progenitores. La unidad de los padres es la fortaleza de los hijos. Pero esta circunstancia se hace difícil durante la vida separada, o cuando la madre es adolescente o es una mujer sola. No podemos legislar al servicio de ideologías, como la de género, ni tampoco por prejuicios ni estereotipos, como un modelo de familia "patriarcal". Es prudencia lo que debe guiar al legislador. En esta materia, es precisamente la prudencia lo que aconseja que subsista esta regla de atribución supletoria extrajudicial a la madre. Y que la norma rija mientras los padres no alcancen acuerdos, o mientras una decisión judicial no resuelva otra cosa en función del interés del niño.

4. El proyecto resuelve a favor del interés del niño, como criterio de atribución judicial de la tuición, la dificultad de interpretación que tenía el artículo 225, que era ambiguo en cuanto a la eliminación de la inhabilidad de la madre como criterio superado por la ley N° 19.585.

En la práctica, había muchos jueces que integraban lo que consideraban un vacío legal con los criterios de inhabilidad del artículo 42 de la Ley de Menores. El principio introducido por la ley N° 19.585 fue el de sustituir el criterio de inhabilidad (fuerte) por el del interés del niño (más moderado). La práctica judicial, sin embargo, mantuvo en los hechos criterios legislativamente superados. Con la reforma que se propone, el padre o madre que pide la tuición contra el que la tiene, debe demostrar mediante prueba legal que el interés del niño es mejor servido si vive bajo su cuidado que bajo el cuidado del demandado (el otro de los padres).

Apoyo incondicionalmente todas las reformas que se proponen al artículo 225. Las considero indispensables, necesarias y directamente relacionadas con las ideas matrices del proyecto.

5. El proyecto deroga el artículo 228, que parecía inconciliable con las situaciones familiares actuales

Este artículo exigía la autorización del cónyuge (marido o mujer) para tener a un hijo en el hogar común.

6. El proyecto autoriza acuerdos entre los padres sobre la relación directa y regular con el hijo.

Además, la nueva norma define qué entiende la ley por este concepto, introduciendo exigencias de corresponsabilidad entre los padres separados y exigiendo que el juez asegure el fortalecimiento de relaciones paterno filiales sanas y cercanas. Implícitamente, se protege a los

niños del llamado síndrome de alienación parental, que fue uno de los motivos que causó este proyecto en sus inicios.

5. El proyecto soluciona el problema del ejercicio de la patria potestad cuando hay tuición compartida, disponiendo que se hará conjuntamente la administración y goce de los bienes del hijo, e indistintamente por cada uno de los padres la representación legal en materias “que no menoscaben los derechos del hijo ni le impongan obligaciones”.

A contrario sensu, si se trata de decisiones que menoscaban o pueden menoscabar derechos del hijo se exige actuación conjunta; si se trata de imponer obligaciones al hijo, se exige actuación conjunta.

El ejercicio indistinto de la representación legal está inspirado en el artículo 390 sobre la representación del tutor y curador. “Al tutor o curador toca representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales y extrajudiciales que le conciernan, y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones”. Fuera de este ámbito, el pupilo actúa con autonomía.

En el artículo 244 (patria potestad mientras los padres viven juntos), se introduce una norma que sustituye la atribución supletoria legal al padre por una de atribución conjunta; se agrega un inciso que explica cómo ejercitar conjuntamente la patria potestad: ejercicio conjunto del derecho legal de goce y de la facultad de administrar bienes del hijo; ejercicio indistinto de la representación legal en todo lo que no menoscabe al hijo en sus derechos ni le imponga obligaciones; cualquier otro asunto exige ejercicio conjunto de la representación legal.

En el artículo 245 (patria potestad durante la separación de los padres), se mantiene la atribución automática al que tiene el cuidado personal de los hijos, pero se autoriza el ejercicio conjunto de la patria potestad si los padres han pactado tuición compartida. El actual inciso segundo pasa a ser un nuevo inciso tercero.

II. Modificaciones a la ley N° 16.618, de Menores: Artículo 2º del proyecto.

6. El proyecto otorga a la judicatura diversos criterios para aplicar el principio del interés superior del niño a los juicios sobre tuición y relación directa y regular con el hijo entre padres (nuevo artículo 40 de la Ley de Menores).

7. El proyecto ayuda a la judicatura mediante criterios que sirven para aprobar acuerdos de tuición compartida realizados

en procedimientos de mediación o en procedimientos de separación, nulidad o divorcio (nuevo artículo 41 de la Ley de Menores).

8. El proyecto exige expresamente que el artículo 42 de la Ley de Menores (criterios de inhabilidad del padre o la madre), se utilice sola y exclusivamente para separar a los niños del cuidado de sus padres, pero no para decidir juicios entre el padre y la madre.

III: Modificaciones a la ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil. Artículo 3º del proyecto.

9. El proyecto autoriza expresamente los acuerdos de tuición compartida en las convenciones reguladoras de la separación y el divorcio (artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil).”.

Enseguida, se ofreció la palabra a la **Profesora señora Carmen Domínguez, abogada, Directora del Centro Universidad Católica de la Familia, de la Pontificia Universidad Católica de Chile.**

La mencionada académica basó su exposición en el siguiente documento escrito:

“I. Agradecimientos y presentación

Vayan nuestras primeras palabras de agradecimiento a nombre de la Facultad de Derecho de la UC y del Centro UC de la Familia, que dirijo, por invitarnos a participar en esta instancia y poder aportar al debate legislativo que ustedes realizan algunos elementos de juicio a considerar ante la propuesta que nos convoca hoy.

El Centro UC de la Familia de la PUC, durante el año 2010, desarrolló un proyecto de políticas públicas de investigación interdisciplinario precisamente en la línea del tema que hoy se discutirá, esto es, cómo preservar y fomentar la relación paterno filial en un contexto de ruptura familiar. Dicha investigación convocó a docentes de cinco Facultades, ya está publicado y copia del mismo se adjunta a esta presentación, y de él se extrajeron conclusiones que son relevantes a la hora de decidir sobre los proyectos en trámite y a las que nos referiremos a continuación. Luego, apuntaremos a las observaciones más importantes que nos sugieren las iniciativas legales en discusión.

II: Observaciones generales producto de nuestra investigación, a las motivaciones de los proyectos de ley y sus fundamentos

1.- Fundamentos comunes: la preservación de los vínculos paterno-filiales en caso de ruptura.

Los dos proyectos que hoy nos convocan hacen explícito el padecer de muchas familias que hoy sufren las consecuencias de la ruptura matrimonial o de los padres de un hijo en común. Exponen la dificultad que supone pasar de una situación de normalidad familiar a una de reorganización, con todo lo que ello supone. Esta reorganización afectará de manera gravitante a los hijos menores y es respecto de ellos que ambos observan las consecuencias negativas que la mala relación post-ruptura de los padres puede acarrear, sobre todo cuando de ello se deriva el alejamiento de la figura paterna o materna de la vida del hijo.

En el estudio desarrollado por nuestro Centro se concluyó que la ausencia física del padre dentro de las familias chilenas se hace más frecuente en niveles socioeconómicos más pobres. En el caso de los padres que no cohabitan con sus hijos, sea por separación o divorcio, la participación del padre en la crianza se asocia con que éste tenga una buena relación con la madre después de la separación, que la relación con el hijo haya sido buena (en general, el estilo de crianza suele mantenerse en el tiempo), y con la posibilidad real de estar con el hijo/a después de la separación.

La reducción de la participación del padre después de la separación o divorcio se ha asociado a problemas conductuales en los hijos. Por el contrario, si padres y madres participan de común acuerdo y tienen estilos de crianza que generan confianza y autoridad, tendrán conductas más cercanas a las de hijos de matrimonios estables. En definitiva, el cuidado del hijo por ambos padres en un contexto relacional sano y pacífico, tiene más efectos benéficos en niños y adolescentes que el solo cuidado materno cuando el conflicto entre padre y madre es bajo.

Parece, entonces, indispensable una preocupación mayor por preservar esos vínculos luego de la ruptura.

Nuestro estudio hace una propuesta de modificación legal para fomentar las relaciones paterno-filiales luego de la ruptura y asegurar que tales relaciones sean posibilitadas por vía de acuerdo, por vía legal y por vía judicial.

En dicho sentido, se propone reconocer la figura del cuidado compartido pero limitado a ciertas circunstancias, pudiendo ser impuesta por vía de acuerdo y por decisión judicial cuando el padre custodio no se encuentre en algunas de las causales de inhabilidad del artículo 42 de la Ley de Menores. Esto último da más opciones al juez que prefiere no optar, en la mayoría de los casos, por la alternativa más radical que es darle la custodia exclusiva al padre cuando la madre se encuentre en una causal de inhabilidad.

El juez, además, tiene como labor principal el asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de ambos padres en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación paterno-filial sana y cercana.

En tal sentido, se propone fijar como criterios generales de la regulación de estas materias los siguientes:

a) Mantener la norma supletoria (en caso que no exista acuerdo, el menor quedará al cuidado de su madre);

b) Se permite a los padres poder acordar el cuidado personal compartido, y

c) Se faculta al juez para ordenar el cuidado personal compartido limitado cuando el interés del hijo lo haga aconsejable en razón de que uno de los padres obstruye permanentemente la relación con el otro.

Además, con el objeto de fomentar las relaciones entre un padre no custodio con su hijo, se propone:

a) Definir lo que se entiende por “relación directa y regular” de modo de darle un preciso contenido;

b) Explicitar las sanciones que existen ya en nuestra legislación cuando el padre custodio entorpece dicha relación, y

c) Agregar como causal de inhabilidad de cuidado personal, en el artículo 42 de la Ley de Menores, dicho entorpecimiento.

Por último, se quiere establecer como principio esencial para el juez en esta materia, el que debe asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de ambos padres en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación paterno filial sana y cercana.

Como puede observarse, buena parte de esas propuestas corresponden a lo que los proyectos en su estado actual de tramitación recogen. Con todo, hay algunas diferencias importantes que nos parece necesario revisar.

2.- Observaciones a los fundamentos particulares de los proyectos:

A) Boletín N° 7.007-18.

2. A) 1.- Interpretación de norma (artículo 225 del Código Civil) y aparente inconstitucionalidad.

Se señala el derecho-deber de crianza y educación que corresponde a ambos por su calidad de tales y no por tener a su cargo el cuidado personal del hijo o hija. Se señala que este es congruente con lo dispuesto en la Convención sobre Derechos del Niño y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos [24].

Ahora bien, se señala que nuestro Código Civil se apartaría de dicho principio rector puesto que se asigna legalmente y, a falta de acuerdo, a la madre, el cuidado de los hijos menores de edad (Artículo 225: "Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.").

A continuación, se hace un análisis, deficiente, del iter que se recorre entre las distintas alternativas que la norma ofrece a los involucrados y que, de acuerdo con el tenor literal de la norma, y tal como se explicará más adelante, no presenta los reparos que se le atribuyen.

En tal sentido, no es efectivo que –como se afirma en el proyecto- exista un derecho preferente de la mujer a ejercer el cuidado personal de los hijos y que sólo pueda ser privada de él en casos excepcionalísimos.

La norma es clara en marcar una preferencia por la decisión que libremente y en uso de la autonomía de la voluntad, los padres de común acuerdo hayan tomado respecto del cuidado de sus hijos. Así, el primer criterio de atribución legal es el convencional.

A falta de acuerdo, los padres pueden recurrir a la justicia, quien decidirá siempre en vistas del interés del hijo, puesto que ese es el mandato legal del artículo 18 de la Ley de Tribunales de Familia y del Código Civil.

Ahora bien, si los padres no hacen uso de esa facultad de accionar para que sea un juez quien resuelva sobre la vida futura de su propio hijo, la ley lo que hace es establecer una regla de no litigiosidad que se corresponde con la realidad de la mayoría de las familias en Chile, es

---

[24] *"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."*.
"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.".

decir, se reconoce que la mayoría de los hijos menores, luego de la ruptura entre sus padres, continúa viviendo con su madre y es el padre quien deja el hogar familiar. Es evidente que en el caso contrario, si la madre deja el hogar común, el padre podrá obtener de forma muy fácil el reconocimiento de esa situación en tribunales. Esto refleja que la norma y su aplicación reconocen que es el bienestar del hijo la consideración mayor que el juez debe atender para decidir en estos casos, es el interés superior del hijo y no la inhabilidad de uno u otro padre el primer elemento a considerar. Por cierto existirán casos en que además exista la inhabilidad de uno de los padres, pero ello se puede subsumir perfectamente en la estimación que dicha inhabilidad es contraria al bienestar del hijo.

Parece errada la doctrina minoritaria que ve en esta norma una inconstitucionalidad por afectar el principio de igualdad ante la ley y establecer una discriminación en contra del padre y que sostiene que además infringe otras convenciones, como la CEDAW, justamente por poner el acento en los padres y los derechos de éstos sobre los hijos, tratándose de una materia en que no hay discusión que se debe regir por el principio de interés superior del hijo. Cabe preguntarse, además, si será el sentir mayoritario de las mujeres en Chile el estimar que son gravadas injustamente cuando se les reconoce legalmente su derecho a cuidar personalmente a sus hijos menores, o sólo son unas pocas las que preferirían que otro se hiciera cargo de sus hijos. Sería interesante incluso poder realizar un estudio de campo al respecto.

Lo que hay, por tanto, es una errada comprensión o aplicación de la regla. Con todo, dado que existe, parece mejor aclarar su sentido que es lo que el texto aprobado hasta ahora hace.

2. A) 2.- Se trataría de una interpretación discriminatoria contra la mujer.

Se sostiene que Chile habría recibido una recomendación respecto a derogar o enmendar todas las disposiciones legislativas discriminatorias conforme al artículo 2 de la Convención y promulgar las leyes necesarias para adaptar el cuadro legislativo del país a las disposiciones de dicha Convención, asegurando la igualdad de los sexos consagrado en la Constitución chilena[25].

Esta recomendación general no menciona en parte alguna una referencia explícita a las materias en estudio y nos volvemos a preguntar si en verdad las mujeres chilenas consideran que esta es una norma que las protege o que, por el contrario, las perjudica.

[25] Comité pour l'élimination de la discrimination á l'égard des femmes; "frente-sixiéme session7-25 aout 2006, Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination a l'égard des femmes, Chili. Pág.2.

La recomendación sí hace una exigencia de garantías de igualdad entre sexos en la legislación nacional, en el sentido de lograr una igualdad de iure y de facto, cuestión que, como es sabido, supone un largo camino de cambio cultural.

2. A) 3.- Derecho comparado.

La referencia que el proyecto hace a la incorporación en otras legislaciones de la institución de la tenencia compartida o custodia alternada, precisamente para reforzar la igualdad en las responsabilidades parentales, no puede ser la razón por la cual en Chile se legisle acerca de lo mismo, precisamente, porque dichos modelos de custodia no pueden ser impuestos sin más, por cuanto son soluciones mucho más complejas desde su concreción práctica que la actualmente vigente.

En efecto, no hay un modelo único de custodia compartida en el mundo; la comprensión de lo que aquello conlleva ya es en sí un asunto complejo. Por otra parte, en los países en que se aplica se han obtenido resultados muy diversos en cuanto a la evaluación de las consecuencias de un régimen de esta naturaleza para la vida de los hijos. Baste con mencionar el “síndrome del niño maleta”, por la imagen que supone el hijo que se está cambiando continuamente de domicilio, de barrio y de amistades y los numerosos estudios que dan cuenta de la necesidad en las etapas de desarrollo de la niñez de ciertas seguridades básicas, como son, por ejemplo, un hábitat inmodificado, lo que no se daría en el caso de domicilios variables en el tiempo.

Es evidente que si estamos en presencia de las condiciones necesarias para el éxito de este modelo de custodia, puede lograr una mayor corresponsabilidad parental en la vida del hijo. Pero debe tenerse presente que ello supone un contexto óptimo que no sólo supone recursos personales de los padres y del hijo, que minimicen la conflictividad y permita lograr acuerdos sustentables, sino, además, condiciones materiales como una situación económica que permita la mantención de varias viviendas con condiciones para albergar al hijo, el vivir en zonas cercanas para que el menor no dificulte sus desplazamientos habituales y no pierda sus relaciones sociales cuando está con el otro de los padres, etc.

Como puede advertirse de entrada, se trata éste de un contexto difícil de tener en Chile por variadas razones (por ej. La desigualdad económica de los padres que no permite viviendas de igual calidad para ambos, los domicilios distantes entre éstos, etc.).

Todo ello sin olvidar que la figura tiene en la literatura extranjera, aún en aquellos países que la han incorporado, partidarios y detractores. Y lo mismo sucede en Chile, siendo la opinión

mayoritaria en el foro y en los magistrados y profesores de Derecho contraria a la incorporación de un cuidado compartido impuesto por la ley o por el juez a los padres.

III. Observaciones a las normas propuestas

1) Boletín N° 7.007-18.

Las modificaciones propuestas apuntan a dos artículos del Título IX del Libro I del Código Civil, título denominado "De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos", modificando el artículo 225 y derogando el artículo 228.

El primero se modifica estableciendo como regla general el acuerdo de los padres, el que podrá regular una forma de cuidado compartido, pudiendo modificarse judicialmente la atribución en virtud del interés superior de los niños; el segundo se derogaría de plano.

Respecto al artículo 225, debemos señalar que estamos de acuerdo con la primera parte de la norma propuesta, ya que refuerza la redacción vigente, en el sentido de fijar como primera fuente de atribución la convencional, permitiendo incluso que ésta se mueva con mayor libertad estableciendo un cuidado compartido. Se agregan, además, distintos criterios que el tribunal deberá tener en cuenta para aprobar ese acuerdo –lo que parece positivo- sin perjuicio de dudar que, en la práctica, vaya a existir una revisión acuciosa de los acuerdos si sigue imperando el criterio mayoritario en los jueces de familia que estima que todo lo acordado debe ser simplemente aprobado.

De este modo, estamos de acuerdo con permitir el acuerdo de cuidado compartido precisamente porque la única situación en la que la figura del cuidado compartido es –en definitiva y en el tiempo- exitosa, se da cuando existe un contexto de acuerdo entre los padres. Sin ese acuerdo, es muy difícil su subsistencia en el tiempo, como se advierte en varios estudios extranjeros.

Parece adecuada, además la mantención de la atribución legal que hoy la norma hace del cuidado personal de los hijos para la madre, mientras no haya acuerdo o decisión judicial. La existencia de una regla de atribución legal supletoria es necesaria, puesto que ello contribuye a evitar la excesiva judicialización de este tipo de conflictos con todas las graves consecuencias que ello supone. La existencia de esa regla otorga mayores seguridades a los hijos, que saben a cargo de cuál de los padres estarán en definitiva y quién será responsable por ellos. Y lo mismo se dará respecto de los padres.

Por ello, la norma actual, subsidiaria del acuerdo, a lo menos posibilita un escape a la vía judicial que si bien no elimina la facultad de accionar, sí reconoce una situación fáctica de la realidad chilena y no fomenta la judicialización de estas materias. Y debe recordarse e insistirse que una premisa esencial en materia de conflicto familiar es que debe evitarse su judicialización, pues, como es constatable, tras ella desaparece muchas veces lo poco que quedaba de comunicación familiar. Esto se mantiene con la regla aprobada en la Cámara y nos parece adecuado.

Por último, se consagra la regla final de resolución de conflictos que es la decisión judicial si el interés del hijo lo hace conveniente, lo que supone decidir esta trascendental decisión para el futuro del menor únicamente en función de lo que es mejor para él y no para sus padres.

La incorporación de criterios de decisión que deben ser considerados por el tribunal para decidir qué es lo más conforme a ese interés también constituye un aporte, pues contribuye a obligar a que las decisiones judiciales deban fundar de modo explícito los fundamentos que justifican su decisión, conforme al interés del niño.

Respecto a la derogación del artículo 228, y con ello la eliminación de la exigencia de contar con el consentimiento del cónyuge para llevar a vivir a un hijo que no ha nacido en el matrimonio, ello sólo contribuye a invalidar la relevancia del contrato matrimonial y constituye una vulneración absoluta a la intimidad conyugal. Además, es evidente que el hijo de una persona es parte de su historia e identidad y, por ello, en la práctica, esta norma nunca ha sido controvertida en nuestros tribunales en juicios que se hayan intentado sobre el particular. Su observancia ha sido y es pacífica, lo que constituye la mejor de las pruebas de que la modificación de la regla no tiene justificación alguna.

Por lo demás, no debe olvidarse que dentro de los deberes maritales está el de respeto recíproco y, si es así, es indudable que algún derecho a manifestarse en este punto tan importante debe tener el cónyuge. No parece oportuno ni necesario, por tanto, eliminar una mínima exigencia de consideración para con el cónyuge respecto de esto.

Se modifica, además, el artículo 229 para incluir una definición de relación directa y regular y establecer una regla de orientación al juez en el sentido de que debe propender a la mayor participación de ambos padres. Ello es ciertamente valorable pues permitirá modificar la generalizada tendencia en los jueces de familia de fijar regímenes de relación directa y regular tipo con escasa presencia del padre.

No estamos, sin embargo, de acuerdo con la modificación de la norma de la Patria Potestad en el artículo 244 del Código Civil puesto que es evidente que la autoridad paterna y la patria potestad en Chile son institutos diversos y una adecuada comprensión del segundo sugiere necesariamente la dificultad que plantearía el exigir un ejercicio conjunto de la misma en toda circunstancia. Creemos que la patria potestad debe seguir radicada en uno de los padres cuando ellos no viven juntos, pues el establecimiento de una patria potestad conjunta sólo va a determinar la judicialización de toda diferencia entre los padres, los que –enfrentados entre sí- apenas se observan.

IV. Conclusión

Agregamos, por último, que nuestra propuesta de política pública no se agota en reformar la legislación del modo que viene de referirse, pues las modificaciones legales no son ni serán nunca suficientes para hacerse cargo de los problemas y desafíos que se le presentan a la familia, pura y simplemente porque la familia excede al Derecho. Si no rectificamos como país en esa comprensión, nunca estaremos dando adecuada respuesta a esos problemas y desafíos.

Por ello, entendemos que estas reformas deben ir acompañadas de un acompañamiento a los padres y a los hijos cuando se está ante un conflicto por el cuidado de los mismos que ha sido judicializado. Para ello, hemos elaborado un Programa de Consejería y Asesoría Familiar (PROCAF), con el objetivo y características que en síntesis les presentamos.

V. Consideraciones finales

Entendemos que las intenciones loables de los autores de estos proyectos están encaminadas a reforzar la valoración de los conceptos de paternidad y maternidad y su necesaria interacción y complementación para el adecuado desarrollo de los futuros ciudadanos. Junto con ello, continuar avanzando en aras de una justicia de los acuerdos en materia de familia y el fortalecimiento de la soberanía familiar.

Sin embargo, a la luz de lo descrito en el informe se debe entender que cualquier pequeño cambio en esta materia puede traer consecuencias no previstas para las familias involucradas que no encuentren en la norma la solución pacífica a sus problemas.

La norma actual puede ser perfeccionada, pero no haciendo desaparecer una parte muy relevante de ella que es la que de una u otra forma previene la judicialización de todo lo relativo al cuidado personal de los hijos.

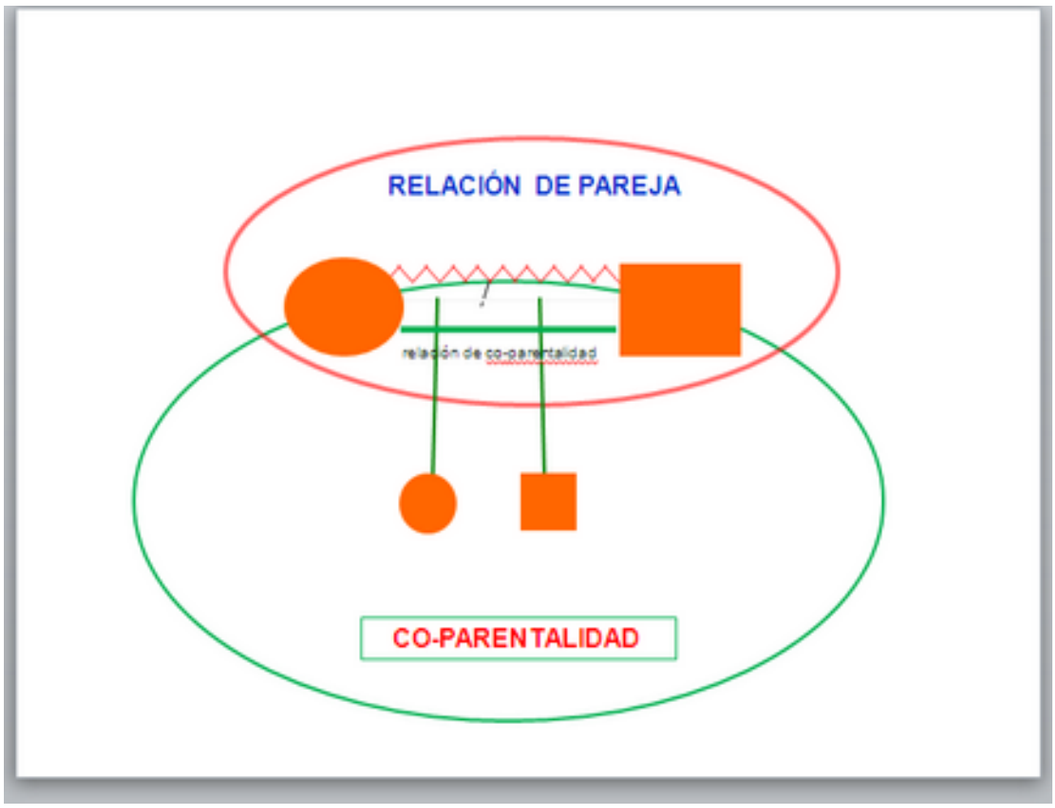
El cuidado compartido es una herramienta útil para fomentar la corresponsabilidad parental, pero nunca podrá ser bien aplicada cuando uno de los padres se oponga a ella. Pensar lo contrario es no entender la complejidad que entraña el conflicto familiar y olvidar que no es un asunto en que sólo se juega la igualdad de los padres, sino, por sobre todo, el bienestar de los hijos.”.

Luego, intervinieron las **abogadas mediadoras, señoras Alejandra Montenegro, Ximena Osorio y Ana María Valenzuela.**

En primer lugar, se refirieron a la mediación y su relación con el cuidado personal de los hijos.

Señalaron que la mediación es un espacio apto para fomentar la colaboración mutua para una organización parental eficiente, que propicia la autodeterminación y que se focaliza en las necesidades de los hijos, tanto como en las necesidades de los padres. Se trata de un espacio privilegiado que permite a los padres tomar decisiones consensuadas respecto a lo que es mejor para sus hijos.

Sobre el particular, presentaron el siguiente esquema:



Enseguida, abordaron los principios que guían la mediación.

Informaron que el primero de ellos, consiste en la igualdad de condiciones para mediar.

Señalaron que, con la legislación vigente en materia de cuidado personal, este principio se ve vulnerado por la legitimación que la propia ley le asigna a la madre. Si bien la madre llega a mediación con poder otorgado por la ley, el espacio de la mediación les brinda una oportunidad de posicionarse de manera más equitativa respecto de la coparentalidad.

Enseguida, destacaron la voluntariedad que debe existir para participar en el proceso de mediación y tomar decisiones relativas a la vida de los hijos en forma consensuada, libre y espontánea.

Otro principio relevante deriva de la necesidad de observar el interés superior de los hijos.

En esta materia, aludieron a la conveniencia de hacer visibles las necesidades de los hijos a los padres en aspectos tales como las características de los hijos en el sistema familiar; la relación filial; las relaciones afectivas de los hijos con ambos padres y con la familia de origen; el impacto que tiene la separación en los hijos; el proceso de duelo de los hijos por la pérdida del padre no custodio; las opiniones provenientes de terceros, tales como los abuelos, las parejas, otros profesionales, etc.

A continuación señalaron los principios que sustentan la decisión de cuidado compartido en la doctrina, entre los cuales destacaron el interés superior del hijo; el principio de co-parentalidad; la igualdad entre los padres y el derecho del hijo a seguir manteniendo un contacto frecuente y permanente con ambos progenitores.

A su vez, como principios rectores de la acción de los tribunales de familia, pusieron de relevancia aquellos derivados de la ley N° 19.968, que los regula, en sus artículos 9°, que contempla la necesidad de propiciar la búsqueda de soluciones colaborativas entre las partes; 14, referido al principio de colaboración, el cual se orienta a mitigar la confrontación entre las partes y a privilegiar las soluciones que sean acordadas por ellas, y 16, concerniente al interés superior del niño, la niña y el adolescente y a su derecho a ser oído.

Enseguida, se refirieron a la intervención en la mediación.

En esta materia, expresaron que los principios de la mediación, tanto aquellos establecidos en Ley de Tribunales de Familia como aquellos propios de la doctrina, se ensamblan y deben ser coherentes en cuanto a determinar la conveniencia de establecer el cuidado personal compartido, privilegiando siempre el bienestar de los hijos.

En este contexto, agregaron, la mediación aparece como una alternativa de salida al conflicto, que puede ayudar a los padres a prevenir los efectos destructivos de la separación conyugal o de pareja y que, igualmente, puede cumplir este rol en la toma de mejores decisiones atendiendo a necesidades e intereses de sus hijos

Precisaron que el objetivo de la mediación es promover las capacidades parentales de manera que los padres, independientemente de su separación, continúen estando presente en la vida de sus hijos.

En cuanto al impacto y a los efectos de la mediación en el ejercicio de la co-parentalidad, destacaron que se establece una nueva forma de comunicación; se promueve la igualdad de participación de ambos padres en la toma de decisiones respecto de la cotidianeidad de los hijos; las personas se sitúan como protagonistas de los cambios; las partes se potencian en la resolución del conflicto, se responsabilizan por sus actos y se comprometen.

Asimismo, se promueve el deuteroaprendizaje, esto es, el aprendizaje de las partes sobre la resolución de conflictos por sí mismas.

Finalmente, la mediación les enseña a solucionar las disputas y los desencuentros en una forma distinta a la que ofrece la justicia tradicional.

En cuanto a la experiencia acumulada como mediadoras familiares en la relación a la situación actual, señalaron que no son muchos los casos que llegan a mediación por cuidado personal, atendido que este tema está definido a priori por la ley. Añadieron que los padres se restan, aún en situaciones de urgencia.

Por otra parte, opinaron que la modificación legal en estudio tendrá un impacto en el número de casos que requerirán atención en mediación y también un impacto social, atendido que el padre será situado en una situación de mayor igualdad de condiciones respecto a la responsabilidad en el cuidado y crianza de sus hijos.

Informaron que lo que frecuentemente ven en el ejercicio de sus tareas como mediadoras, es a madres que se adueñan de los hijos y a padres que quedan alejados de esta participación parental equitativa, lo que muchas veces propicia la aparición del Síndrome de Alejamiento Parental (SAP). Al mismo tiempo, se aprecia la existencia de madres sobrecargadas por el ejercido de su rol y de una suerte de sanción social a las mujeres por delegar esta responsabilidad en los padres.

Agregaron que así como está concebido en la ley el cuidado personal, supone una dificultad para el trabajo del mediador y que, por regla general, los casos se terminan judicializándose y valiéndose de argumentos que inhabilitan al otro progenitor sin necesariamente estar bien sustentados.

Señalaron que partir del presupuesto del cuidado personal compartido resulta más coherente con el espíritu de la mediación. Opinaron que la modificación planteada a este respecto podría relevar las competencias parentales, dejando a los padres en una situación en que uno no estará mejor que el otro, sino que se situarán en igualdad de condiciones.

Sostuvieron que el sistema de cuidado personal compartido reporta distintos beneficios para los hijos. A saber, se les brinda la oportunidad de vivir y convivir con sus padres y los propios ambientes de éstos; se permite que comprueben que la comunicación entre los padres se normaliza y se facilita un factor educativo relevante, que consiste en que los hijos sean educados bajo la igualdad de responsabilidad del padre y la madre.

Asimismo, se produce una secuencia socializadora permanente; se impide la existencia de padres periféricos, casuales, en tránsito o ausentes; se evita la ocurrencia de conflictos de lealtades; se inculca la solidaridad y se propicia el aprendizaje de un modelo de resolución de dificultades, pues los padres continuamente tendrán que estar negociando.

Este sistema, continuaron explicando, también implica beneficios para los padres. En efecto, éstos serán tutores igualitarios para el ejercicio de la tarea parento–filial; se evitará la sobrecarga, pues ambos compartirán la crianza y la mantención de los hijos, y les permitirá disponer y contar con el tiempo requerido para su desarrollo personal y profesional.

A continuación definieron la noción de cuidado compartido de los hijos, destacando que constituye un derecho-deber de los padres e hijos y que implica la suma de las tareas concernientes a la tenencia, la crianza, el cuidado y la educación.

Hicieron notar que este régimen también significa un reparto de espacios y de tiempos equitativos e igualitarios de ambos progenitores para con sus hijos; el ejercicio de la co-parentalidad de ambos en cuanto a la toma de decisiones de vida de sus hijos en materias tales como la educación, la crianza, el cuidado de la salud, el credo que profesarán, etc., además de aspectos como la convivencia, la atención diaria y la contención afectiva.

Luego, formularon un conjunto de comentarios al proyecto de ley en estudio.

Lamentaron que la modificación que en su momento se propuso al artículo 222 del Código Civil quedara fuera de la discusión parlamentaria, pues ella se orientaba a comprender el significado de la co-parentalidad. Manifestaron que al no quedar debidamente explicitado el alcance de esta institución, ello quedará entregado a la interpretación y aplicación del juez.

En cuando al texto propuesto para el artículo 225 del Código Civil y la definición del cuidado personal compartido que este precepto entrega, se preguntaron si éste será un régimen de vida o una forma de reorganizar la vida familiar en beneficio de los hijos, atendiendo a sus necesidades e intereses.

Observaron que el nuevo artículo 225 confunde, en su inciso segundo, el cuidado personal compartido principalmente con la idea de residencia compartida, o custodia física.

Sostuvieron que, según su parecer, para dar sentido a la co-parentabilidad y clarificar el concepto de cuidado personal compartido, debían diferenciar previamente dos tipos diferentes de custodia compartida, que pueden ejercerse en forma conjunta o separada.

Éstos son, por una parte, la custodia legal compartida, consistente en la facultad compartida de ambos padres en la toma de decisiones sobre la vida de sus hijos en aspectos tales como salud, educación, religión, etc.

Por otra, la custodia física compartida, esto es, la facultad de ambos progenitores de compartir la frecuencia y el contacto con los hijos de un modo igualitario, lo que dependerá del plan que se acuerde, que podrá basarse en días, semanas, meses o años.

Como críticas a la nueva redacción que se propone para el mencionado artículo 225, señalaron que la falta de diferenciación genera una valla en lo referido a la co-parentalidad inmediata tras la separación, pues tiende a hacer creer que sólo hay custodia compartida cuando hay residencia compartida, lo que obviamente dificultará la implementación práctica de la corresponsabilidad parental por parte del padre o madre que no “resida” con sus hijos.

Añadieron que la redacción del inciso cuarto de dicha norma viene a reproducir exactamente los mismos vicios de inconstitucionalidad que presenta el texto actual del ya aludido artículo 225 y no cumple con el test de razonabilidad necesario para establecer la preferencia que esta norma consagra en relación a la madre, la que a todas luces es arbitraria.

Hicieron notar que la atribución legal en esta materia desincentiva la búsqueda de la tuición compartida, reproduciendo el ejercicio de roles parentales tradicionales consistentes en madre-cuidado, padre-proveedor. En consecuencia, agregaron que, en la práctica, esta disposición no hace ninguna diferencia respecto a la legislación vigente.

Enseguida, se refirieron a la derogación que se propone en relación al artículo 228 del Código Civil. La consideraron adecuada, pues dicha disposición solo generaría discriminación en contra del hijo o hija que tiene esta calidad sólo respecto de uno de los cónyuges, frente a la discrecionalidad del cónyuge de su padre o madre al habérsele permitido a éste la posibilidad de decidir sobre su permanencia en el hogar común, atentando contra su interés superior.

Tocante al artículo 229, hicieron notar que su inciso tercero no deja claro el modo en que los jueces garantizarán la participación y la corresponsabilidad, ni como éstas se verán reflejadas en derechos o acciones que puedan ejercerse por parte del padre o madre no custodio.

Señalaron que, en la práctica, habrá un padre o madre que tendrá el cuidado absoluto de los hijos y otro que sólo tendrá tiempo con ellos, pero no incidirá en la toma de decisiones.

Por otra parte, esta disposición incorpora el concepto de corresponsabilidad (co-parentabilidad), aporta elementos a considerar como edad de los hijos y relación que existe con el padre no custodio, lo que permite construir un régimen de contacto flexible que se adapte a cada caso en particular, en vez de ser una regla general para todos los casos.

En cuanto a los artículos 40 y 41 de la Ley de Menores, expusieron que la nueva redacción que se propone para los mismos proporciona criterios que permitirán al juez ponderar o discernir los elementos o contenidos necesarios para comprender el significado del “interés superior del hijo” como criterio de decisión en materias como cuidado personal y relación directa y regular.

Finalizando su exposición, resumieron sus comentarios a la iniciativa en estudio en la siguiente forma:

En primer lugar, se clarifica el concepto de tuición compartida, diferenciando la custodia física de la legal.

Luego, se establece el cuidado personal compartido de pleno derecho, de modo tal que sean los padres los que deban acordar en pie de igualdad el modo en que reorganizarán la vida de sus hijos y sólo si ellos no son capaces de hacerlo, lo determinará el juez atendiendo al interés superior de los hijos. Esto, dijeron, incentivará a los padres a llegar a acuerdos y, en el evento en que ello no sea posible, será el juez quien tempranamente deberá determinarlo.

En último término, señalaron que se necesita definir en forma clara en qué consiste la corresponsabilidad parental, de manera que ello se traduzca, en la práctica, en que los jueces atribuyan acciones parentales concretas a los progenitores, que siempre promuevan los derechos de los niños.

Complementando su exposición, mencionaron algunos aspectos específicos que, a su juicio, también deberían atenderse durante esta tramitación. Se trata, en primer lugar, de la conveniencia de cautelar lo que denominaron “subsistema fraternal”, de manera que, ante el alejamiento de los padres, se evite separar a los hermanos. Igualmente, opinaron que aquellos asuntos que se propone incorporar a la Ley de Menores deberían, más bien, incluirse derechamente en el Código Civil.

A continuación, usó de la palabra **la Psicóloga y Perito Judicial, señora Verónica Gómez.**

Informó que, en el contexto de la materia en análisis, es muy pertinente hacer notar la existencia de una patología denominada “síndrome de alienación parental”, conocida por su sigla SAP, o trastorno de alienación parental.

Explicó que el síndrome antes mencionado deriva de una campaña de injurias y desprestigio que sostenidamente realiza uno de los progenitores en contra del otro y que va en desmedro de los hijos, quienes terminan participando en dicha campaña, y también de la posibilidad de mantener una relación directa y regular con uno de sus progenitores.

Agregó que la modificación propuesta por el proyecto en estudio al artículo 225 del Código Civil, puede significar una disminución de esta patología.

Por otra parte, indicó que es importante legislar sobre las falsas acusaciones de abuso sexual, las que, en la práctica, son utilizadas como artimañas para impedir u obstaculizar el vínculo de uno de los padres con sus hijos. Del mismo modo, consideró también relevante penalizar a aquellas personas que obstruyen el vínculo del otro progenitor con sus hijos.

Manifestó que la mencionada patología no va ligada al sexo, sino que constituye un tipo de maltrato infantil que no tiene un área visible y que produce graves consecuencias en los niños, tales como la baja en su autoestima, la posibilidad de incurrir en el consumo de alcohol y de drogas, la depresión e, incluso, el suicidio. Hizo notar que este síndrome no solamente daña al niño, sino que también perjudica severamente a todo el núcleo familiar.

Enseguida, la Comisión escuchó **a los representantes de la Agrupación Amor de Papá, señores David Abuhabda, Miguel Ángel González y Rodrigo Medina.**

Manifestaron que esa Agrupación nació el año 2007, como una respuesta frente al problema de los niños que se ven impedidos de ver a su padre, dadas las trabas que para ello ofrece el sistema legal chileno.

Sostuvieron que esa entidad la integran padres responsabilizados por la crianza de sus hijos, que quieren participar en su desarrollo y que entienden que aquella responsabilidad no es endosable a la madre, sino que es complementaria.

Expresaron que, atendido lo anterior, se han agrupado y han tenido oportunidad de conocer situaciones muy dramáticas, que incluso han conducido a resultados de muerte y de suicidios tanto de padres como de hijos, que derivan del hecho de reconocer que no existen formas de liberar a los hijos de los nocivos efectos de un conflicto conyugal.

Hicieron presente que en muchos casos se advierte una profusa utilización de acusaciones falsas de toda índole, de manera de impedir y obstruir la relación entre el padre y los hijos. Pusieron de manifiesto que estas acusaciones nunca terminan reivindicando la figura paterna.

Agregaron que, como Agrupación, han tenido igualmente oportunidad de constatar el incumplimiento de sentencias ejecutoriadas en materia de relación directa y regular del padre con sus hijos, sin que ello traiga consecuencias para quien pone los obstáculos.

Destacaron que, del mismo modo, se aprecia la existencia de una legislación arbitrariamente discriminatoria, que vulnera el principio de igualdad ante la ley en dignidad y derechos, contraviniendo incluso los principios que inspiran nuestra Constitución Política.

Se refirieron, asimismo, a la instalación de modelos parentales basados en el ejercicio del poder uniparental y no en la cooperación y la coparentalidad, en función del interés superior del hijo.

Por otra parte, agregaron que existen hijos que experimentan lealtades mal entendidas y que, en definitiva, quedan alineados con los planteamientos de la madre, la que en no pocas ocasiones antepone sus propios intereses por sobre los del niño.

Indicaron que la desvinculación entre el padre y los hijos normalmente se extiende también a toda la familia paterna (abuelas,

tías, primas y otras personas), de lo que surgen consecuencias que permanecen por el resto de la vida.

Hicieron notar, asimismo, que los niños privados de la posibilidad de ver a su padre no sólo pierden el desarrollo de una conexión emocional temprana con éste, sino que además viven esta lejanía como un abandono de parte de aquel.

Manifestaron que lo que mueve a esa Agrupación es el derecho que tienen los hijos a crecer en la presencia y cercanía de ambos padres, por sobre los conflictos que pueda haber entre éstos.

Reconocieron que nuestro sistema judicial ofrece una cierta incapacidad para abordar el carácter multidimensional de este problema en términos de tiempo y calidad.

Añadieron que también existen contradicciones entre las disposiciones contenidas tanto en los cuerpos legales nacionales vigentes y los tratados internacionales de que Chile es parte.

A continuación, dieron a conocer las siguientes cifras:

CAUSAS INGRESADAS Y TERMINADAS EN JUZGADOS DE FAMILIA				
AÑO	CÓDIGOS	MATERIA	CAUSAS INGRESADAS	CAUSAS TERMINADAS
2010	18602	Cuidado personal del niño	24.759	22.294
	18701	Relación directa y regular con el niño	58.532	51.739
TOTAL 2010			**83.291**	**74.033**
2009	18602	Cuidado personal del niño	31.148	89.766
	18701	Relación directa y regular con el niño	15.293	48.756
TOTAL 2009			**46.441**	**138.522**
2008	18602	Cuidado personal del niño	12.458	14.541
	18701	Relación directa y regular con el niño	20.718	22.913
TOTAL 2008			**33.176**	**37.454**

Fuente: Instituto nacional de Estadísticas (INE)

Puntualizaron que, de esta información, se deriva que las causas sobre cuidado personal y relación directa y regular con los hijos casi se han triplicado entre los años 2008 y 2010.

Agregaron que el sistema de Tribunales de Familia arrastra también causas provenientes de la legislación anterior, de manera que, en la actualidad, existe un importante número de asuntos acumulados.

Sostuvieron que la infraestructura de los mencionados Tribunales es claramente insuficiente para abordar con celeridad los asuntos de que deben conocer.

En cuanto a la iniciativa en estudio, hicieron notar que su texto no representa una solución efectiva frente a las dificultades antes planteadas, por cuanto mantiene la discrecionalidad en cuanto a uno de los padres. Enfatizaron que el hecho de consagrar la norma supletoria de la monoparentalidad, constituye una inconstitucionalidad grave y evidente, además de acarrear los consecuentes efectos negativos en el desarrollo del niño. Además, ello impide el ejercicio de los principios de corresponsabilidad y coparentalidad en los cuidados del niño.

Informaron que, ante la separación de los padres, esa Agrupación estima que el cuidado personal de los hijos debe corresponder a ambos progenitores de manera compartida. Expresaron que esta regla debe plantearse de forma similar al actual artículo 225 del Código Civil, que en este momento concede el cuidado personal a la madre, por cuanto si se establece como una atribución convencional, no se producirá un cambio significativo en los hechos, toda vez que en la mayoría de los casos de ruptura, los acuerdos posteriores no constituyen la regla general.

Hicieron notar que lo establecido en el texto actual del inciso primero del artículo 225 constituye una inconstitucionalidad clara y evidente, por aplicación del artículo 19, número 2°, de la Constitución Política.

Propusieron que ambos padres regulen de común acuerdo la forma en que el cuidado personal compartido se llevará a efecto y que, en caso de no existir acuerdo entre ellos, lo establezca el juez teniendo en consideración el interés superior del niño.

Concluyeron su exposición sugiriendo derogar la norma sobre atribución preferente del cuidado personal del hijo a la madre, por cuanto, de continuar vigente, las posibilidades de que éste se conceda al padre continuarán siendo escasas. Añadieron que si los padres no pueden o no quieren ejercer dicho cuidado personal en forma conjunta, podrán acordar que se radique en cualquiera de ellos.

Como síntesis, insistieron en la conveniencia de establecer que, ante la separación de los padres, se conservarán en ambos las habilidades parentales, así como los derechos y las obligaciones respecto

a sus hijos, en un régimen de cuidado personal compartido, entendiendo todo lo anterior no de manera separada, sino que como parte de un solo contexto.

Asimismo, instaron a garantizar a los niños el derecho a disfrutar de la proximidad de ambos progenitores y también de sus respectivos entornos familiares.

A continuación, hizo uso de la palabra **el señor Rodrigo Villouta, Presidente de la Fundación Filius Pater.**

Explicó que esa Fundación nació el año 2007, con el propósito de velar por el cumplimiento de los derechos de los niños, con especial énfasis en los hijos de padres separados. En segundo término, busca difundir, educar y capacitar a la sociedad sobre la Alienación Parental, el cómo evitar dicha situación y prevenir que con ese acto se genere el Síndrome ya mencionado en los niños involucrados.

Informó que en su intervención, aludiría principalmente a los derechos naturales de las personas y al Código Civil; a la infancia (los sin derechos a expresarse); a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la vulneración de tales derechos; al artículo 225 del Código Civil y las razones para modificarlo; a la desconocida y subvalorada figura del curador ad litem, y, finalmente, al Ombudsman y al Defensor del Niño.

Luego, realizó su exposición sobre la base del siguiente documento escrito:

“Código Civil

Artículo 1: La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.”.

Así, la Constitución debe velar por los Derechos Naturales y una de las interpretaciones directas, tiene estrecha relación con la “Calidad de Vida” de las personas, con especial énfasis en los niños, según dicta la CIDN.

Dentro de los principios plasmados en el Código Civil, rescatamos el de la “Igualdad de las personas ante la ley”. La discusión que nos lleva al planteamiento de modificación de la ley referente al cuidado personal de los hijos ante la separación de los padres, va por dos caminos paralelos:

1. La igualdad de los padres frente a la ley, y

2. La calidad de vida de los niños frente a dicha separación de sus progenitores y ante la discusión.

Infancia

Infante : proviene del latín *“infans-ntis”*.

Se formó con el prefijo privativo *in* antepuesto a *fante,* que era el participio presente del verbo *“fari”* (hablar), por lo cual, *infans* significaba literalmente “no hablante”. De tal manera que cuando hoy nos referimos a un infante, es simplemente aquella persona que carece del derecho a hablar (u omitir opinión).

Interés superior del niño – Convención Internacional de los Derechos del Niño

Sin embargo, el rol tutelar del Estado cambió a uno garante de los derechos de los niños. De hecho, se firma la Convención Internacional de los Derechos de los Niños en septiembre del año 1990. La firma de la CIDN no es más que la consecuencia de un desarrollo histórico de la infancia en nuestro país, la cual la podemos resumir en tres etapas:

Etapa I – Siglo XVIII:

Inexistencia de los niños; socialmente no están presentes en ningún ritual cotidiano, se alimentan en la cocina o en mesas para niños, no poseen ningún tipo de derechos, no cuentan con privilegios, incluso se los viste bajo estándares inferiores a los adultos, quienes ostentan todos los derechos y privilegios. Un hecho histórico en nuestro país, que merece ser mencionado, es la existencia de los “niños huachos”, magistralmente expuesta en el ensayo historiográfico “Ser niño “huacho” en la historia de Chile”, del investigador Gabriel Salazar.

Etapa II – Siglo XIX:

Estado proteccionista. Aparece la intervención del Estado como organismo tutelar de los menores de edad, haciéndose cargo de ellos, velando por sus intereses y bienestar en general.

Etapa III – Desde la CIDN:

Los niños pasan a ser “seres” individuales, sujetos de derechos; el Estado modifica su postura, transformándose en un garante para el cumplimiento de sus derechos fundamentales, establecidos en el Código Civil y en la CIDN.

Ésta establece principios y normas de carácter obligatorio para las naciones firmantes, además del compromiso de adaptar las legislaciones internas a las normas de la Convención. Se crea el Comité de Derechos del Niño, dependiente de Naciones Unidas, para supervisar el control de su aplicación y hacer recomendaciones a los Estados.

Derechos del niño – CIDN

Dentro de los Derechos de los Niños que establece la Convención, el principio N° 7 dice textualmente:

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.”.

Este principio no hace referencia ninguna a que esto cambie en caso de separación de los padres. La Convención presume un statu quo per se en cuanto a la corresponsabilidad de los progenitores (de hecho, se encuentra respaldado por el artículo 222 de nuestro Código Civil).

Resumiendo todo lo anterior, a casi 22 años de la firma de la CIDN, nuestro país aún no ha adaptado toda su legislación; incluso el artículo 225 actual no sólo presenta un grado de inconstitucionalidad, sino que además es una grave falta y violación a la Convención en sí, pues desconoce la función de coparentalidad de los progenitores frente a sus hijos cuando cambia su condición de convivencia.

Por otra parte, el inciso primero del artículo 229 actual establece lo siguiente:

“Art. 229. El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.”.

Es necesario e imperativo que se establezca una definición cierta, acabada, clara y de fácil entendimiento y nula interpretación arbitraria respecto a lo que debemos entender por “directo” y por “regular” y especialmente la descripción de “conveniencia” para el o los niños involucrados.

Curador ad litem

Con fecha 30 de agosto del año 2004, entra en vigencia la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, remplazando

los antiguos Tribunales de Menores. En su artículo 19, relativo a la representación de los niños en el tribunal, dice lo siguiente:

"En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados.

El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación.

La persona así designada será el curador ad litem del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones del juicio. De la falta de designación del representante de que trata este artículo, podrán reclamar las instituciones mencionadas en el inciso segundo o cualquier persona que tenga interés en ello.".

La figura del curador ad litem es vital frente a una judicialización en tribunales de familia; si bien es cierto la solicitud puede realizarla cualquier persona (entiéndase por eso partes litigantes, tanto demandante como demandada, abogados con patrocinio, mediadores, consejeros técnicos, etc.), en la práctica no aparece mucho en escena. Cuando hablamos que Tribunales de Familia se crean en base al interés superior de los niños, les causa mucha extrañeza, por decir lo menos, que quienes más necesitan ser patrocinados no cuenten con ello, a pesar de que la ley los faculta. De tal manera, volvemos en el tiempo en un retroceso inútil, donde los niños carecen de derechos. Enfocado de otro punto de vista, es extremadamente relevante que la personería del curador ad litem esté presente "siempre" en una judicialización en la que aparezcan involucrados niños de por medio, de manera tal de asegurarnos de su debida representación y garantizar así sus derechos frente a los de sus padres, cosa que intrínsecamente se busca con el bien superior del niño.

Alineación parental

Otro punto de alta relevancia que debe considerar esta Comisión, es el Síndrome de Alienación Parental (S.A.P.). Mucho se ha hablado y escrito y desde ya ponen a disposición de los Honorables Senadores toda la información que requieran al respecto. Sin embargo, es necesario aclarar un tema conceptual. El síndrome es el "trastorno", de tal manera que se debe legislar sobre la alienación, no sobre el síndrome. La ley

debe establecer reglas claras sobre la conducta del alienador, pues es esta persona quién produce el síndrome con su actuar. En la carpeta que se entregó a los Honorables Senadores se adjunta una copia (traducida al español del portugués) de la ley N° 12.318, que entró en vigencia el año 2012 en Brasil, que dispone sobre la alienación parental. Esta ley es el mejor ejemplo a seguir, a modo de imitarla y poder implementarla enChile.

Ombudsman

Si bien es cierto este tema no posee relación directa con las modificaciones en estudio, nos atrevemos a dejarla enunciada, pues a nuestro parecer, sería el complemento perfecto para garantizar de verdad los derechos de los niños de nuestro país.

El Defensor del Pueblo, del sueco Ombudsman, que significa comisionado o representante, es una autoridad del Estado encargada de garantizar los derechos de los ciudadanos ante abusos que puedan cometer los Poderes Ejecutivo y Legislativo de ese mismo Estado. La Constitución sueca estableció dicha figura en 1809 para dar respuesta inmediata a los ciudadanos ante abusos de difícil solución vía burocrática o judicial. De esta figura, se desprende el “Defensor del Niño” (Ombudsman de niños). Es también conocida como Ombudsman, Ombudsperson, Defensor de los Niños, Comisionado de los Derechos de los Niños, Defensor del Menor, Abogado de los Niños y Tutor Público de Niños y Adolescentes.

El año 1981 se crea en Noruega; el 1987 en Costa Rica; el 1991 en Colombia; el 1996 en España, y el 1998 en Bolivia y Rusia.

Dentro de las atribuciones que debería poseer, resaltamos las siguientes:

- Su objetivo principal es velar por el real cumplimiento de los derechos de los niños.

- Actuar como una entidad vigilante y no controladora.

- Supervisar actuaciones de la Administración Pública, privada y de Justicia.

- Revisar y tramitar quejas a violaciones de los derechos de los niños y adolescentes.

- Promover el conocimiento y divulgación de los derechos de la infancia y adolescencia.

- Proponer reformas de procedimientos, reglamentos y leyes.

- Formular recomendaciones, sugerencias y advertencias.

- Desarrollar acciones que permitan conocer las condiciones en que los menores de edad ejercen sus derechos y la forma como la comunidad los debe respetar.

El mandato del cargo es muy similar en todos los países y, según las necesidades más apremiantes, se hacen señalamientos específicos:

Australia: educación a distancia.

Portugal: niños de la calle.

Dinamarca: acoso intraescolar de condiscípulos y el castigo corporal.

España: derecho de los niños enfermos a la educación (en Cataluña).

Rusia: dotación gratuita de leche hasta los 2 años.

Israel: respeto a las peculiaridades culturales de los hijos de emigrantes de Rusia, Yemen y Etiopía.

En enero del año 2011, en su visita a Chile, Arturo Canalda, Defensor del Menor de la Comunidad Autónoma de Madrid, dijo textualmente:

"…Chile está hoy en día en un momento más que propicio para la instauración de la Defensoría, a propósito de que se está realizando una reforma a la Ley de Protección de la Infancia.".

Ya han pasado más de 18 meses y no hay ninguna institución gubernamental que haya impulsado la idea de la creación del Defensor del Niño en nuestra Patria. Por tal motivo, y humildemente, nos atrevemos a presentar la idea para poder, en el corto plazo, transformarla en un proyecto de ley e ingresarlo al Congreso Nacional para su posterior análisis, discusión y aprobación.".".

Complementando su intervención, el señor Villouta puso a disposición de la Comisión una copia de la ley N° 12.318, promulgada

con fecha 26 de agosto de 2010 en Brasilia, Brasil, la cual reconoce y castiga legalmente la Alienación Parental.

Del mismo modo, presentó la propuesta que se transcribe a continuación, orientada a modificar algunos preceptos del Código Civil. Explicó que ella representa la opinión de Filius Pater y que tiene en consideración tanto la Convención Internacional de los Derechos del Niño como los criterios de observancia del bien superior de éste.

Las enmiendas propuestas son las siguientes:

Artículo 225

Reemplazarlo por el siguiente:

“Si los padres viven separados, ambos seguirán teniendo el cuidado personal de los hijos. Con respecto a la residencia del o los niños(as), se definirá de común acuerdo, así como el régimen de visitas, de manera tal que el o los niños(as) mantengan siempre una relación directa y regular con ambos progenitores. A falta de éste, decidirá un Juez, teniendo en cuenta el Bien Superior del o los Niños(as). Será pertinente la participación de un Curador Ad Litem en el proceso.”.

Artículo 228

Derogarlo.

Artículo 229

Sustituirlo por el que sigue:

“El padre o madre que no resida con su hijo(a), hijos(as), no será privado del derecho ni del deber de mantener con él (ella) o ellos (as) una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con su ex cónyugue. A falta de acuerdo, decidirá el Juez, teniendo en cuenta el Bien Superior del o los Niños(as) y con la intervención de un Curador Ad Litem. Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo(a) o de los hijos(as), por abuso físico o psicológico, lo que declarará el Tribunal fundadamente.”.

Artículos 232 y 233

Derogarlos.

Artículo 244

Reemplazarlo por el siguiente:

"La patria potestad será ejercida por ambos padres conjuntamente. A falta de acuerdo, decidirá un Juez, teniendo en cuenta el Bien Superior del o los Niños(as). En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los progenitores, el Juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre radicándolo en uno sólo de ellos, y en ausencia comprobada de los progenitores, en un tercero si el caso lo amerita. Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo(a) o hijos(as), dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.".

Artículo 245

Derogarlo.

Finalizando su intervención, el señor Villouta valoró lo expuesto por quienes le antecedieron en el uso de la palabra, destacando que todos ellos relevaron el interés superior del niño, lo que consideró fundamental. Igualmente, puso de manifiesto la importancia de la iniciativa en estudio, cuya orientación general compartió, aun cuando hizo presente que procedía introducirle algunos ajustes. Opinó que este proyecto constituye un paso de enorme proyección, que no debe volver atrás.

Señaló que, aparte de la necesidad de corregir nuestra legislación para servir mejor a los niños, quienes –dijo- son el futuro de Chile, se debe también dedicar esfuerzos y recursos a difundir conocimiento en referencia a la Alienación Parental, para que algún día la censura que nazca en contra de este delito sea por un cambio de cultura, una que salga de una sociedad que entienda la dimensión de este tipo de abuso.

A continuación, la Comisión escuchó **a los señores Max Celedón y Rodrigo García, representantes de la Organización Papá Presente.**

Manifestaron que esa Organización se constituyó el año 2008, con el objetivo de representar el interés de los hijos de padres separados. Su misión es entregar asistencia gratuita a los padres separados de sus hijos, que se encuentren inmersos en procesos judiciales.

Expresaron que la iniciativa en estudio tiene un efecto directo en la vida de las personas, pues modificar la ley hoy implica que se afectará la vida de millones de personas en los próximos años.

Definieron el cuidado personal compartido de los hijos como un sistema de vida familiar post ruptura, que busca preservar la estructura triangular de la familia, considerando tanto el interés superior del niño como los intereses de los padres en beneficio de los hijos.

Agregaron que los hijos, dentro del régimen de cuidado compartido, podrían tener un sistema de residencia primaria o un sistema de residencia alternada.

Identificaron cuatro principios que fundan el cuidado personal compartido, a saber:

1.- Igualdad parental;

2.- Corresponsabilidad parental;

3.- Derecho a la coparentalidad, y

4.- Conciliación de la vida familiar y laboral.

Precisaron que existen diferentes formas del referido mecanismo de custodia compartida.

Señalaron, a continuación, que en Chile no existe igualdad parental, pues el estatus de padre queda restringido a la presencia de la madre y el padre tiene ciertos derechos sobre su hijo siempre que esté en pareja o en acuerdo con la madre.

Hicieron presente que la corresponsabilidad parental está limitada a los aportes pecuniarios del padre o la madre que no tiene el cuidado de su hijo. Destacaron que en nuestro país existe un frágil derecho de coparentalidad, pues los derechos no están bien resguardados.

Indicaron, asimismo, que existe poca conciliación en la relación entre la vida laboral y la vida familiar, en particular hacia el género femenino, en el sentido de que desde el momento que la ley dice que a la madre le toca el cuidado personal de los hijos, se fomenta en muchos padres un sentimiento de alejamiento.

Consideraron que el proyecto en estudio no debería ser una iniciativa aislada, sino que debería entenderse como parte de una política integral del Estado orientada a la corresponsabilidad parental.

Informaron, luego, que en esta materia existen algunas interrogantes o mitos, a saber:

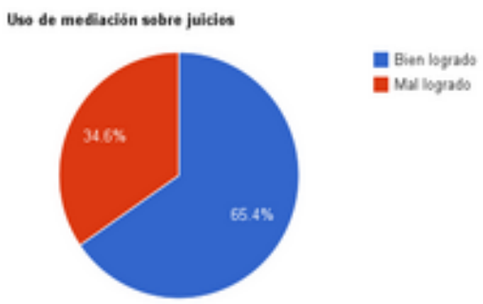
1.- ¿El cuidado personal compartido implica alternancia de la residencia de los hijos? Manifestaron que ello no es así necesariamente, ya que el cuidado personal básicamente es un sistema de vida familiar y la alternancia en la residencia no.

2.- ¿El cuidado personal compartido debe ser un modelo impuesto? En este punto, señalaron que distintas legislaciones han tratado de imponer dicho sistema sin lograr buenos resultados. Añadieron que éste funciona bien con una lógica parental convenida y que, en todo caso, el Estado puede crear condiciones para que se llegue a esos acuerdos.

3.- ¿El cuidado personal compartido es la igualdad parental o de géneros? Indicaron que éstas son dos cosas separadas, pues la igualdad es un principio y el cuidado personal es un modelo de vida familiar que se sustenta en dicho principio.

4.- ¿El cuidado personal compartido con igualdad parental y sin norma supletoria, generaría judicialización? A este respecto, informaron sobre los siguientes casos:

a) Caso Austria: fuente “Children's Right Act 2001: A survey”. En entrevista a 600 personas, entre jueces, mediadores familiares y abogados, se revela que un 65,4% determinó que se habían reducido los juicios.



b) Caso Brasil: en agosto de 2008 se consagró el cuidado personal compartido y se produjo una disminución de los juicios, principalmente en materia de alimentos.

Caso Brasil: Modificación al código civil se introdujo en Agosto de 2008 que establece igualdad parental y CPC. *Judicialización decrece principalmente en materia de alimentos*.
Fuente: "*Consejo nacional de los derechos de*

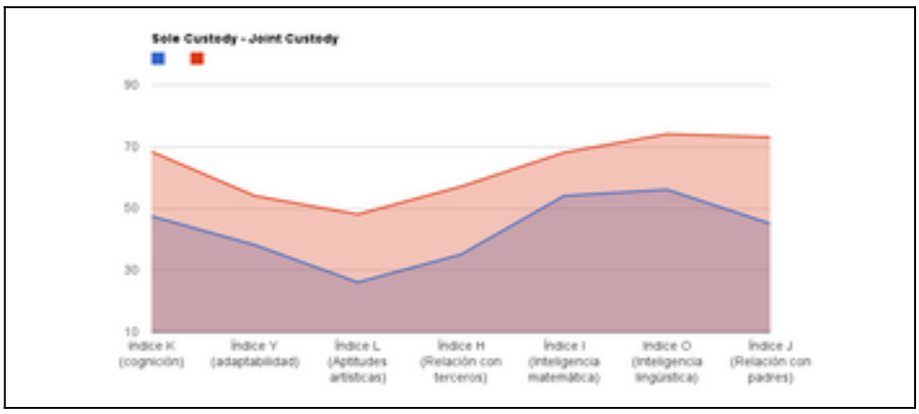


Instante en que se promulgó nueva ley de familia en Brasil [12]

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

5.- ¿El cuidado personal compartido genera inestabilidad en los niños y adolescentes?

En esta materia, expresaron que de acuerdo a Linder, Sanford et al. [1], y Filkerhor, Donnelly et al [2], quienes han realizado y validado las encuestas a 375 casos de niños que vivieron bajo custodia monoparental por 10 años y más, comparados con 280 niños que vivieron bajo custodia compartida física alternada por 10 años y más, se obtuvieron indicadores contundentes en diversas áreas de cognición, psicológicas, afectivas e intelectuales, entre otras:



6.- ¿El cuidado personal compartido es contrario a los derechos de la mujer? Precisaron que ello que no es efectivo, agregando que este sistema fue impulsado en países como Francia e Inglaterra principalmente por grupos feministas, que buscaban una conciliación más favorable de la mujer con el campo laboral.

A continuación, presentaron el siguiente cuadro, en el cual se distinguen cuatro tipos de casos:

Caso	Relación entre padres	Artículo 225 vigente	Cuidado compartido con discriminación	Cuidado compartido sin discriminación
1	Ninguno de los padres se interesa por el cuidado.	La ley no sanciona el abandono de los hijos y exime al padre de su responsabilidad.	Sólo la madre está en falta, el padre no, porque no se ha acordado la tuición compartida.	Ambos padres estarían en falta ante la ley.
2	Sólo uno de los padres, la madre o el padre, se interesa por el cuidado, mientras el	La ley no ayuda a la madre a obligar al padre a participar, excepto en lo	No se obligaría al padre a participar si no quiere, excepto en lo económico.	Ambos padres, y no sólo la madre, están obligados a participar en el cuidado, lo que ejerce una

	otro padre elude su responsabilidad.	económico.		presión social sobre los padres.
3.1	Ambos se interesan por el cuidado en forma exclusiva y buscan alejar al otro padre de esta responsabilidad.	El padre no tiene ningún derecho o deber en el cuidado, por lo que tiene un fuerte incentivo a judicializar para intentar obtener algo sin arriesgar nada. La madre, por el sesgo en la aplicación de la ley, está fuertemente incentivada a judicializar por alimentos y falsos abusos para alejar al padre.	Se mantiene el incentivo al padre para judicializar y participar en el cuidado. La madre verá reducidos sus incentivos a judicializar.	Ambos padres tienen derechos y deberes, verán conveniente una negociación y no arriesgarse a perder lo que tienen frente a un juez.
3.2	Ambos se interesan por participar en el cuidado logrando acuerdos directamente.	No requieren de los tribunales de familia.	No requieren de los tribunales de familia.	No requieren de los tribunales de familia.

Incentivo a judicializar	Término medio	Incentivo a participar en el cuidado de los hijos

Complementando su exposición, formularon algunas sugerencias en relación al texto del proyecto:

1.- En el inciso cuarto del artículo 225, propusieron agregar la frase “de manera temporal” luego de la expresión “hijos menores”, de manera que dicho inciso quedaría así: “Mientras no haya acuerdo entre los padres o decisión judicial, a la madre toca el cuidado personal de los hijos menores de manera temporal, sin perjuicio de la relación directa, regular y personal que deberán mantener con el padre.”.

2.- Sugirieron crear un incentivo para evitar la judicialización, agregando a la segunda oración del inciso quinto del artículo 225 la siguiente frase: “o al padre o madre que haya impedido la relación directa y regular con el otro padre sin causa justificada, o hubiese presentado acusaciones falsas en su contra con este fin.”.

Dicho inciso quedaría como sigue:

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

3.- Finalmente, propusieron modificar el inciso sexto del artículo ya mencionado, de manera que su redacción quede como sigue:

“En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica o el género de los padres y por el bien superior de los hijos privilegiará que los padres logren un acuerdo de cuidado personal compartido, cuando ambos hayan manifestado su interés de participar en el cuidado de sus hijos.”.

Enseguida, la Comisión acordó también tener en cuenta las observaciones remitidas por **el abogado señor Carlos Michea, Director Jurídico de la Corporación Papás por Siempre,** quien estuvo imposibilitado de exponerlas en forma personal.

El documento enviado por el señor Michea es del tenor siguiente:

“Antes de iniciar la exposición, quisiera establecer que la actual legislación entrega la facultad de regular el cuidado personal compartido, pues conforme a la redacción del actual artículo 225 del Código Civil, se confía a la madre la facultad de entregar absolutamente la tuición de los hijos al otro padre y, en esa línea de ideas y conforme al aforismo jurídico de “quien puede lo más, puede lo menos“, obviamente que esa madre está facultada para conceder la tuición compartida al otro padre. En ese escenario, nos parece que el proyecto no es un logro como el deseado por nosotros.

1º.- Es lamentable que se ponga en tela de juicio la conveniencia de que los hijos tengan, al momento de separarse los progenitores, un padre, pues siempre será más valioso un padre presente aun cuando sea en forma compartida, que tener un padre sólo como visitador, que es lo que actualmente existe en nuestro país.

La custodia compartida debe regir aún antes de la separación de los padres y, en ese contexto, debe quedar establecida de pleno derecho desde la fecha de nacimiento de los hijos.

No existe fundamento serio que justifique que sólo después de una separación se trate de regular la custodia de los hijos.

2º.- Si bien el presente proyecto es un avance, no podemos dejar de manifestar nuestro descontento, por cuanto nuestras aspiraciones decían relación con la custodia compartida de pleno derecho ya que estimamos que no existe fundamento que evite que los padres de pleno derecho puedan acceder a la custodia compartida, sea durante la convivencia o cuando se produzca una separación o divorcio de los progenitores.

Cabe destacar que el legislador en materias laborales ha reconocido el rol paterno y, en ese contexto, es dable establecer que el cuidado personal de pleno derecho sea una realidad en el plazo más breve que sea posible, pues si se puede cuidar de los hijos por “licencia de hijo enfermo” o hacer uso de la licencia postnatal, no existiría razón suficiente para que los padres no ostenten de pleno derecho el cuidado personal compartido de sus hijos.

3º.- Por otra parte, el presente proyecto no se hace cargo del cuidado personal compartido de los hijos en caso de separación, nulidad o divorcio, pues el cuidado personal compartido debería operar de pleno derecho y no esperar que lo decida un tribunal después que han transcurrido años de litigio, que obviamente además provocan antagonismo innecesario en los progenitores.

4º.- La inhabilidad que tácitamente establece el artículo 225 del Código Civil, que dice relación a que el progenitor que no ha dado alimentos pudiendo darlos, no tiene de derecho a obtener el cuidado personal, debe ser incluida en los numerales del artículo 42 de la ley N° 16.618, relativo a las causales de inhabilidades, dado que en la actualidad los tribunales de justicia no la reconocen como tal.

Asimismo, deben ser incluidas en el artículo 42 de la ley N° 16.618, las conductas de los progenitores relativas al Síndrome de Alienación Parental, en que se inculca maliciosamente al hijo con el objeto de eliminar la figura paterna de su psiquis (padrectomía).

También a este artículo 42 de la Ley de Menores deben ser incorporados como causa de pérdida del cuidado personal de los hijos o al menos en la suspensión del cuidado personal compartido, aquellos casos en que se obstruya o anule la relación directa y regular a que tiene derecho el padre no tutor unilateral o compartido.

Igualmente, el artículo 42 de la misma ley debe establecer que las acusaciones en juicio de hechos falsos, tales como de abusos sexuales en contra de los niños a sabiendas de su inexistencia, será privado del cuidado personal de sus hijos.

5º.- El proyecto no se hace cargo de las pensiones alimenticias vigentes al momento de ser decretado el cuidado personal compartido, por lo cual se hace necesario que en el mismo proceso el juez, de oficio o a petición de parte y en forma incidental, decrete la modificación de la pensión alimenticia vigente en la proporción que corresponda, y ello a fin de evitar la judicialización entre los progenitores.

Cabe mencionar que el proyecto de ley en este aspecto no salva lo dispuesto en el artículo 332 del Código Civil, toda vez que dicha norma establece que “Los alimentos que se deben por ley se entienden concebidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda.

Con todo, los alimentos concedidos a los descendientes y a los hermanos se devengarán hasta que cumplan veintiún años, salvo que estén estudiando una profesión u oficio, caso en el cual

cesarán a los veintiocho años; que les afecte una incapacidad física o mental que les impida subsistir por sí mismos, o que, por circunstancias calificadas, el juez los considere indispensables para su subsistencia.”.

6º.- La modificación de los artículos 225 y 229 del Código Civil no se manifiesta respecto a la situación que describe el inciso tercero del artículo 49 de la ley N° 16.618, que establece que confiada por el juez la tuición a uno de los padres o a un tercero, el hijo no podrá salir sino con la autorización del aquel a quien se le hubiere confiado. Es decir, con el presente proyecto de ley quedan sin regulación los casos de cuidado personal compartido.

7º.- En el último inciso del artículo 229 del Código Civil del proyecto de ley, en que el juez lo decretará fundadamente, es conveniente agregar que en los casos de solicitudes respecto de la suspensión o restricción de la relación directa y regular o de la custodia compartida o tuición absoluta, también dicha solicitud deba hacerse “fundadamente”, para así evitar situaciones que hoy provocan que exista un gran número de padres que ven restringido tanto el régimen de comunicación como la tuición por meros dichos de la parte acusadora.”.

A continuación, hizo uso de la palabra **la abogada analista de la Biblioteca del Congreso Nacional, señora Paola Truffello.**

En su exposición, abordó dos órdenes de materias vinculadas al tema en análisis. La primera, una visión sobre el sistema de cuidado compartido de los hijos a la luz del Derecho Comparado y de la regulación chilena y, la segunda, una evaluación de las ventajas e inconvenientes de dicho sistema.

Su intervención se basó en los siguientes textos:

“Cuidado compartido de los hijos: Derecho comparado y regulación chilena”

Frente a la separación de los padres, el cuidado personal de los hijos constituye una materia de ineludible regulación. En Chile, la ley contempla un sistema individual de cuidado personal, entregándolo a la madre, salvo acuerdo o resolución judicial en contrario.

Los Boletines N°s. 5.917-18 y N° 7.007-18, refundidos, proponen consagrar el modelo de cuidado personal compartido de los hijos menores, adoptado en el derecho comparado.

Del estudio de la legislación de España y Francia se concluye que:

-- En Francia el sistema de cuidado personal compartido opera por regla general, mientras que en España, requiere el acuerdo de las partes o la iniciativa de uno de ellos, cumpliendo determinados requisitos.

-- En ambos países el juez puede invertir la regla del cuidado. A falta de consenso, sólo el derecho francés faculta al juez para establecer de oficio el cuidado compartido.

-- España consagra un sistema de residencia habitual del menor de edad, mientras que en Francia rige el sistema de alternancia.

-- Ambos países procuran la no separación de los hermanos y establecen exclusiones para la titularidad del cuidado compartido de los hijos.

Introducción

Con motivo del proyecto de ley que introduce modificaciones en el Código Civil y en otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados (Boletines N°s. 5.917-18 y 7.007-18, refundidos), este informe revisa los modelos del cuidado personal compartido consagrados en España y Francia, por tratarse de regulaciones que si bien consagran el sistema, adoptan modelos diferentes. En particular, se analiza: su consagración, la forma de cuidado que opera por regla general, el rol de la autoridad judicial, el sistema de residencia que supone su establecimiento, la no separación de los hermanos y las exclusiones de la titularidad. Estos últimos aspectos comprenden la tutela del hijo, respecto del descrédito de un padre en contra del otro, por los menoscabos que ello pudiere ocasionar sobre el menor.

Asimismo, se revisa la regulación chilena para ilustrar el marco normativo vigente que las iniciativas legales proponen modificar.

En Chile la institución en estudio se denomina “cuidado personal”, mientras que la legislación extranjera también la designa como “custodia, guarda o tenencia”, conceptos que se recogen en este documento como equivalentes. Asimismo, debe tenerse presente que en Chile el cuidado personal de los hijos comprende el conjunto de derechos y deberes de carácter personal, excluyendo los de naturaleza patrimonial, que se contienen en la patria potestad. En la legislación extranjera es común que dichos conceptos se reúnan en una sola figura.

I. Antecedentes de contexto

Se distinguen al menos dos modelos de custodia o cuidado personal de hijos de padres separados: la custodia unilateral, cuando es ejercida solo por uno de los progenitores, como es el caso de chileno; y la custodia compartida, reconocida legalmente en Estados Unidos, Francia, Alemania, España, Italia, Suecia, Holanda, Australia y Bélgica, entre otros países[26].

Los Boletines N°s. 5.917-18 y N° 7.007-18, refundidos, proponen modificar el régimen de cuidado personal unilateral chileno, permitiendo que éste pueda ser ejercido de manera compartida por los progenitores que viven separados.

Los orígenes de la custodia compartida se encuentran en el Derecho Anglosajón, con la promulgación en 1925 del *The Guardianship of Infants Act*[27], en Inglaterra, en que se reconocen a la madre los mismos derechos sobre los hijos que hasta entonces ejercía el padre. Se inicia así un largo proceso dirigido a situar a ambas figuras parentales en un plano de igualdad en todas las esferas relacionadas con el cuidado y crianza de los hijos. En Estado Unidos, muchos han sostenido que California fue el primer Estado en regularlo, aunque hay quienes sostienen que el primer antecedente se encuentra en la legislación de Carolina del Norte[28].

La custodia compartida es definida por 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"[29].

Entre los principios que han inspirado la implementación de la custodia compartida, se distingue la igualdad real entre hombre y mujer, la corresponsabilidad parental y el derecho del niño a la

---

[26] Lathrop, Fabiola. "Cuidado personal de los Hijos". Editorial Puntolex S.A, 2005. Pág. 81.
[27] Ibidem.
[28] *Ibidem*.
[29] Lathrop, Fabiola. "Algunas Consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos". Revista Chilena de Derecho Privado, Julio 2008, N° 10.

coparentalidad[30], es decir, a mantener un contacto frecuente con sus dos progenitores, no obstante, la situación de ruptura de la pareja.

A continuación, se describe el modelo de cuidado personal unilateral existente en Chile y el modelo de cuidado compartido, regulado en España y Francia.

II. Regulación chilena

El cuidado personal de los hijos menores de edad forma parte de la "Autoridad Paterna" que tienen los padres sobre sus hijos como consecuencia del vínculo de filiación que existe entre ambos. La autoridad paterna consiste en un "conjunto de derechos y obligaciones, de contenido eminentemente moral, entre padres e hijos"[31]. En el ejercicio de estos derechos y obligaciones, los padres deben tener como preocupación fundamental, procurar la mayor realización espiritual y material posible de sus hijos (artículo 222 del Código Civil).

El Código Civil chileno recoge un modelo unilateral de "cuidado personal" de los hijos, en virtud de la cual, si los padres viven separados, corresponde a la madre el cuidado personal de los hijos, salvo acuerdo o resolución judicial en contrario.

Así, para determinar a quién corresponde el cuidado personal de los hijos, debe estarse a las reglas que el Código Civil dispone entre sus artículos 224 y 228, de las que se concluye:

1. Hijo de filiación matrimonial cuyos padres viven juntos:

En este caso, el cuidado personal corresponde a ambos padres. Si uno de ellos fallece, corresponde al padre o madre sobreviviente (artículo 224 del Código Civil);

2. Hijo de filiación no matrimonial:

En este caso, el cuidado personal corresponde al padre o madre que lo ha reconocido. Si uno y otro lo han reconocido y viven juntos, el cuidado personal corresponderá a ambos. Si el niño no ha sido

---

[30] Schmidt Hott, Claudia, Inconstitucionalidad de la caducidad de la acción impugnatoria de filiación, con especial referencia a la filiación matrimonial en lo que respecta a la presunción simplemente legal de paternidad, en Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo (2009), p. 493, define el principio de coparentalidad como: "la responsabilidad parental compartida de los progenitores de criar, educar y asistir a sus hijos, todos los cuales importan deberes de alto contenido ético que escapan a los principios que sustentan el Derecho patrimonial".

[31] RAMOS Pazos, Rene. "Derecho de Familia" Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, VI Edición Actualizada, Santiago de Chile, 2007, p. 440.

reconocido por sus padres, su cuidado corresponderá a quien el juez determine (artículo 224 del Código Civil);

3. Si los padres viven separados, sea la filiación matrimonial o no:

En este caso el cuidado personal corresponde a la madre, salvo acuerdo o resolución judicial en contrario.

Acuerdo de los padres: los progenitores pueden acordar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo, así como su revocación, deben cumplir con las formalidades que exige la ley (artículo 225, inciso segundo, del Código Civil);

Resolución judicial: sin perjuicio de las reglas señaladas, el cuidado personal de un niño siempre puede ser entregado por el juez al otro de los padres, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada (artículo 225, inciso tercero, del Código Civil)[32]. En caso de que ambos padres se encuentren inhabilitados física o moralmente, el juez podrá entregar el cuidado personal del niño a un tercero, debiendo preferir a los consanguíneos ascendientes más próximos (artículo 226 del Código Civil).

La ley[33] entiende que uno o ambos padres se encuentran física o moralmente inhabilitados si exponen a su hijo a peligro moral o material y, especialmente si:

- Padecen alguna incapacidad mental o sufren de alcoholismo crónico;

- No velan por el cuidado, crianza o educación de los hijos;

- Permiten que el hijo se entregue a la vagancia o a la mendicidad;

- Hayan sido condenados por secuestro o abandono de menores;

- Maltrataren o dieren malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituya un peligro para su moralidad.

4. Prohibición de entregar el cuidado personal:

---

[32] Esta regla se excepciona respecto del padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

[33] Artículo 42, ley N° 16.618, cuyo texto refundido se encuentra en el D.F.L N° 1 de 2000, del Ministerio de Justicia.

Queda privado de todo derecho sobre su hijo, y por tanto, de su cuidado personal, el padre o madre:

- Que ha sido condenado por un delito de significación sexual en contra de su hijo, contemplado en el Título VII del Libro II del Código Penal (artículo 370 bis del Código Penal);

- Cuya maternidad o paternidad haya sido determinada judicialmente contra su voluntad (artículo 203 del Código Civil).

En ambos casos, el padre o madre conservará todas sus obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio del hijo o sus descendientes.

5. Derecho-deber de tener una relación directa y regular:

Finalmente, el padre o madre que no tiene el cuidado personal del hijo debe mantener con él una relación directa y regular, en los términos que acuerde con quien lo tiene a su cargo. Este derecho se suspenderá o limitará si un Tribunal declara fundadamente que perjudica el bienestar del hijo (artículo 229 del Código Civil).

III. Derecho comparado (España y Francia)

A continuación, se compara la regulación existente en España y Francia en lo que respecta a:

- Consagración del régimen de cuidado compartido;

- Sistema que opera como regla general;

- Intervención judicial;

- Residencia del niño;

- Regla de no separación de los hermanos, y

- Exclusión del ejercicio del cuidado personal compartido.

Tabla N° 1: Comparación de regímenes de España y Francia

Materia/País	España	Francia
Consagración	La Ley 15/2005, de 8 de julio de 2005, consagró el régimen del cuidado compartido de los hijos. El sistema, no obstante, había sido aplicado por los tribunales de justicia, con anterioridad a la ley, en atención a la inexistencia de una prohibición explícita en la materia[34]. Tales situaciones fueron excepcionales, estimándose, por regla general, la improcedencia de la declaración, más aún cuando ésta no era "propuesta y concertada de mutuo acuerdo por los progenitores que mantienen entre ellos una postura razonable y equilibrada ante la crisis matrimonial"[35] [36] [37].	La Ley 2002-305, del 4 de marzo de 2002, estableció el principio del ejercicio conjunto de la autoridad paterna, mediante la sola determinación de la filiación. El régimen de cuidado compartido de los hijos se consagraba desde los años setenta. La modalidad adoptada entonces ya establecía la igualdad entre hombres y mujeres, respecto de la dirección de los hijos. Su ámbito de aplicación se limitaba a uniones que hubiesen mantenido una vida en común al momento del reconocimiento del hijo, el que debía otorgarse con anterioridad a que el hijo cumpliera un año de edad[38].
Regla	El cuidado compartido de	El sistema de cuidado

[34] En este sentido, Clavijo Suntura, Joel, El interés del menor en la custodia compartida, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2009, 127.

[35] Sentencia de la Audiencia Pública de Girona, 184 (2000).

[36] Al respecto, Clavijo Suntura, Joel, p. 5, Ob. cit. Nota N° 9: "Una solución intermedia por la que los tribunales optaban era la atribución exclusiva de la custodia a uno de los progenitores y el otorgamiento al otro de un amplio régimen de visitas. Esta solución, de un lado, dejaba atrás el rígido e insuficiente derecho de visitas de fin de semana y quincena vacacional y, por otro, distaba del régimen de custodia compartida, por mucho que en realidad supusiera un reparto temporal de la convivencia asimilable [SAP Barcelona, Civil, Sec. 12ª, 12.3.2004, FD 1º (JUR 120441; MP: Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón)]."

[37] Alascio Carrasco, Laura y Marín García, Ignacio, Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC, en Revista para el análisis del Derecho (2007), p. 15, señala: "la tendencia era atribuir la guarda y custodia del hijo a uno de los padres, preferentemente a la madre, con el correlativo uso de la vivienda familiar y el pago por parte del padre de una pensión de alimentos".

[38] Brunetti-Pons, Clotilde, *L'exercice de l'autorité parentale face au pluralisme familial,* Revista Dialogue (2002) 3, p. 10.

general	los hijos constituye un sistema excepcional en España. La regla general es el modelo unilateral. No obstante, este sistema no determina de antemano cuál de los padres tendrá el cuidado de los hijos, otorgándole al juez la facultad de decidirlo en cada caso (artículo 92 Nº 6 del Código Civil Español). El cuidado compartido de los hijos requiere de un pacto expreso entre las partes, o la iniciativa de una de ellas, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, fundado en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (artículo 92 N°s 5 y 8 del Código Civil Español).	compartido de los hijos constituye la regla general en Francia; procede en todos los casos de separación de los padres, salvo las excepciones legales. Como se desprende del artículo 373-2 inciso 1 del Código Civil Francés, el régimen posee una vocación general, más allá de la situación que, en concreto, origina su adopción, recibiendo aplicación por la sola separación de los padres, salvo en los casos de excepción previstos por el legislador, situación que será analizada con posterioridad.
Intervención judicial	No se faculta al juez para establecer de oficio el cuidado compartido de los hijos. El establecimiento del sistema requiere, al menos, la solicitud de uno de los padres, con informe favorable del Ministerio Fiscal, fundado en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (artículo 92 Nº 8 del Código Civil Español)[39].	Corresponde a la autoridad judicial verificar las circunstancias que permiten alterar la regla general del cuidado compartido, otorgándole el cuidado de los hijos a sólo uno de los padres o a ambos a falta de acuerdo. Para determinar el régimen de cuidado el juez ponderará: (artículo 373-2-11 del Código Civil Francés): la práctica anterior de los padres y los pactos acordados; los sentimientos expresados por

[39] Alascio Carrasco, Laura y Marín García, Ignacio. p.4. Ob. cit. Nota N° 12.

		el niño; la aptitud de cada padre para asumir deberes y respetar los derechos del otro; las pericias efectuadas, considerando la edad del menor de edad; la información obtenida de investigaciones sociales, y la presión o la violencia, física o psicológica, llevada a cabo por uno de los padres en la persona de otro.
Residencia	La ley no predetermina cuál debe ser la residencia del menor de edad y le otorga al juez la facultad de resolverlo en cada caso[40.] Tampoco existe una prohibición expresa para optar por alguno de los sistemas de residencia habitual o alternada que pueden darse en estos casos.	A partir de la ley 2002-305 del 4 de marzo, esta regla se invierte y se permite la residencia alternada que hasta entonces había sido mayoritariamente rechazada por la Corte de Casación Francesa[41]. Se establecen deberes de información para el padre que altere su residencia y derecho de oposición del otro padre (artículo 373-2, inciso tercero, Código Civil Francés). Cabe señalar que la regla del cuidado compartido en Francia ha implicado la alteración del sistema de residencia del menor, sustituyéndose así el sistema de residencia habitual por el alternado, consagrado en la ley 2002-305, del 4 de marzo

[40] El sistema de residencia del menor resulta comparable al que existía en Francia, con anterioridad a la ley 2002-305 del 4 de marzo de 2002.

[41] Respecto de las decisiones a favor, puede citarse el caso de la sentencia de la Corte de Casación, rol: 93-11101, de 1994. El razonamiento de la Corte, en este caso, concluyó la legalidad de la residencia alternada, razonando en torno a la inexistencia de límites para fijar el tiempo del derecho a visitas. Disponible en Internet: http://bcn.cl/kje9 (Junio, 2012). Respecto a los fallos contrarios al régimen de residencia alternada, puede citarse la decisión de la Corte de Casación, rol: 82-11742, de 1983. En el fallo, el tribunal concluyó que, pese a que el artículo 287 del Código Civil no prohibía expresamente el cuidado compartido de los hijos, tanto éste como la residencia alternada de los padres resultaba contrario a la estabilidad emocional del menor. Disponible en Internet: http://bcn.cl/kje1 (Junio, 2012).

		de 2002. El legislador francés ha seguido así una modalidad de residencia opuesta a la hasta entonces aplicable[42]. Desde 1987 se reconocía la facultad del juez para radicar la residencia del menor en alguno de los domicilios de sus padres, aunque existiera cuidado compartido.
Regla de no separación de los hermanos	Se consagra un régimen expreso para la protección de los hermanos (artículo 92 Nº 5 del Código Civil de España) según el cual el Juez, al acordar la guarda conjunta, debe procurar la no separación de los hermanos[43].	Se establece que los hermanos no deben separarse, salvo que su interés ordene otra solución, en cuyo caso el juez debe establecer las relaciones personales entre ellos (artículo 371-5 del Código Civil Francés).
Exclusión del ejercicio del cuidado personal compartido	La guarda conjunta no procede cuando "cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos", o bien cuando	El cuidado compartido de los hijos no procede cuando se verifique alguna de las hipótesis de exclusión previstas por ley[44], entre ellas: - Reconocimiento del hijo después de un año del nacimiento o producido por sentencia judicial[45] (artículo 372 del Código Civil Francés). - Imposibilidad del padre o la

[42] Brunetti-Pons, Clotilde, p.16, Ob. Cit. Nota N° 13.

[43] Respecto de la separación de los hermanos, Clavijo Suntura, Joel. p. 142, Ob. Cit. Nota N° 9: "Por nuestra parte, creemos que en principio se deben aunar esfuerzos en mantener a todos los hijos unidos en una situación de separación o divorcio, pero es fundamental considerar las características intrínsecas de cada proceso de crisis matrimonial o de unión de hecho, y en función a ello se deberá decretar lo que mejor convenga a los menores. Por ejemplo, si los progenitores atraviesan problemas de índole económico lo mejor es distribuir las responsabilidades entre ambos, en esta suposición es aconsejable separar a los hermanos.".

[44] Una perspectiva crítica acerca de la extensión del ámbito de aplicación del principio del ejercicio conjunto de la autoridad parental ha sido señalado por GAREIL, Laurence, Revista Droit Écrit (2002) 2, p. 61: *"L'exercice en commun de l'autorité parentale ne devrait être automatique que dans des situations qui permettent au moins de présumer que les parents sont capables de s'accorder au sujet de leur enfant."*.

[45] En ambas situaciones, los padres, mediante una declaración conjunta, o el juez de familia, en su caso, pueden alterar esta regla.

	el juez advierta indicios fundados de violencia doméstica (artículo 92, Nº 7, del Código Civil Español).	madre de manifestar su voluntad, por incapacidad, ausencia u otra causa (artículo 373 del Código Civil Francés); - Muerte de alguno de los padres (artículo 373-1 del Código Civil Francés). - El padre o la madre que hubiere sido condenado penalmente (artículo 378 del Código Civil Francés). - Si el padre o madre pone en riesgo la seguridad, integridad o moralidad del menor, sea por malos tratamientos, consumo habitual o excesivo de bebidas alcohólicas, uso de estupefacientes, malos comportamientos o faltas de cuidado o de dirección (artículo 379 del Código Civil Francés).

Fuente: elaboración propia.”.

A continuación, basándose en el texto que se transcribe a continuación, **la señora Truffello** expuso sobre el sistema de cuidado personal compartido y las ventajas e inconvenientes que éste presenta.

“Cuidado Personal Compartido: Ventajas e Inconvenientes

Los Boletines N°s. 5.917-18 y N° 7.007-18 proponen la regulación del cuidado personal compartido de los hijos menores de edad, que consiste en que frente a la ruptura matrimonial o de pareja, ambos progenitores asumen las mismas obligaciones y derechos respecto del cuidado de los hijos menores de edad. En la mayoría de los países que se ha adoptado, se ha producido debate social y jurídico.

Destacan dos posturas:

1. Quienes defienden las ventajas del modelo basados en:

- Los principios de igualdad jurídica, corresponsabilidad parental y coparentalidad;

- Fundamento jurídico en Convenciones Internacionales;

- Cambio de roles del hombre y la mujer;

- Favorece la cultura de acuerdos entre los padres y permite alcanzar la mejor solución para el caso concreto;

- No implica necesariamente alternancia de residencia.

2. Aquellos que se oponen al régimen, sostienen que:

- Perjudica gravemente la estabilidad emocional, intelectual y física de los niños;

- Vulnera el principio del interés superior del niño so pretexto de una igualdad jurídica entre hombres y mujeres;

- Exige un ambiente ideal de consenso y capacidades económicas y parentales que normalmente no se presenta en contextos de separación.

- Se observa como un desafío el conciliar el derecho de los niños y sus progenitores a la coparentalidad y la efectiva aplicación de la corresponsabilidad parental en igualdad de condiciones, con la necesaria estabilidad física y emocional de los niños.

Introducción

Con motivo de los Boletines N°s. 5.917-18 y N° 7.007-18 que proponen el cuidado personal compartido de los hijos (entre otras modificaciones), este informe revisa brevemente los antecedentes de contexto que ilustran los cambios producidos a lo largo del tiempo en la regulación del cuidado de los hijos y los principales argumentos sostenidos por defensores y detractores de esta figura.

I. Antecedentes sobre la regulación del cuidado personal

La regulación del cuidado personal de los hijos frente a la ruptura de la relación de sus padres ha evolucionado en las relaciones de familia y en el derecho a lo largo del tiempo[46].

1. Evolución general

Como explica Pérez Contreras, en tiempos del Derecho Romano el padre tenía el control y autoridad absoluta sobre los hijos y le correspondía en forma exclusiva su cuidado tanto en el ámbito personal como económico. Después de 1900, comienza a presentarse un cambio progresivo en la legislación, la que reconoce y regula el cuidado de los hijos con preferencia ahora hacia las madres, "con la misma fuerza que durante tantos años se concedió a los padres"[47].

La evolución de los roles del hombre y la mujer al interior de la familia terminó en algunos países con la preferencia materna[48], doctrina que, por ejemplo, varios estados de Estados Unidos de

[46] Pérez Contreras, María de Monserrat. "Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. la custodia compartida y las reformas de 2004". Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, Num. 116, Mayo – Agosto 2006.

[47] Hardcastle, Gerald W., "*Joint Custody: A family Court, Judge´s Perspective*", *Family Law Quarterly*, vol. 32, N° 1, primavera de 1998, pp. 202-204. Citado en Pérez Contreras, María de Monserrat. Ob. cit. Nota N°2.

[48] Scoott, Elizabeth. "*Pluralism, Parental Preference and Child Custody", in California Law Review, vol 80, California*, 1992, p.620. Citado en Lathrop G., Fabiola. "Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los Hijos". Revista Chilena de Derecho Privado, Fernando Fueyo Laneri, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Chile, N° 10, pp 9-37, Julio 2008.

Norteamérica (primeramente en el Estado de California en 1972) reemplazaron por un modelo sin distinción de género. La doctrina de los "años tiernos" o de "preferencia materna", se fundamentó en la presunción de que la madre tenía, por el solo hecho de ser mujer, las aptitudes suficientes para el cuidado de los hijos, especialmente los de corta edad. Representó una reivindicación de los derechos de la mujer en la familia y se mantiene vigente en países como Argentina[49] y Chile[50].

Posteriormente, en algunos países[51] se inició una regulación compartida del cuidado de los hijos menores de edad, como un nuevo modelo de cuidado personal de los mismos, basado en los principios de igualdad entre hombres y mujeres, corresponsabilidad parental y coparentalidad.

La regulación del cuidado personal compartido[52], cuyos orígenes se encuentran en el Derecho Anglosajón[53], no ha estado exenta de discusión y crítica. En la mayoría de los países que han adoptado la figura se ha desarrollado un profundo debate social y jurídico respecto al tema[54].

2. Evolución en Chile

El legislador chileno ha contemplado siempre un sistema de atribución legal del cuidado personal de los hijos menores de edad, sin embargo, el criterio adoptado no ha sido siempre el mismo.

Desde la dictación del Código Civil (1855) la edad y el sexo de los hijos constituyeron el criterio rector para determinar a cuál de los progenitores correspondía el cuidado personal de los hijos: Las niñas sin distinción de edad quedaban al cuidado de la madre al igual que los niños

[49] En Argentina, los hijos menores de 5 años quedan a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Sin perjuicio de lo anterior, los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos. Artículo 206, Código Civil Argentino. Disponible en: http://bcn.cl/lbxt (Junio, 2012).

[50] Lathrop G., Fabiola. Ob. cit. Nota N° 3.

[51] Se encuentra reconocida legalmente, entre otros países, en Estados Unidos, Francia, Alemania, España, Italia, Suecia, Holanda, Australia y Bélgica. Lathrop, Fabiola. "Cuidado personal de los Hijos". Editorial Puntolex S.A, 2005. Pág. 81.

[52] La custodia compartida es definida por 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.". LATHROP, Fabiola. Ob. cit. Nota N° 3.

[53] Mayores antecedentes en Informe BCN "Custodia compartida en Derecho Comparado y régimen chileno".

[54] Lathrop G., Fabiola. Ob. Cit. Nota N°3.

menores de 5 años. Al padre le correspondía el cuidado de los hijos varones mayores de 5 años. Posteriormente, la ley N° 5.680 (1935), elevó la edad de los hijos varones a diez años y la ley N° 10.271 (1952), a catorce años.

Esta regla se mantuvo hasta la dictación de la ley N° 18.802, del año 1989. Con ella, la distinción de edad y sexo de los hijos como elementos para atribuir su cuidado personal fue considerado arbitrario por el legislador, por lo que procedió a su eliminación[55] y entregó a la madre el cuidado personal de todos sus hijos menores de edad.

Finalmente, la ley N° 19.585, que reformó el sistema filiativo chileno, mantuvo el criterio de atribución materna e innovó al permitir que la atribución del cuidado personal de uno o más de los hijos pudiera ser objeto de libre acuerdo alcanzado por los progenitores.

Actualmente, el Código Civil, en su artículo 225, recoge la figura de cuidado personal unilateral de los hijos con atribución legal a la madre. Así, si los padres viven separados, corresponde a la madre el cuidado personal de los hijos, salvo acuerdo o resolución judicial en contrario.

Argumentos de defensores y detractores del cuidado personal compartido

Como se ha señalado, la regulación legal del cuidado personal compartido presenta, al menos, dos posiciones antagónicas[56]. Para algunos, la cercanía y presencia cotidiana de ambos progenitores en todos los ámbitos de la vida de sus hijos representa un pilar fundamental para el debido resguardo del interés superior del niño (entre otros principios), mientras que, para otros, este mismo principio se vulnera con el daño que produce en los niños la falta de estabilidad emocional y física que representa el modelo.

A partir de las diferencias de argumentos de defensores y detractores de la figura, se desprende que uno de los desafíos de esta regulación consiste en conciliar por un lado el derecho de los niños y sus progenitores a la coparentalidad y a la efectiva aplicación de la corresponsabilidad parental en igualdad de condiciones, manteniendo la estabilidad física y emocional de los niños y velando por su interés superior.

A continuación, se ilustra mediante un cuadro los principales fundamentos de los defensores y detractores de esta figura.

---

[55] Más antecedentes en Documento BCN: “Antecedentes fidedignos de la Historia de la Ley 18.802, que modifica el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley N° 16.618, relativo a los artículos 223 y 224, en materia de cuidado personal de los hijos en razón del sexo y la edad”.
[56] Lathrop G., Fabiola. Ob. Cit. Nota N° 3.

Tabla N° 1: Cuadro comparativo de argumentos a favor y en contra de la custodia compartida

Argumentos en contra de la regulación del cuidado compartido	**Argumentos a favor de la regulación del cuidado compartido**
Principios: - Frente al conflicto de los principios de igualdad jurídica de los progenitores versus el principio del interés superior del niño (ISN), debe estarse a éste último, en tanto es el niño quien se encuentra más desprotegido y necesitado de protección que sus padres[57].	Convenciones Internacionales. - Fundamento jurídico presente en la Convención de Derechos del Niño (artículo 18) y Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (artículos 5 y 16) reconocen el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza, desarrollo y educación de los hijos[66].
Atribución legal materna: - La primacía del principio del ISN frente al de igualdad jurídica de los progenitores, desvirtúa la inconstitucionalidad de la atribución legal materna alegada por los defensores del cuidado compartido[58]. - Otro argumento a favor de la atribución materna radica en que frente a la separación prima el acuerdo de las partes; a falta del mismo corresponde al juez decidir en base al interés superior del niño. Y en caso que los padres no accionen, la ley establece una regla de no litigiosidad que dice relación con la realidad de la mayoría de las familias chilenas, donde los hijos continúan viviendo con la madre y es el hombre quien abandona el	Principios[67]: - Igualdad jurídica entre hombre y mujer. Se fortalece la igualdad de roles entre hombres y mujeres y se educa a los hijos en los valores de igualdad y respeto; - Corresponsabilidad parental. Supone el reparto equitativo de los derechos y deberes de los progenitores respecto a sus hijos; - Derecho del niño a la coparentalidad, esto es, a mantener un contacto frecuente con sus dos progenitores, a pesar de su separación. Atribución legal materna: - La atribución legal unilateral a la madre se considera inconstitucional, en tanto violenta el principio de

[57] Domínguez, Carmen. Directora del Centro de la Familia de la Universidad Católica. Presentación efectuada a la Comisión de Familia en el marco de los proyectos de ley, Boletines N° 5917-18 y N° 7007-18.
[58] *Ibidem*.

Argumentos en contra de la regulación del cuidado compartido	Argumentos a favor de la regulación del cuidado compartido
domicilio familiar[59]. - Eliminar la atribución legal materna supone que, a falta de acuerdo y mientras no lo decida el juez, el cuidado personal de los hijos queda en la incertidumbre jurídica[60].	igualdad ante la ley entre hombres y mujeres (artículo 19, N°2, Constitución Política de Chile)[68]. - La atribución legal materna dificulta la organización del cuidado de los hijos en un espacio de mediación, por la falta de igualdad entre las partes y la necesidad de "deslegitimar" al otro[69].
Problemas que presenta el cuidado compartido: - Supone el acuerdo de los progenitores, lo que es poco probable en escenarios de separación, por lo que la regla de atribución legal materna permite un escape a la vía judicial[61]. - Exige un contexto ideal de habilidades personales que permitan el acuerdo y capacidad económica de los progenitores, disponer de inmuebles acondicionados para la residencia de los hijos, así como vivir en la misma ciudad, a poca distancia de los colegios, entre otros[62]. Cambio de residencia: - El modelo afecta la estabilidad física, emocional y afectiva de los niños e impide una unidad de dirección en la crianza y educación, violentando el principio de interés superior del niño[63]; - Someter a los niños a la	Disfunciones del cuidado unilateral: - Genera relaciones familiares inadecuadas. Las madres se adueñan de los hijos y los padres se restan de participar[70]. - Reproduce un estereotipo de roles de género que sobrecarga a la mujer[71] y representa una sanción social hacia las mujeres por delegar esta responsabilidad en los padres[72]. Así, no considera los cambios que ha experimentado la familia en la sociedad, donde los roles del padre y la madre se han asumido de manera más equitativa[73]. - Aumenta la litigiosidad por la ausencia de cultura de acuerdos entre los progenitores. Su reconocimiento legal establece conciencia de corresponsabilidad parental[74]. - Al establecer una regla de atribución a priori, se excluye la posibilidad de diálogo entre los progenitores, lo que es vital para una distribución equitativa de las

[59] *Ibidem*.
[60] *Ibidem*.
[61] *Ibidem*.
[62] *Ibidem*.
[63] *Ibidem*.

Argumentos en contra de la regulación del cuidado compartido	Argumentos a favor de la regulación del cuidado compartido
inestabilidad de vivir en diferentes lugares y no permitirles tener un hogar, vulnera el principio del interés superior del niño[64]; - La experiencia extranjera ha tenido diversos resultados en cuanto a su evaluación. Se menciona el "síndrome del niño maleta" por el continuo cambio de domicilio, barrio y amigos del niño justamente en la etapa donde necesita mayor estabilidad y seguridad básicas de contar con un hábitat único[65].	responsabilidades parentales[75]. Importancia del análisis particular de cada caso: - Abre la posibilidad de que las partes (y el juez en subsidio), apreciando las particularidades de cada caso, decidan la mejor opción considerando el interés superior del niño (ISN)[76]. Alternancia de residencias: - El cuidado personal compartido no implica necesariamente alternancia de residencias, que se alega como causante de inestabilidad en los niños. No existe un modelo único

[64] Rodríguez Pinto, María Sara, "La tuición compartida o alternada en Chile. Conflictos entre el interés superior del niño y los intereses de padres separados". Estudios de derecho civil IV: Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008, (4ta., 2008, Olmué, Chile), Santiago de Chile, Legal Publishing, 2009 y, Rogel Vide, C. "En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, N° 1, Madrid, Reus, 2005, p. 85, citado en Rodríguez Pinto, María Sara.

[75] Negroni Vera, Gloria. Ob. cit. Nota N° 26.

[74] *Ibidem*.

[73] Lathrop G., Fabiola. Ob. Cit. Nota N°3.

[72] Osorio U., Ximena y otras. Ob. cit. Nota N°25.

[71] Negroni Vera, Gloria. Juez de Familia. Presentación efectuada a la Comisión de Familia en el marco de los proyectos de ley, Boletines N°s. 5.917-18 y N° 7.007-18.

[70] *Ibidem*.

[69] Osorio U., Ximena; Valenzuela R., Ana María y; Montenegro B., Alejandra. "Mediación familiar y reorganización parental". Presentación efectuada por las mediadoras familiares a la Comisión de Familia en el marco de los proyectos de ley, Boletines N°s. 5.917-18 y N° 7.007-18, y Lathrop G., Fabiola. Ob. cit. Nota N° 3.

[68] *Ibidem*.

[67] *Ibidem*.

[66] Lathrop G., Fabiola. Ob. cit. Nota N° 3.

[65] Domínguez, Carmen. Ob. cit. Nota N° 12.

[76] Osorio U., Ximena; Valenzuela R., Ana María y; Montenegro B., Alejandra. "Mediación familiar y reorganización parental". Presentación efectuada por las mediadoras familiares a la Comisión de Familia en el marco de los proyectos de ley, Boletines N°s. 5.917-18 y N° 7.007-18 y Lathrop G., Fabiola. Ob. cit. Nota N° 3.

Argumentos en contra de la regulación del cuidado compartido	Argumentos a favor de la regulación del cuidado compartido
	para el ejercicio del cuidado compartido, por lo que las características particulares de cada caso deberán definir cómo ejercer los principios de corresponsabilidad familiar y coparentalidad[77].

DISCUSIÓN EN GENERAL

Finalizadas las exposiciones realizadas, **el Presidente de la Comisión, el Honorable Senador señor Larraín, don Hernán,** las valoró de manera especial, haciendo presente que las distintas autoridades, expertos y demás invitados habían proporcionado importantes antecedentes e información para formarse una visión cabal acerca de la iniciativa, sus alcances y también sobre los aspectos de la misma que cabría profundizar o, incluso, modificar.

Expresó que, en consecuencia, la Comisión se encontraba en condiciones de pronunciarse sobre la idea de legislar, reservando para la discusión en particular el análisis de los ajustes y perfeccionamientos que resultare pertinente introducir al proyecto.

Los restantes miembros de la Comisión coincidieron con el señor Presidente.

En consecuencia, se ofreció la palabra para formular consideraciones de índole general.

Atendiendo a las observaciones del Profesor señor Tapia en relación a las razones que motivan la participación del Servicio Nacional de la Mujer en esta tramitación, **la Ministra titular del mismo, señora Schmidt,** señaló que ella derivaba de un mandato que el Legislador ha asignado a esa repartición. Explicó que, en efecto, el artículo 2° de la ley N° 19.023, que creó ese Servicio, contempla, como una de sus obligaciones, la de fomentar y proponer medidas tendientes a fortalecer la familia, entregando las condiciones sociales para su desarrollo como grupo humano y el crecimiento de cada uno de sus miembros.

[77] Lathrop G., Fabiola. Ob. cit. Nota N° 3.

Reiteró que, ante los quiebres familiares, a menudo los niños se transforman en una virtual moneda de cambio, lo que los afecta negativamente y pone de manifiesto con creciente claridad la necesidad de orientar el foco de atención hacia el interés superior de los mismos.

Expresó que el proyecto en estudio justamente se hace cargo de esa situación y que su tramitación da cuenta de que el espíritu con el cual se ha desarrollado precisamente apunta al interés superior de los niños. Opinó que aun cuando la iniciativa es perfectible, los propósitos anteriormente señalados se recogen de buena manera.

Connotó, en consecuencia, que lo que procura esa Secretaría de Estado en este caso, no consiste en una defensa de la mujer, sino más bien en robustecer las instituciones vinculadas a la familia y particularmente al niño, como foco principal.

La Honorable Senadora señora Alvear hizo notar el número de exposiciones que se ha escuchado y los valiosos antecedentes recopilados, todo lo cual da cuenta de la clara valoración que se asigna a esta iniciativa.

Expresó que queda de manifiesto el apoyo que suscita el proyecto en estudio y también la necesidad de avanzar en esta materia, en atención a los perjudiciales efectos que los niños soportan ante los quiebres familiares. Observó que no debía perderse de vista, como premisa general, que, ante las dificultades, las parejas se separan, pero no los hijos de sus padres. Hizo notar que a menudo los niños sufren un duelo a raíz de la separación de sus progenitores, lo cual pone en evidencia el respaldo que debe dárseles.

Destacó, finalmente, que la iniciativa representa un esfuerzo importante, loable y necesario y que, sin perjuicio de que hay puntos que cabe perfeccionar a través de las indicaciones que se presenten, le dará su apoyo.

El Honorable Senador señor Espina compartió el propósito de acoger la idea de legislar, haciendo presente que durante el debate en particular presentará las propuestas necesarias para mejorar aspectos determinados.

Como criterios generales para considerar durante el debate que habrá de realizarse, connotó que debe entenderse, en primer lugar, que el cuidado de los niños es una tarea que compete a ambos padres y que cabe dejar atrás la idea de que, producida la ruptura familiar, el padre tiene un rol secundario y más bien vinculado al apoyo pecuniario del hijo.

Igualmente, dijo, debe tenerse presente la importancia que ambos padres tienen en la vida y la formación del hijo. Otro aspecto central, agregó, consiste en que los niños puedan contar con un lugar donde vivir con estabilidad y desarrollar un sentido de pertenencia.

Instó a que las normas que en definitiva se acojan, consagren estos criterios y avancen en su materialización.

El Honorable Senador señor Walker, don Patricio, valoró las exposiciones escuchadas y anunció que votaría a favor de la idea de legislar, pues compartía los propósitos centrales de la iniciativa.

Hizo notar que es fácil concebir un sistema de cuidado compartido de los hijos cuando existe armonía entre los padres, no así cuando hay discrepancias. Puso de manifiesto la importancia de analizar cuidadosamente la norma supletoria que favorece a la madre, teniendo en consideración los distintos argumentos que se han dado a conocer sobre esta materia. Observó que probablemente ese será uno de los puntos de mayor interés durante el debate en particular.

Señaló que otra materia que deberá estudiarse de manera especial, son los efectos que los niños sufren a raíz de los conflictos entre sus padres, destacando de manera específica el síndrome de alienación parental a que se ha aludido.

Instó a discutir en profundidad y en forma minuciosa todos los aspectos que deriven de esta iniciativa.

El Honorable Senador señor Larraín, don Carlos, destacó el interés de incorporar a este estudio el mayor acervo doctrinal y legal que sea posible, atendida la relevancia de la materia en análisis. Igualmente, connotó la importancia de contar con las variadas opiniones y puntos de vista que se han dado a conocer ante la Comisión.

Señaló que, en términos generales, concordaba con la idea de legislar.

Hizo presente el grado de dificultad que ofrece para los jueces la solución de los variados problemas prácticos que se producen en el ámbito familiar. También es menester, prosiguió, considerar en este debate las tendencias de nuestra sociedad actual, en que, por ejemplo, cada vez es mayor el número de hijos que nace fuera del matrimonio y la cantidad de niños que crece en un núcleo en que no hay un padre y una madre.

Es posible que lo anterior, dijo, derive de la aplicación de políticas en materia de familia que calificó de disolventes. En

todo caso, valoró el propósito del proyecto en cuanto a proporcionar un refuerzo a los jueces en el cumplimiento de sus complejas tareas en materia de resolución de conflictos de familia.

El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, señaló que las distintas opiniones y exposiciones que se han escuchado demuestran que en la materia en análisis hay un importante debate latente tanto en nuestro país como en otras naciones, el que, sin embargo, no conduce a una visión única. Por el contrario, advirtió, las hay muy diversas y por ello no será fácil adoptar posiciones.

Expresó que el régimen de cuidado compartido no es de fácil solución, particularmente si no hay un nivel adecuado de armonía entre los padres. En este punto, dijo, se entrecruzan los intereses de los padres con los del hijo. Observó que, adicionalmente, la regla supletoria de atribución en favor de la madre es criticada y que si bien el proyecto confiere facultades al juez para intervenir, también ello suscita críticas ante la posibilidad de conferirle demasiada discrecionalidad.

Aun así, puso de manifiesto el interés que presenta el proyecto, particularmente porque otorga una mirada preferente al interés del niño.

Hizo notar la creciente cantidad de demandas por alimentos que anualmente se presentan en nuestro medio, la que, señaló, continúa aumentando. Informó que igualmente se incrementa la cifra de niños nacidos fuera del matrimonio, teniendo nuestro país un record en esta materia, que calificó de complejo.

Puntualizó que muchas veces el problema en tales casos es quién se hace cargo del niño. En este aspecto, opinó que existe una paternidad irresponsable en muchos sentidos y que lo pertinente es incentivar y lograr una mayor responsabilidad del padre frente al hijo.

En cuanto al cuidado personal compartido, consideró que este sistema parece plantearse para un escenario más bien estructurado, de tipo urbano, sin tener en la debida cuenta otros tipos de situaciones, caracterizadas por la pobreza o la lejanía geográfica.

Expresó también su preocupación en cuanto a las reglas sobre patria potestad conjunta. El ejercicio de este régimen, señaló, puede generar una considerable judicialización de los problemas en la práctica.

En cualquier caso, destacó el hecho de que el proyecto se base en principios tan importantes como el de cautelar

prioritariamente el interés del niño y el de responsabilizar a ambos padres por éste, entendiendo que los dos progenitores son titulares de derechos y de obligaciones.

Manifestó que, aun cuando estas materias no son de fácil solución, la discusión en particular del proyecto será la oportunidad para avanzar en la búsqueda de los acuerdos más acertados.

Recapitulando los aspectos centrales del proyecto en estudio, **la señora Andrea Barros, Jefa del Departamento de Reformas Legales del Servicio Nacional de la Mujer**, manifestó que éste pretende asegurar que en aquellos casos en que los padres estén de acuerdo, compartan el cuidado personal. Precisó que si no hay acuerdo entre ellos, el referido sistema de cuidado compartido no funciona.

Expresó que la iniciativa incorpora reglas que establecen que la aplicación de la norma supletoria en favor de la madre será transitoria mientras los padres no adopten un acuerdo o mientras un juez no diga lo contrario.

Indicó que los principales reclamos de los padres que no tienen el cuidado personal consisten en sostener que es imposible privar a la madre del mismo, incluso cuando ella tiene conductas inapropiadas para el menor. Lo que se hace en el proyecto, precisó, es cambiar la facultad que tiene el juez para atribuir el cuidado personal al otro padre, fundándose en el interés superior del niño.

Precisó que se contemplan dos sistemas, por una parte, aquel en que se comparte el cuidado y por otra, aquel en que hay un cuidado unilateral pero con un padre cuya relación directa y regular se encuentra más reforzada. Habiendo cuidado unilateral, el proyecto refuerza la relación directa y regular del hijo con el otro progenitor. Por lo tanto, a través de estos nuevos preceptos se trata de igualar las responsabilidades de ambos padres en cuanto a la crianza de sus hijos.

Explicó que en cuanto a la patria potestad supletoria conjunta, ésta sólo se produce cuando los padres viven juntos. Si los padres viven separados, quien tenga el cuidado personal ejercerá también la patria potestad, entendiendo que ella incluye no sólo la administración de los bienes del hijo, sino que también la representación legal del mismo.

Finalizado el debate, **el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Larraín, don Hernán,** sometió la iniciativa a votación en general.

Ésta resultó aprobada en general por la unanimidad de los miembros de la Comisión, Honorables Senadores señora Alvear y señores Espina, Larraín, don Carlos, Larraín, don Hernán (Presidente), y Walker, don Patricio.

\- - -

TEXTO DEL PROYECTO

A continuación, se transcribe literalmente el texto del proyecto despachado por la Honorable Cámara de Diputados, que vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento os propone aprobar en general:

PROYECTO DE LEY

"Artículo 1°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Civil, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fija el artículo 2° del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2000, del Ministerio del Justicia:

1.- Reemplázase el artículo 225 por el siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

2.- Derógase el artículo 228.

3.- Sustitúyese el artículo 229 por el siguiente:

“Art. 229. El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber que consiste en mantener con él una relación directa, regular y personal, 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.

Se entiende por 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. El régimen variará según la edad del hijo y la relación que exista con el padre no custodio, las circunstancias particulares, necesidades afectivas y otros elementos que deban tomarse en cuenta, siempre en consideración del mejor interés del hijo.

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

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

4.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 244:

a) Reemplázase el inciso segundo por el siguiente:

“A falta de la suscripción del acuerdo, toca al padre y madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad.”.

b) Intercálase el siguiente inciso tercero, pasando los actuales tercero y cuarto a ser cuarto y quinto, respectivamente:

“En el ejercicio de la patria potestad conjunta, los padres podrán actuar indistintamente cuando cumplan funciones de representación legal que no menoscaben los derechos del hijo ni le impongan obligaciones.”.

5.- Modifícase el artículo 245 en el siguiente sentido:

a) Intercálase en el inciso primero, entre los términos “hijo,” y “ de conformidad” las palabras “ o por ambos,”.

b) Sustitúyese el inciso segundo por el siguiente:

“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. Además, basándose en igual interés, los padres podrán

ejercerla en forma conjunta. Se aplicará al acuerdo o a la resolución judicial las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente.”.

c) Agrégase el siguiente inciso tercero:

“En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se aplicará lo establecido en el inciso tercero del artículo anterior.”.

Artículo 2°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N° 16.618, de Menores, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el artículo 6° del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2000, del Ministerio de Justicia:

1.- Introdúcese el siguiente artículo 40:

“Artículo 40.- Para los efectos de los artículos 225, inciso tercero; 229 y 242, inciso segundo del Código Civil, y de otra norma en que se requiera considerar el interés superior del hijo como criterio de decisión, el juez deberá ponderar al menos los siguientes factores:

a) Bienestar que implica para el hijo el cuidado personal del padre o madre, o el establecimiento de un régimen judicial de relación directa, regular y personal, tomando en cuenta sus posibilidades actuales y futuras de entregar al hijo estabilidad educativa y emocional;

b) Riesgos o perjuicios que podrían derivarse para el hijo en caso de adoptarse una decisión o cambio en su situación actual;

c) Efecto probable de cualquier cambio de situación en la vida actual del hijo, y

d) Evaluación del hijo y su opinión, especialmente si ha alcanzado la edad de catorce años.”.

2.- Introdúcese el siguiente artículo 41:

“Artículo 41.- Para los efectos del artículo 225 del Código Civil, el artículo 21 de la ley N° 19.947 y de los artículos 106 y 111 de la ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, y cada vez que esté llamado a aprobar un régimen de cuidado personal compartido, el juez tomará en cuenta, según procedan, los siguientes factores:

a) Vinculación afectiva entre el hijo y cada uno de sus padres, y demás personas de su entorno;

b) Aptitud de los padres para garantizar, de acuerdo a sus medios, el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un ambiente adecuado, según su edad;

c) 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, regular y personal del hijo con ambos padres;

d) Tiempo que cada uno de los padres, conforme a sus posibilidades, dedicaba al hijo antes de la separación y tareas que efectivamente ejercitaba para procurarle bienestar;

e) Evaluación del hijo y su opinión, especialmente si ha alcanzado la edad de catorce años;

f) Ubicación geográfica del domicilio de los padres y los horarios y actividades del hijo y los padres, y

g) Cualquier otro antecedente o circunstancia que sea relevante según el interés superior del hijo.”.

3.- Sustitúyese la frase inicial del artículo 42 “ Para los efectos” por la siguiente “ Para el solo efecto”.

Artículo 3°.- Sustitúyese el inciso segundo del artículo 21 de la ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, por el siguiente:

“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 los tuviere bajo su cuidado. En este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido.”.”.

- - -

Acordado en sesiones celebradas los días 6, 13 y 20 de junio de 2012, con la asistencia de los Honorables Senadores señora Soledad Alvear Valenzuela y señores Alberto Espina Otero (Carlos Ignacio Kuschel Silva), Hernán Larraín Fernández (Presidente), Carlos Larraín Peña (Baldo Prokurica Prokurica) y Patricio Walker Prieto.

Sala de la Comisión, a 22 de junio de 2012.

NORA VILLAVICENCIO GONZÁLEZ
Abogada Secretaria

RESUMEN EJECUTIVO

INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN JUSTICIA Y REGLAMENTO, RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY, EN SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL, QUE INTRODUCE MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL Y A OTROS CUERPOS LEGALES, CON EL OBJETO DE PROTEGER LA INTEGRIDAD DEL MENOR EN CASO DE QUE SUS PADRES VIVAN SEPARADOS
Boletines N°s. 5.917-18 y 7.007-18, refundidos.

I. OBJETIVOS DEL PROYECTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN: consagrar, en el caso de separación de los padres, el principio de la corresponsabilidad parental en el cuidado personal de los hijos, distribuyendo entre ambos progenitores, en forma equitativa, los derechos y deberes que tienen respecto de aquellos y considerando en todo el interés superior del niño. Sobre la base de esta idea central, se introducen modificaciones al Código Civil en materia de cuidado personal de los hijos y de patria potestad, y también a las leyes de Menores y de Matrimonio Civil.

II. ACUERDOS: aprobado en general, 5 x 0.

III. ESTRUCTURA DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN: consta de tres artículos permanentes.

IV. NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL: no tiene.

V. URGENCIA: suma, a contar del día 20 de junio de 2012.

VI. ORIGEN E INICIATIVA: dos Mociones presentadas en la Cámara de Diputados; la primera, contenida en el Boletín N° 5.917-18, de los ex Diputados señores Álvaro Escobar Rufatt y Esteban Valenzuela van Treek, con la adhesión de los Honorables Diputados señora Alejandra Sepúlveda Órbenes y señores Ramón Barros Montero, Sergio Bobadilla Muñoz y Jorge Sabag Villalobos y de los ex Diputados señora Ximena Valcarce Becerra y señores Juan Bustos Ramírez, Francisco Chahuán Chahuán y Eduardo Díaz del Río, y la segunda, contenida en el Boletín N° 7.007-18, del Honorable Diputado señor Gabriel Ascencio Mansilla, con la adhesión de los Honorables Diputados señoras Carolina Goic Boroevic, Adriana Muñoz D'Albora y María Antonieta Saa Díaz y señores Sergio Ojeda Uribe, Marcelo Schilling Rodríguez y Mario Venegas Cárdenas. Dichas Mociones fueron refundidas durante el primer trámite constitucional.

VII. TRÁMITE CONSTITUCIONAL: segundo.

VIII. APROBACIÓN POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS: aprobación en general: votaron 87 por la afirmativa; ninguno por la negativa, ninguna abstención.

IX. INICIO DE LA TRAMITACIÓN EN EL SENADO: 21 de marzo de 2012.

X. TRÁMITE REGLAMENTARIO: primer informe, discusión en general.

XI. LEYES QUE SE MODIFICAN O SE RELACIONAN CON LA MATERIA:
1) Código Civil, Libro Primero, Títulos IX y X, que regulan los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos y la patria potestad, respectivamente.
2) Decreto con fuerza de ley N° 1, de 30 de mayo de 2000, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de diversos cuerpos legales, entre ellos, la ley N° 16.618, Ley de Menores.
3) Ley N° 19.947, de 17 de mayo de 2004, que establece nueva ley sobre Matrimonio Civil.
4) Ley N° 19.968, de 30 de agosto de 2004, que crea los Tribunales de Familia.
4) Convenciones internacionales, particularmente las siguientes:
a) Convención sobre los Derechos del Niño, promulgada mediante decreto supremo N° 830, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 27 de septiembre de 1990.
b) Convención Americana sobre Derechos Humanos, promulgada mediante decreto supremo N° 873, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 23 de agosto de 1990.
c) Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, promulgada por decreto supremo N° 789, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 9 de diciembre de 1989.
d) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de Belém do Pará, promulgada por decreto supremo N° 1.640, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 23 de septiembre de 1998.

Valparaíso, 22 de junio de 2012.

NORA VILLAVICENCIO GONZÁLEZ
Abogada Secretaria

ÍNDICE

	Página
Objetivos del proyecto	2
Normas de quórum especial	3
Antecedentes jurídicos	3
Antecedentes de hecho	4
Mociones	4
Otras iniciativas	8
Exposiciones escuchadas	9
Ministra Directora del SERNAM Señora Carolina Schmidt	9
Ministra de la Corte de Apelaciones de Valparaíso Señora Inés María Letelier	13
Jueza Titular del Tercer Juzgado de Familia de Santiago Señora Gloria Negroni	14
Consultor Encargado de Protección Legal de la UNICEF Señor Nicolás Espejo	32
Profesora señora Andrea Muñoz	35
Profesor señor Mauricio Tapia	43
Profesora señora Fabiola Lathrop	47
Profesora señora María Sara Rodríguez	57
Profesora señora Carmen Domínguez	61
Abogadas Mediadoras Señoras Alejandra Montenegro, Ximena Osorio y Ana María Valenzuela	70
Psicóloga y Perito Judicial, señora Verónica Gómez	77

Agrupación Amor de Papá 78

Fundación Filius Pater 81

Organización Papá Presente 88

Corporación Papás por Siempre 95

Abogada Analista de la Biblioteca del Congreso Nacional
Señora Paola Truffello 97

Discusión en general 115

Texto del proyecto 120

Resumen ejecutivo 126

- - -