



TESINA
ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
“El Cuidado Personal: Sistemas alternativos de tuición. Prevalencia del interés superior del
niño.”

Autor: Álvaro González Craviolatti
Profesor Guía: Luis Villavicencio
Septiembre 2010

Índice

	Páginas
1. Introducción: 1.1. Importancia del tema 1.2. Problematicación del tema	4
2. Consideraciones Previas	
2.1. Delimitación de conceptos en materia de cuidado personal, doctrina chilena y extranjera	6
2.1.1. Autoridad Paterna y Patria Potestad	6
2.1.2. Autoridad Paterna	7
2.1.3. Concepto de Cuidado Personal	8
2.2. Elementos del Cuidado Personal	9
2.3. Normativa aplicable	10
2.4. El interés superior del niño	12
2.4.1. Consagración en la legislación nacional y extranjera	12
2.4.2. Características	12
2.4.3. Titulares y obligados por el principio del interés superior del niño	13
2.4.3. Concepto	14
3. Determinación del cuidado personal en el derecho chileno	
3.1. Antecedentes Históricos	15
3.2. Titulares, ejercicio, hipótesis que contempla el Código Civil	15
3.2.1. Caso en que ambos padres viven juntos, o de padre o madre sobreviviente, Art. 224 inciso 1.	15
3.2.2. Caso del hijo no reconocido por ambos padres, o por uno de ellos. Art. 224 inciso 2.	16
3.2.3. Situación del padre o madre cuya filiación se establece judicialmente contra su oposición, Art. 203.	16

3.2.4. Caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, Art. 226.	16
3.2.5. Situación de la persona casada que tiene hijos fuera del matrimonio, Art. 228	16
4. Solución que da el Código civil chileno a la hipótesis de padres separados	
4.1. Situación de padres separados. Art. 225 Código Civil	17
4.1.1. Criterio de atribución convencional del cuidado personal, Art. 225 inc. 1.	18
4.1.2. Atribución legal supletoria en favor de la Madre, Art. 225 inc. 1. Críticas. Violación constitucional al Art. 19 N° 2, principio de igualdad de géneros.	21
4.1.3. Criterio de atribución judicial, Art. 225 inc. 3. Resolución del juez a favor del padre. Desventajas procesales del padre para solicitar el cuidado personal. Inconvenientes de probar la falta de idoneidad de la madre. Sanción al padre negligente.	23
4.2. Mención a la mediación familiar	25
4.3. Acerca del Síndrome de alienación parental	25
5. Sistemas de Custodia Compartida en hipótesis de padres separados	
5.1. Custodia Compartida	27
5.1.1. Sistema de Custodia Conjunta	27
5.1.2. Sistema de Custodia Alternativa o Sucesiva	28
5.1.3. Ventajas y Desventajas en comparación al sistema de cuidado personal unilateral	29
5.1.4. Requisitos de procedencia de los sistemas de custodia compartida	33
5.2. Mención a los criterios para determinar la custodia compartida	34
6. Conclusiones	35
Bibliografía	40

Tabla de Abreviaturas

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
P.	Página
Pp.	Páginas
Inc.	Inciso
Etc.	Etcétera.
Nº	Número
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial (España)
CPR	Constitución política de la republica
CDN	Convención sobre los derechos del niño

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto analizar las normas sobre cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes en Chile, contenidas en el título IX del Código Civil, verificar si se ajustan los parámetros internacionales establecidos en esta materia, reconocer los problemas que se presentan en su aplicación, especialmente el Art. 225 en la hipótesis de padres separados, y en definitiva, proponer soluciones al modelo vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras Clave

Familia – Cuidado personal – Autoridad paterna – Interés superior del niño – Custodia compartida.

1. Introducción

A 30 de noviembre de 2009, según estadísticas del Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile (2009), los hijos nacidos fuera del matrimonio corresponden a 162.523 “personas”, en tanto, que el número de divorcios se ha duplicado en relación al año 2008, pasando de 22.447 a 50.269 causas terminadas, respectivamente.

Estos altos porcentajes, aluden a una clara realidad social, el modelo de familia esta cambiando, y por lo tanto el derecho, también ha debido adecuarse a esta transformación de la sociedad chilena, tratando de proteger a quienes se encuentran en un mayor estado de indefensión, los niños.

Si bien, ha habido importantes adelantos en materia de protección a las personas menores de edad atendiendo estas realidades, como la dictación de la ley 19.585, o la suscripción a la Convención de derechos del niño, también se han efectuado avances en cuanto a la investigación psicosocial de los niños frente a la ruptura de los padres, a la relación que deben guardar entre ellos y para con el hijo, a modo de ejemplo: el síndrome de alienación parental, que sin duda, dejan rezagados los esfuerzos que ha hecho el legislador en esta materia.

Es por esto, que el tema del cuidado personal de los hijos, adquiere tanta relevancia. El año 2008 hubo 9.795 causas terminadas sobre cuidado personal, en tanto el 2.009 llegaron a más de 22.306, lo que demuestra el interés de los padres por hacerse cargo de los hijos, sin embargo, la solución dada por el legislador en materia de determinación del cuidado personal, ha provocado un sentimiento de injusticia, especialmente en los padres, ya que el Art. 225 en su inc.1 en caso de separación de los padres prefiere a la madre, aún cuando el progenitor sea igualmente idóneo, lo que vulnera el principio constitucional de la igualdad, Art. 19 n° 2 CPR, y del interés superior del niño, consagrado en el Art. 3 de la CDN y que en virtud de lo señalado en el Art. 5 de la carta fundamental adquiere rango constitucional. Esto por tres razones: en primer lugar: porque la ley no mira de manera preferente el interés superior de los niños, niñas o adolescentes admitiendo la posibilidad de una tuición

conjunta por parte de los padres¹, y en segundo: cuando en el inciso 3 permite conferir el cuidado al otro padre lo hace de manera tal, que para lograrlo, el padre tendrá que probar maltrato, descuido u otra causa calificada, esto es, que la madre no es idónea para su cuidado, lo que sin duda desmejorara aun más la alicaída relación entre los padres, lo que a final de cuentas, afectara más al niño, y en definitiva repercutirá en otros derechos-deberes entre éste y el padre que no lo tiene bajo su cuidado, como por ejemplo: el de mantener una relación directa y regular entre el niño y el padre que no lo tiene bajo su cuidado consagrado en el Art. 229 del Código Civil.

Todas estas situaciones de desavenencias que se están provocando respecto de los hijos, en caso de padres separados, es historia pasada para países en que el divorcio o separación es de larga data². Lo ideal sería que estos problemas se solucionaran al interior de las familias y que primara el bienestar de los hijos por sobre los rencores que puede existir entre los padres. Al respecto, me hago eco, de lo que señala el profesor Corral, en torno a que el derecho esta influido por estas necesidades de la sociedad, como el divorcio, pero a su vez, las leyes deben influir, instruir las conductas sociales (2005: p. 437); en el sentido que considero que, a través, de una regulación clara de los derechos y deberes de los padres para con el niño, que se reflejen en un ejercicio cierto de las prerrogativas concebidas, permitirá aleccionar a los padres a tener una mejor convivencia, respetar los derechos de cada uno y en definitiva propender al mejor desarrollo de sus hijos.

En este trabajo, primeramente delimitare conceptos básicos de nuestro ordenamiento jurídico para objeto de lograr claridad respecto de las materias a tratar, luego revisare las distintas hipótesis que ha considerado el legislador respecto del cuidado personal, con el fin de percibir posibles problemas que presenten y de concordarlas a los parámetros demandados por normas internacionales, especialmente al interés superior del niño, analizaré los sistemas de custodia compartida, sus ventajas y desventajas y finalmente propondré, en forma modesta, soluciones al modelo de custodia existente en nuestro país.

¹ Esto se desprende del tenor literal de la normativa, más aún algunos autores estiman que de un análisis de lege ferenda podríamos concluir lo contrario.

² En los Estados Unidos ya en el año 1.969 se produjeron 630.000 divorcios, llegando a 1.146.369 (Scala, 2003)

2. Consideraciones Previas:

2.1. Delimitación de conceptos en materia de cuidado personal, doctrina chilena y extranjera.

En esta parte del trabajo determinaremos los conceptos básicos en materia de tuición como son: Autoridad Paterna, Patria Potestad, Cuidado Personal: sus elementos y normativa, y presentaremos el principio del interés superior del niño, niña o adolescente.

2.1.1. Autoridad Paterna y Patria Potestad

En nuestro país, el Código Civil y la doctrina distinguen claramente entre Autoridad Paterna, que se refiere a la relación personal con los hijos, y Patria Potestad que alude a la relación patrimonial que existe entre el padre o madre y sus hijos no emancipados, concepto que emana de su definición consagrada en el Art. 243 del mismo código.

Esta distinción se justificaba, antes de la dictación de la ley 19.585 que termina con la diferenciación entre hijos legítimos e ilegítimos, ya que el padre o madre legítimo tenía respecto de su hijo autoridad paterna y patria potestad, en tanto que el padre o madre natural sólo tenía la patria potestad, más no autoridad paterna respecto de estos hijos (Álvarez Cid, 1998: p. 63). Esta diferencia ya no se justifica, es más el proyecto de filiación que modificaba el Código Civil consideraba a la patria potestad y la autoridad paterna de manera conjunta (Cid, 2005: p. 99; Troncoso, 2006: p. 313), sin embargo, la Comisión de constitución, legislación y justicia, estimo que debía mantenerse la distinción, ya que había abundante doctrina y jurisprudencia desarrollada respecto de ambas instituciones (Boletín 1060-07, 1996: p.64); argumento bastante básico, si tomamos en cuenta que la mayoría de la doctrina, y la legislación comparada son partidarios de la unificación de la relación personal como patrimonial en una sola institución, denominada autoridad parental, y no patria potestad que hace alusión a un dominio sobre el hijo y pone el énfasis en la persona del padre, sino que se pretende apuntar a una autoridad ejercida por el padre y la madre en busca del interés superior del niño, es decir, pone el énfasis en la persona del niño, y no en

la autoridad tuitiva (Lathrop, 2005: p. 3), por ejemplo los Arts. 224 y 154 de los Código Civil de Argentina y España respectivamente.

Es importante mencionar que respecto de la patria potestad, tampoco se permite un ejercicio dual o conjunto por parte de los padres en caso de separación, a luz de lo señalado en el Art. 245 del Código Civil.

2.1.2. Autoridad Paterna

Los autores están contestes en que la Autoridad Paterna puede conceptualizarse como el conjunto de derechos y deberes entre padres e hijos y que dicen relación con la persona del hijo (Troncoso, 2006: p. 313; Álvarez Cid, 1998: p. 64).

Para el profesor Abeliuk, una denominación más precisa sería hablar de relaciones de filiación no matrimoniales (2000: p. 315).

Tradicionalmente, para determinar el contenido de la autoridad paterna, se ha distinguido: en primer lugar, los deberes de los hijos hacia los padres que consisten en: respeto y obediencia, Art. 222; cuidado y socorro, Art. 223 y de alimentos, Art. 321 n° 3, todos del Código Civil (Quintana, 2009: p. 152). Y en segundo lugar, los derechos y deberes de los padres para con sus hijos, los que en términos generales son: el cuidado, la mantención de una relación directa y regular con el hijo, la corrección, la crianza y educación.

Según plantea el profesor Álvarez Cruz, estos derechos-deberes tiene las siguientes características: son recíprocos, personalísimos, intransferibles y están establecidos en función del interés superior del niño, niña o adolescente (1999: p. 151). A su vez, estas características, plantean excepciones, ya que en determinadas circunstancias el progenitor perderá tales prerrogativas, como por ejemplo cuando la filiación ha sido determinada judicialmente contra su oposición, Art. 203; lo que tiene consecuencias incluso sucesorales, Art. 1182; caso del hijo abandonado, Art. 238; o que por su inhabilidad moral hubiese sido separado de su lado, Art. 239; o cuando el hijo es víctima de injuria atroz, Art. 239, todas normas del Código Civil. Además de la sanción establecida en el Art. 370 bis del código penal en el caso de abuso sexual (Quintana, 2009: pp. 152 - 153).

Por lo tanto, autoridad paterna y cuidado personal son cosas distintas, si bien tienen contenidos parecidos, cuestión que dilucidaremos más adelante, se vinculan en una relación de género a especie, siendo el cuidado personal la especie y materia de este trabajo.

2.1.3. Concepto Cuidado Personal

Al respecto el Código Civil no establece una definición cierta, como si lo hizo respecto de la patria potestad. Aún así la mayor parte de la doctrina, entiende que la podemos extraer del Art. 224 (Lathrop, 2005: p. 6) que señala que “toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”. Sin embargo, Abeliuk señala que el precepto debiese haberse redactado mejor, ya que en virtud de lo señalado en el Art. 222, el cuidado personal no solo conlleva la crianza y educación, sino que deberán procurarle todo lo necesario para su mayor realización espiritual y material posible (2000: p. 322), en proporción a sus respectivas facultades económicas, Art. 230 del Código Civil.

Si bien, la relación de estas normas del Código Civil, nos permite formarnos una idea, respecto de lo que debemos entender por cuidado personal, omite, o no se hace mención clara, a la convivencia que implica propiamente la tuición. Es por esta razón, que destacaremos el concepto dado por las profesoras Schmidt y Veloso quienes lo han definido como “el derecho de los padres de tener a sus hijos en su compañía” (2001: p. 273), y al cual, se le ha agregado “proporcionándoles residencia, alimento y educación” (Gomes de la Torre, 2007: p. 135); a nuestro parecer, esta definición nos permite vislumbrar con mayor claridad la noción de tuición en la práctica.

Respecto del término tuición, diremos que es propio de la ley de menores y que la jurisprudencia lo ha estimado como sinónimo de cuidado personal (Abeliuk, 200: p. 322; Lathrop, 2005: p. 7), e incluso Alejandra Cid ha entendido la tuición como el cuidado personal y la educación de los hijos (2005: p. 149).

A mayor abundamiento, diremos que el cuidado personal es un derecho-deber que tienen los padres o terceros que designa ley, respecto de sus hijos, y que comprende el cohabitar, cuidar, criar, educar, proporcionar bienestar emocional y material, en atención a

sus posibilidades, y en general de tomar las decisiones que mas propicien el interés superior del niño, niña o adolescente y permitan una relación cotidiana con el otro padre.

2.2. Elementos del cuidado personal

Una vez definido lo que entendemos por cuidado personal, debemos propender a fijar el sentido y alcance de cada uno de estos elementos que conforman tal noción.

A saber, la doctrina no esta conteste en cuales son estos contenidos, sin embargo, Bavestrello Bontá enumera una serie de atribuciones que conlleva la tuición como son: la crianza, la educación, el establecimiento del hijo, corrección y autorización de salida del país (Bavestrello, 2003: pp. 62 - 64). Esta postura no ha estado exenta de criticas, Lathrop señala que más que al contenido del cuidado personal, aquí se esta aludiendo a “facultades relacionadas con el deber genérico que impone este derecho” (2005: p. 8). No obstante, a mi entender, estos elementos nos resultan muy útiles, por cuanto nos permitirán delinear su aplicación práctica.

Conforme a nuestro concepto dado en el apartado anterior agregaremos al listado de la profesora Bavestrello, el deber de compañía o cohabitación y el de cuidado.

A su vez, cuestionamos la inclusión del deber de establecimiento del hijo, ya que hoy en día, creemos que el límite a este deber se encuentra con la finalización de la educación universitaria, la que ya se encuentra protegida por el deber de alimentos, Art. 323 del Código Civil, además que no se aplica a la generalidad de los casos. Y respecto de la autorización de salida del país, creo que tampoco debería estar incluida, ya que esta más bien se establece como un medio de cautelar el derecho-deber a mantener una relación directa y regular del hijo con el padre que no lo tiene bajo su cuidado.

Debemos entender por:

- A. Compañía, Cohabitación: Este deber consiste en estar en compañía del hijo, es decir, vivir en el mismo hogar con el niño que se encuentra bajo su cuidado. La Corte de Apelaciones de Santiago señalo en uno de sus fallos que uno de los conceptos de cuidado personal se encuentra “el derecho de los padres a tener a sus hijos en su compañía” (2006; Vidal con Monsalve).

A su vez señala Lathrop, que hablar de cuidado personal “presupone la convivencia habitual entre padres e hijos” (2005: p. 9).

- B. Cuidado: (Art. 19 n° 1 CPR) Este elemento consiste en la protección física y psíquica del hijo, es decir a la supervigilancia del hijo, derecho-deber que deberá ir menguando en la medida que el niño vaya creciendo, para lograr un desarrollo mas pleno de su identidad, un ejemplo de esto lo encontramos en la parte final del Art. 12 n° 1 de la CDN.

- C. Crianza: Entendemos por “crianza del hijo todo lo que es necesario en la vida material y también aquello que es necesario y pertinente a su desarrollo moral e intelectual” (Cid, 2005: p. 120). Es decir, la alimentación del hijo, salud, vestuario, recreación, etc.

- D. Educación: Este derecho no se refiere solamente a la instrucción doctrinaria que imparten los establecimientos educacionales, sino a la formación integral de la persona menor de edad a fin de que logre lo que señala la parte segunda del Art. 236 del Código Civil “el pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida” (Troncoso, 2006: p. 319).
Por lo tanto, implica dirigir de la formación académica, como moral y espiritual del hijo, consecuentemente, los padres en uso de este derecho podrán elegir el colegio, como el credo religioso que quieran transmitirle a sus hijos (Bavestrello, 2003: p. 62). El Art. 19 n° 6 y 10 de la CPR consagran estos principios, los que están en directa concordancia con los Arts. 14 y 28 de la CDN, respecto a asegurar la libertad de credo y el derecho a la educación, respectivamente.

- E. Corrección: Este derecho se le reconoce a los padres, en tanto, no menoscabe la salud y desarrollo personal del hijo, Art. 234 Código Civil.

2.3. Normativa aplicable

En nuestro ordenamiento jurídico, el cuidado personal, se encuentra regulado en los Art. 225 a 228 del Código Civil, también encontramos normas dispersas en ley de matrimonio civil, ya que el cuidado personal es un contenido mínimo del acuerdo o pacto de regulación de relaciones futuras entre los cónyuges y respecto de los hijos, que tiene lugar en las situaciones contenidas en los Arts. 21, 27 y 55. En tanto, la ley 19.968, atribuye competencia a los Tribunales de familia, para conocer las “causas relativas al derecho de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes”, Art. 8 n° 1 (Lathrop, 2005: pp. 7-8).

Respecto a los tratados internacionales suscritos por Chile, adherimos a las teorías monistas, en tanto, estimamos que los tratados ratificados por nuestro país sobre derechos humanos, de los cuales emana la concepción de los derechos del niño (Cillero, 1999: p. 46), en aplicación del Art. 5 de la CPR, adquieren el rango de norma constitucional. Destacamos, especialmente³:

La Convención de los derechos del niño⁴, suscrita por nuestro país el año 1990. Es el texto mas completo en materia de reconocimiento de derechos al menor de edad, conteniendo normas sobre la protección y bienestar de la infancia (Gómez de la torre, 2007: p. 29). En el análisis de esta convención nos adherimos a lo establecido por la profesora Bavestrello agrupando los derechos contenidos en esta declaración en 4 grupos, a saber, en primer lugar: los que reconocen el derecho a la vida; en segundo lugar: el derecho a la protección, a la no discriminación, maltrato o explotación, destacando las normas de protección al niño en materia penal; en tercer lugar: el derecho al desarrollo, se pone el énfasis en la familia como único medio para que el niño, niña o adolescente logre un desarrollo integral, y por ultimo: los derechos de carácter político: en que se le reconoce al niño identidad personal, nombre, nacionalidad, etc. (Bavestrello, 2003: pp.33-34).

³ Destacamos también otros tratados internacionales como la Convención sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción (1993) y Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de Niños (1980) entre otros (Bavestrello, 2003: pp. 2234 a 236; Cid Droppelmann, 2005).

⁴ Destacamos el trabajo de Gómez de la Torre, 2007: pp. 29 a 34.

Además, en esta convención se reconoce positivamente, el principio rector en materia de niños, niñas o adolescentes, como es el del interés superior del niño, Art. 3.

Este es el tratado internacional que presenta mayor número de ratificaciones en el mundo, ya que salvo Estados Unidos y Somalia, todos los otros estados lo han suscrito, lo que da cuenta de su generalizada aceptación y reconocimiento (Aguilar, 2008: p. 227).

2.4. El interés superior del niño

2.4.1. Consagración en legislación nacional y extranjera⁵

Este principio se ha ido incorporando a nuestra legislación de manera paulatina, a partir de la ratificación de la CDN por Chile. Los principales textos legales que han incorporado este principio son:

La Ley N° 19.585 de 26 de octubre de 1998, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Esta normativa terminó con la discriminatoria diferenciación que se hacía entre hijos legítimos, ilegítimos o naturales, reconociendo la igualdad de los hijos en el Art. 33 inc. 2 del Código Civil, lo que se ajusta a lo establecido en Art. 2 de la CDN. La ley de filiación es la modificación más importante que se ha hecho a nuestro Código Civil, y en ella “el principio del interés superior del niño se incorporó como un fundamento rector del texto y como motivo que el juez deberá tener presente en todas sus intervenciones” (Baeza, 2001: p. 360). A su vez, en los Arts. 222 inc. 2, 225 inc. 3 y 244 inc. 3 se hace mención expresa a este principio, en tanto, en los Arts. 229 inc. 2, 234 inc. 3, y 240 inc. 2 lo hace de manera implícita usando términos como bienestar o conveniencia del hijo.

Otras Leyes en que se hace mención al interés superior del niño son: la Ley sobre adopción de menores, N° 19.620⁶, la Ley N° 19.968 que crea los tribunales de familia⁷ y la CDN⁸.

⁵ En esta materia se debe hacer una mención a los principios que inspiran las legislaciones de familia, destacando lo señalado por Lathrop, 2005. pp. 30 a 44: tales como igualdad, derecho a ser oído, la ruptura del matrimonio no extingue la responsabilidad parental. Bavestrello también dedica un apartado a los principios (2003: p. 41).

⁶ Illanes, 2008: p. 206-207

⁷ Art. 16 de la misma ley

2.4.2. Características

Este principio tiene una función de orientación o directriz política, es decir, un carácter instrumental, por cuanto sirve de guía para lograr un desarrollo pleno, es decir, que logre la conveniencia de todas las personas de la sociedad, adultos y niños. (Cillero, 1999: p. 60).

Es una Garantía, toda vez que las decisiones que se tomen respecto del niño deben tener por objeto asegurar o proteger sus derechos, es más, Zermatten señala que la norma contenida en el Art. 3 más que un derecho subjetivo es un principio de interpretación aplicable a toda norma jurídica en materia de derecho del niño. (2003: p. 11)

Es una norma vinculante, pues atañe a todos los poderes del Estado, es decir, obliga a ser considerada por el legislador al momento de dictar normas, por el poder judicial en su función jurisdiccional. También se impone a los padres y la sociedad toda, al relacionarse con los niños (Zermatten, 2003: p. 11), a esto se refiere Cillero al señalar que es un principio de gran amplitud (1999: p. 61).

Es un principio evolutivo, ya que lo que se estima bueno para el niño hoy, con los avances del conocimiento, mañana puede resultar pernicioso. Zermatten, señala la necesidad de no asociar, ni que exista una identificación absoluta de la norma presente con el principio, esto con el objeto de privilegiar la visión de futuro (2003: p. 12).

Baeza, resalta su carácter moral, incluso la caracteriza como una norma consuetudinaria, connatural a la esencia humana, la cual ha sido positivizada, con el fin de lograr su máxima eficacia (2001: p. 357), el profesor Aguilar comparte dicha postura (2008: p. 228).

2.4.3. Titulares y obligados por el principio del interés superior del niño

Entendemos que los titulares de este derecho son los niños, niñas y adolescentes, es decir, “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley

⁸ Destacando los Art. 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40 de la misma convención, y lo señalado por el profesor Aguilar en orden que la convención a positivizado este principio, de manera que ha influido en toda la normativa sobre esta materia, tanto internacional como nacional (2008: p. 239.)

que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, Art. 1 CDN lo que concuerda con nuestra legislación contenida en el Art. 26 del Código Civil.

En opinión consultiva la Corte Interamericana de derechos humanos ha señalado que “en definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por niño a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad”.

Respecto de los obligados por este principio, Aguilar Cavallo señala que en primer lugar están obligados los padres, el Estado y finalmente la sociedad toda (2008: p. 238).

2.4.4. Concepto

El interés superior del niño, es un principio compuesto por múltiples factores, según Aguilar Cavallo los elementos que componen este principio son: los derechos humanos reconocidos a los niños, su participación en las decisiones que le afecten y la valoración de su proyecto de vida, es decir, el elemento central es la persona del niño. (2008: p.244).

A la luz de estos elementos, creemos que en donde mejor se ven reflejados estos contenidos es en la CDN por lo que nos adherimos al concepto dado por Miguel Cillero quien señala que “El interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos” (1999: p. 54) fundamenta esta definición al concluir que existe una equiparidad entre estos derechos contenidos en CDN y el contenido de este principio en particular (1999: p. 60); reitera la idea al señalar que la única interpretación que admite este principio es identificarlo con los derechos contenidos en la convención (1999: p. 49).

El haber adoptado esta definición, nos permitirá al momento de analizar las soluciones sobre cuidado personal establecidas por el legislador, cotejar los preceptos del Código Civil con las normas de la CDN, y en definitiva, demostrar con un mayor grado de objetividad, que la normativa vigente resulta insuficiente al no ajustarse, en muchos casos, a este principio.

3. Determinación del cuidado personal en el sistema chileno:

En este capítulo, analizaremos el sistema tuitivo de nuestro ordenamiento jurídico, contenido principalmente en el capítulo IX del Código Civil, con el objeto de determinar las falencias que presenta, y de las cuales pretendemos, hacernos cargo, en la parte final de este trabajo.

Una primera consideración al respecto, la señala Lathrop, respecto de que el criterio para determinar la titularidad del cuidado personal entre los padres en situación de ruptura de la pareja, décadas atrás, antes de la ratificación de la CDN y de la modificación del sistema filiativo por la ley N° 19.585, era “atendiendo a la buena o mala fe en el evento de la nulidad y a la culpa para el caso de la separación” (2005: p. 10), cuestión que hoy en día no es así.

3.1. Antecedentes Históricos⁹

Del análisis histórico del tratamiento que el Código Civil ha dado al cuidado personal de los hijos podemos deducir una tendencia a ampliar la preferencia materna en cuanto a la edad y sexo de los hijos.

3.2. Titulares, ejercicio, hipótesis que contempla el Código Civil:

Los titulares de este derecho son en primer lugar los padres sea que lo ejerzan de manera conjunta, o bien solo uno de ellos, por ejemplo en caso de fallecimiento de uno de ellos, Art. 224 inc. 1, o en el Art. 224 inc. 2 caso en que el hijo es reconocido solo por uno de sus padres, o bien que su filiación ha sido determinada judicialmente contra su oposición, Art. 203 del Código Civil.

Si este derecho no lo ejercen los padres, tendrá su cuidado personal un tercero, lo que esta en concordancia con lo dispuesto en el Art. 9 CDN. Encontramos hipótesis en tal sentido contempladas en el Art. 226 en caso de inhabilidad moral de ambos padres, en cuyo evento la tuición pasara al pariente consanguíneo más próximo, prefiriendo a los

⁹ Un análisis exhaustivo lo encontramos en Rodríguez Pinto, 2009a: pp. 554 a 558; también se pronuncian aunque de manera más breve: Bavestrello, 2003: p. 64 y Abeliuk, 2000: p. 329

ascendientes, y en el Art. 224 inc. 2 parte final caso en el cual el niño no ha sido reconocido por ninguno de sus padres y el juez mediante un proceso de adopción deberá darle una familia, lo que también se ajusta a las normas de la CDN, específicamente a lo señalado en el Art. 21.

3.2.1. Caso en que ambos padres viven juntos, o de padre o madre sobreviviente. Art. 224 inc. 1.

Este apartado señala 2 hipótesis: La primera es la situación ideal, esto es que el cuidado personal corresponda a ambos padres en el caso que vivan juntos, este precepto no nos merece mayor análisis, en virtud de lo señalado en los capítulos anteriores.

La segunda hipótesis contempla el fallecimiento de uno de los progenitores, quedando radicado el cuidado personal en el padre sobreviviente, lo que resulta lógico, en atención al interés superior del niño, ya que alejarlo de su familia, no tendría ningún sentido y sería contrario a lo que establece la CDN en su Art. 9.

3.2.2. Caso del hijo no reconocido por ambos padres, o por uno de ellos. Art. 224 inc. 2.

En el inc. segundo se contempla la situación del hijo reconocido por uno de sus padres, en este caso se le entrega el cuidado personal al que lo reconoció, entre otras razones, porque no hay una identidad legal del padre que no lo ha reconocido a quien se le pudiere conferir este derecho-función, tampoco esta norma nos presenta mayores reparos.

3.2.3. Situación del padre o madre cuya filiación se establece judicialmente contra su oposición. Art. 203.

Esta es una sanción, ya que la ley ordena que el juez declare en la sentencia la pérdida de derechos respecto del hijo (Gómez de la torre, 2007: p. 149) y que deje constancia en la subincripción correspondiente, pero conservara todas las obligaciones legales en beneficio del hijo o sus descendientes, es decir: pierde todos los derechos y

conserva todas sus obligaciones. Nos parece un raciocinio adecuado, por el carácter de deber que conlleva la noción de cuidado personal.

3.2.4. Caso de inhabilidad física o moral de ambos padres. Art. 226.

En este caso el juez puede confiar el cuidado personal de los hijos a un tercero, prefiriendo a los parientes consanguíneos. Este Art. es bastante amplio, pues las causales de inhabilidad física y moral, si bien se encuentran establecidas en el Art. 42 de la Ley N° 16.618, en su numeral 7 se establece que serán inhabilidades “otras causas” por lo que entendemos que no es una enumeración taxativa (Álvarez Cid, 1998: p. 66), lo que resulta correcto debido a la importancia de atender al caso concreto, con todas sus particulares, ya que en materia de familia ningún caso será igual a otro.

3.2.5. Situación de la persona casada que tiene hijos fuera del matrimonio. Art. 228

Este es sin duda el Art. que nos merece más reparos, tanto su poca adecuación a las normas de la CDN, como por ser objeto de crítica por toda la doctrina nacional¹⁰.

Me parece adecuado el comentario que efectúa el profesor Carlos Álvarez al señalar que, si bien tiende a regular la situación de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, lo hace inadecuadamente, es decir, en desmedro de los hijos no matrimoniales, lo que contradice claramente las normas establecidas en la CDN (1998: P. 67), “pues mediante una declaración unilateral y arbitraria del nuevo cónyuge, se puede provocar la separación del niño de su padre o madre o incluso de ambos y esto cualquiera sea la filiación del niño, niña o adolescente. Es posible que se trate del hijo de una persona viuda que ha vuelto a casarse, o bien, de un hijo de filiación no matrimonial establecida respecto de sólo uno de sus progenitores, el cual luego ha contraído matrimonio” (1998: p.67-68). Resulta obvia la impertinencia de dicha norma, pues es una clara vulneración de la CDN.

Lo lógico hubiera sido que no se hubiera permitido al hijo vivir en el hogar común solamente por resolución judicial fundada que estime inconveniente para el niño habitar

¹⁰ En tal sentido, Bavestrello Bonta, 2003: p. 66; Troncoso Larronde, 2006: p. 317.

dicho hogar, atendiendo las particularidades de cada caso y mediante una petición expresa del cónyuge no progenitor.

4. Solución que da el Código Civil a la hipótesis de padres separados:

Este es, sin lugar a dudas, el apartado más importante de este análisis respecto a la situación del cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes, pues la solución que ha dado el legislador a la hipótesis de padres separados ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, y las conclusiones que saquemos de dicho examen nos permitirá dilucidar, en definitiva, si tan solo es necesaria una interpretación en tal sentido para admitir la posibilidad de un régimen de custodia compartida en Chile, o bien, es necesario modificar el Código Civil en esta materia con el fin de permitir esta posibilidad.

4.1. Situación de padres separados. Art. 225 Código Civil

Esta materia se encuentra regulada en el Art. 225 del Código Civil. El principio rector que podemos deducir de su tratamiento es que la ruptura conyugal no extingue la responsabilidad parental, como consecuencia de esto, se establecen 3 criterios de atribución del cuidado personal: convencional (inc. 2), legal (inc. 1) y judicial (inc. 3).

A saber:

4.1.1. Criterio de atribución convencional del cuidado personal, Art. 225 inc. 1.

Este criterio de atribución preferente convencional fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley N° 19.585 el año 1998, a su vez la nueva Ley de matrimonio civil (N° 19.947) establece acuerdos reguladores de separación de hecho o judicial, nulidad o divorcio en los Arts. 21, 55 y 67 respectivamente, los cuales deben ser completos y suficientes¹¹ para ser aprobados por el tribunal, entendiéndose que serán

¹¹ Criterio de suficiencia que se encuentra consagrado en el Art. 27 de la Ley N° 19.947.

completos si regulan entre otras materias el cuidado personal de los hijos comunes, y suficientes si resguardan el interés superior del niño.

La existencia de estos acuerdos permite reconocer cierta autonomía a los progenitores para decidir respecto de la tuición, aunque debemos señalar que de todas maneras se encuentra limitada, ya que esta sometida a aprobación judicial (Lathrop, 2005: p. 58).

Este criterio preferente se justifica por cuanto “son los padres quienes están en mejor situación para adoptar las decisiones que permitan al hijo asegurar su mayor realización espiritual y material posible” (Turner, 2004: p. 273).

Ahora bien, la ley solo permite este tipo de convenciones entre los padres, y tiene por objeto que el cuidado personal de uno o mas hijos pase de la madre al padre (Rodríguez, 2009a: p. 238).

Los requisitos para que operen los pactos de tuición, como les llama Abeliuk (2000: p. 328), son los siguientes:

En primer lugar, se requiere el consentimiento del padre y de la madre, es decir, el pacto de tuición debe ser de común acuerdo entre los padres (Ramos, 2007: p. 443). El código no permite convenciones entre el padre y la madre que tienen el cuidado personal y un tercero, el único caso en que se permite que se traslade el cuidado personal de los padres a un tercero es el contemplado en el Art. 226 antes citado, mediante una decisión judicial fundada en la inhabilidad de uno o ambos padres. Tampoco se permite que el padre o madre sobreviviente en quien ha quedado radicado el cuidado personal de los hijos convenga con un tercero o un pariente, la entrega de la tuición de los hijos, esto se fundamente en que “el cuidado personal de los hijos es una función indelegable” (Rodríguez, 2009a: p. 550 - 552).

Esta norma, que solo contempla la atribución del cuidado personal de un padre al otro, sería la que no permitiría la custodia compartida, y por lo tanto cualquier acuerdo en este sentido sería nulo (Rodríguez, 2009b: p. 238; Álvarez Cid, 1998: p. 66), sin embargo, Lathrop en un análisis de *lege lata*, señala que en virtud del Art. 21 de la Ley 19.947, es decir, de los acuerdos reguladores, debiera admitirse la posibilidad de que los padres pacten

una tuición conjunta o compartida (2009: p. 232). Un análisis acabado de la norma hace que el esfuerzo de la profesora Lathrop, por tratar de salvar esta posibilidad, no sea suficiente, ya que el acuerdo regulador debe ser aprobado por el juez, el cual puede desconocerlo, ya que el Art. 225 inc. 2 es claro, en el sentido, de que se trata de una convención a favor de uno de ellos y no de ambos.

En segundo lugar se exigen ciertas formalidades legales, debe otorgarse mediante escritura pública, acta extendida por oficial del registro civil o por el acuerdo regulador en el contexto de un juicio de separación, divorcio o nulidad previa aprobación judicial (sentencia)¹², la omisión de esta solemnidad acarrearía nulidad absoluta, porque es una solemnidad establecida para el valor del acuerdo, según lo prescriben los Arts. 1618 y 1282 del Código Civil (Lathrop, 2005: p. 17; Gómez de la Torre, 2007: p. 137).

En tercer lugar, este acuerdo deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los 30 días subsiguientes a su otorgamiento, plazo fatal y de días corridos (Gómez de la Torre, 2007: p. 138). Respecto de este tercer requisito se discute si tanto el incumplimiento del plazo o de la subinscripción son solemnidades objetivas y por tanto su incumplimiento produce la nulidad absoluta e insaneable del convenio (Abeliuk, 2000: p. 328), o bien, por el contrario serían solemnidades por vía de publicidad y la sanción a su incumplimiento sería la inoponibilidad a terceros, postura que cuenta con varios argumentos de texto, siendo los principales el Art. 225 inc. final, y los Arts. 4 y 6 N° 5 y 8 de la Ley N° 4.808 de Registro Civil (Lathrop, 2005: p. 17; Rodríguez, 2009a: p. 552; Gómez de la Torre, 2007: p. 138).

Estos acuerdos pueden estar establecidos por un plazo determinado o indeterminado. Si nada dice se entiende que el acuerdo será válido hasta la emancipación del hijo (Rodríguez, 2009a: p. 552),

Por último debemos señalar que estos acuerdos podrán revocarse cumpliendo las mismas solemnidades, según lo señalan los Arts. 225 inc. 2 y 4 Código Civil. Por lo tanto,

¹² A propósito de estos acuerdos reguladores aprobados judicialmente se señala que no es necesaria la subinscripción (Rodríguez, 2009: p. 552), la opinión en contrario de la profesora Lathrop señala que es necesario observar dichas formalidades para hacerla oponible frente a terceros (2005: p. 17).

si no hay acuerdo para la revocación, el padre o madre que no tiene el cuidado personal deberá demandarlo, invocando alguna causa legal.

Este Art. 225 inc. 2 es objeto de dos críticas fundamentales por parte de los autores, las que también compartimos, las cuales son:

1. La frase “uno o más hijos” nos da a entender que los padres podrían acordar distribuir los hijos entre ellos, lo cual no tendría una justificación en el interés superior de los niños. Los autores señalan que la ley debió intentar no separar a los hermanos (Lathrop, 2005: p. 16).
2. No se respetaría el derecho del menor a ser oído, establecido en los Arts. 12 de la CDN, 16 de la Ley N° 19.968 y 85 de la Ley de matrimonio civil, al no participar del acuerdo.

Si bien esta regla merece adecuarse mejor a la posibilidad de permitir una custodia compartida, en el caso que los padres la convengan, me parece importante señalar que es certera al invitar a los padres a que por medio de acuerdos se decida el cuidado personal de los hijos, ya que ellos debieran anteponer el interés superior de los niños antes que el suyo, en este sentido la aprobación judicial del acuerdo tendrá por finalidad verificar que ello sea así.

4.1.2. Atribución Legal Supletoria en favor de la Madre, Art. 225 inc. 1. Críticas. Violación constitucional al Art. 19 N° 2, principio de igualdad de géneros.

“Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”, el Art. 225 inc. 1 nos señala la regla legal supletoria de atribución del cuidado personal, la cual tendrá lugar en caso de falta de acuerdo entre los padres o en silencio de ellos.

La profesora Rodríguez, señala las ventajas de una regla de atribución legal (2009a: pp. 558 - 561):

1. Reduce la litigiosidad y judicialización de los conflictos: Al igual que el profesor Abeliuk, estima que esta regla evita el trámite judicial ya que “la tuición corresponde en principio a la madre, sin necesidad de ningún trámite o declaración” (2000: p. 327).

Discrepo de esta supuesta ventaja, principalmente por 3 razones:

La primera de ellas es que no pone el énfasis en el interés superior del niño, no se preocupa de la situación en particular de ese menor, ni en las circunstancias que lo rodean, tampoco toma en cuenta su opinión, y en definitiva viola tratados internacionales y la propia constitución, materia que tratare en el punto cuarto.

En segundo lugar, en los casos que no llegan a conocimiento de los tribunales de familia, presumir que en la hipótesis de separación de parejas o matrimonios la custodia de los hijos la tendrá en la práctica siempre la madre, es muy incierta.

En este sentido hay otras opciones de reglas de atribución legales supletorias como la doctrina que manda a entregar el cuidado personal de los hijos a cualquiera de los padres según el interés superior del niño, niña o adolescente, aunque suponga la intervención de un órgano judicial.

La opción que me parece más acertada es aquella que entrega el cuidado personal del hijo al padre que lo tiene bajo su tenencia antes o después de la separación, me parece más realista y menos discriminatoria.

El tercer argumento, es que el Art. 106 de la Ley N° 19.968 de Tribunales de familia, establece la mediación previa y obligatoria de las causas relativas al cuidado personal de los menores, por lo que se evitaría la judicialización de todas y cada una de estas causas, en el caso que se derogara la norma legal supletoria.

2. Fomenta los acuerdos entre los padres

Al saber la madre que es favorecida para no perder su posición tendría mayor interés en lograr un acuerdo con el padre solicitante.

Enrique Barros, señala que “una regla que opta por la madre como titular de la tuición, sin consideración ex ante del interés del niño, otorga a la madre una ventaja táctica decisivo en caso de conflicto con el padre” (1999: p. 46). Sin lugar a dudas,

resulta para los padres la mayor desventaja, sobre todo porque los jueces han dado una preeminencia mayor al texto legal que al principio del interés superior del niño.

3. Constitucionalidad de la regla de la preferencia materna

Barros Bourie reúne las objeciones de la siguiente forma, primero: “la interpretación de la regla como un derecho de la madre del que solo puede ser privada a título de sanción es una discriminación en contra del padre, que tiene igual derecho al cuidado de los hijos”¹³. Segundo: “la regla podría ser perjudicial para el interés del niño” (1999: pp. 47 - 48). Argumentos de texto: violación de los Arts. 19 N° 2 CPR, Arts. 3, 9, 12 y 18 CDN, Arts. 5 y 16 letras d) y f) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, y el Art. 17 N° 4 de la Convención Americana sobre derechos humanos (Lathrop, 2009b: pp. 215 - 216).

Rodríguez Pinto, responde a las críticas sobre la constitucionalidad del Art. 225 inc. 1 señalando que la regla no ofende el principio constitucional de la igualdad de los progenitores, toda vez que no es un derecho como lo señala Bourie sino un deber o carga establecido por ley¹⁴. Además, señala que esta atribución puede modificarse por decisión tribunal a solicitud del padre cumpliendo con los requisitos señalados en el inc. 3 del mismo Art., cuestión que analizaremos en el apartado siguiente (2009: pp. 562 - 563). Respecto a la segunda crítica señalada por el profesor Barros, establece que tampoco se configuraría una violación al principio del interés superior del niño, niña o adolescente, toda vez que por esta regla de atribución automática se evitaría someter al niño a un juicio sobre su custodia, el cual podría afectar su estabilidad emocional (p. 546) Y por último, advierte que la regla de atribución legal supletoria, pondría el énfasis en el interés superior del niño por sobre el interés del padre, lo cual a juicio de Gómez de la Torre, es un error, por cuanto no se debe olvidar que los padres deben tener los mismos derechos respecto del cuidado de sus hijos, buscando lo más conveniente para él y no presumiendo que lo más favorable será siempre el cuidado personal de la madre (2007: p. 140)¹⁵.

¹³ En el mismo sentido Gómez de la Torre, 2007: p. 140; y Lathrop, 2005: pp. 13 - 14

¹⁴ Señala que no hay ofensa al principio de la igualdad de géneros toda vez que el Art. 229 le permitiría mantener una relación directa y regular con él.

¹⁵ En este mismo sentido, parte de la doctrina aboga por “el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos” (Lathrop, 2009: p. 209).

Si bien, la mayoría de los autores, señala que la opción de custodia compartida no se da con regularidad en la práctica en los países en los cuales es permitida¹⁶, este trabajo tiene por objeto poner de manifiesto las deficiencias que presenta nuestra legislación sobre esta materia, abrir la posibilidad, a que con el cumplimiento de ciertos presupuestos, se pueda pactar la tuición compartida en determinados casos, es decir, no se puede pretender que sea la regla general ya que depende de factores tanto prácticos como afectivos, pero que sea la opción preeminente del juez en el caso que pueda llevarse a cabo, en este sentido creo que lo más importante es reformar la norma de atribución legal automática con el fin de colocar el acento en el interés superior del niño, lo que debe determinarse en la realidad particular que enfrenta ese niño, niña o adolescente y en general promover las relaciones entre el padre y el hijo que no tiene bajo su cuidado. Antes de dichas reformas, el sentimiento de discriminación y desventaja que existe entre los padres privados del cuidado de sus hijos no tendrá solución.

4.1.3. Criterio de atribución judicial, Art. 225 inc. 3. Resolución del juez a favor del padre. Desventajas procesales del padre para solicitar el cuidado personal. Inconvenientes de probar la falta de idoneidad de la madre. Sanción al padre negligente.

El Art. 225 inc. 3 establece “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”. Del análisis de este Art. se desprende que son 2 las reglas de atribución judicial que establece el Código Civil: el principio del interés superior del niño y la regla de la inhabilidad¹⁷.

La intervención judicial tendrá por objeto modificar una situación ya configurada, es decir, el cuidado personal establecido por el acuerdo de los padres, o bien, la atribución legal supletoria, debiéndose acreditar en el juicio mediante cualquier medio de prueba

¹⁶ Rodríguez, 2009a: p. 561; Lathrop, 2009: p. 209 – 210; Abeliuk, 200: 327 – 329.

¹⁷ Materia que fue tratada en el punto 3.2.4. a propósito del análisis del Art. 226 respecto de la inhabilidad física o mora de ambos padres, atendiendo al Art. 42 de la ley de menores, caso en que el juez puede entregar la custodia a un tercero con preferencia de los parientes consanguíneos.

producido en conformidad al Art. 28 de la Ley N° 19.986, los que deberán producir convicción en el juez para modificar una situación ya establecida. (Rodríguez, 2009a: p. 572).

En esta situación a diferencia del Art. 226 el cuidado personal pasa de un padre al otro. La ley 19.585 modifico el criterio de atribución judicial, ya que antes de esta reforma debía probarse la inhabilidad de la madre, sin embargo, hoy la ley nos señala un criterio jurídico indeterminado como es el interés superior del niño, el que orientara la decisión judicial reduciendo los márgenes de discrecionalidad del juez.

Si bien con la nueva ley no es necesario probar la inhabilidad de la madre, en la práctica no se ha cumplido con dicho objetivo, pues el maltrato, descuido, u otra causa calificada, solo se pueden deducir de una conducta inidónea de la madre, lo que tiene el inconveniente de distanciar más a los padres, lo cual puede producir un efecto cascada afectando la relación entre el padre y el hijo que no esta bajo su cuidado. Además no en todas las situaciones podrá probar la falta de idoneidad, por ejemplo en el caso que ambos padres sean igualmente aptos.

Respecto de la conveniencia de esta norma no podemos dejar de señalar que es un mal necesario, por cuanto, cualquiera sea el padre o madre que ha infringido el daño, debe ser sancionado, de la misma forma que lo es “el padre que no contribuyo al mantenimiento de su hijo mientras estuvo al cuidado del otro padre”, inc. final Art. 225.

4.2. Mención a la mediación familiar¹⁸.

La mediación ha sido tradicionalmente definida como “un método de gestión de conflicto en el que uno o más terceros imparciales asisten a las partes para que estas intenten un acuerdo recíprocamente aceptable” (Fiegelist, 2008: p. 2).

¹⁸ Para mayor información revisar Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones: “La Mediación Familiar, Conceptos Generales Y Legislación Extranjera (Proyecto De Ley Argentino, Unión Europea, España -Cataluña-, Estados Unidos -California- y Canadá - Ontario Y Quebec), serie estudios año Xiii, N° 278, Santiago De Chile, Julio De 2003.

A su vez, el Art. 103 de la Ley de tribunales de familia, mediante modificación establecida por la ley 20.286, introdujo un concepto de mediación, señalando que “se entiende por mediación aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos”.

Según el Art. 106, respecto del cuidado personal opera una mediación previa y obligatoria, lo cual, sin duda es un avance en la medida que evita la judicialización de la materia, y en definitiva busca lograr un acercamiento entre las partes en orden a privilegiar el interés superior del niño, niña o adolescente.

Sin embargo, no debemos olvidar, que el acuerdo que se efectúa en la mediación debe ser aprobado judicialmente, lo que al fin de cuentas, lo puede hacer susceptible de todas las críticas que hemos planteado a la normativa vigente.

4.3. Acerca del Síndrome de Alienación Parental.

El Síndrome de Alienación Parental fue definido por Richard Gardner, profesor de Psiquiatría Clínica de la Universidad de Columbia, como “un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños, cuando este sufre una sistemática programación por parte de uno de los padres, con miras a obtener la vivificación de la imagen del otro progenitor en la mente del menor obteniendo en el tiempo un resultado concreto de alejamiento y rechazo del menor hacia el padre alienado y el debilitamiento progresivo y, a veces irrecuperable de los lazos afectivos que los unen” (Cámara de Diputados de Chile, 2008: p. 1).

Para estar frente al síndrome de alienación parental, deben concurrir los siguientes elementos (Senado de Chile, 2008b: p. 1):

1. El rechazo en forma persistente al padre, el cual no ha tenido ningún comportamiento que amerite este rechazo.
2. El rechazo debe ser injustificado, el alejamiento no es una respuesta que pueda ser razonable a los comportamientos del padre rechazado.
3. Este rechazo se produce por la influencia del otro padre.

José M. Aguilar Cuenca¹⁹, señala que algunos niños que sufren síndrome de alienación parental muestran síntomas físicos ante la presión que sufren por el padre alienador, como dolores de cabeza o estomago²⁰, sobre todo cuando son muy pequeños ya que su manera de comunicarse es somatizar. A su vez señala que lo idóneo en caso de separación de los padres es la custodia compartida, ya que “los niños se adaptan mejor, ya que es el sistema más parecido a antes del divorcio y porque es la principal medida de conciliación de la vida familiar y laboral para la mujer”. Y a su vez critica que se le dé la custodia a la madre en forma automática, ya que ella no siempre favorecerá la relación directa y regular con el padre que no lo tiene bajo su cuidado (2009).

Estos factores, no estaban tan desarrollados como hoy en día cuando se regulo esta materia en 1998, por lo que sin duda se deben tomar en cuenta, y debe ser objeto de revisión por parte de nuestros legisladores.

5. Sistemas de Custodia Compartida en hipótesis de padres separados.

En este apartado revisaremos el Sistema de Custodia Compartida, delimitaremos sus principales características, requisitos de procedencia y las ventajas y desventajas que presenta en comparación al sistema de cuidado personal monoparental o exclusivo.²¹

5.1. Custodia Compartida

En derecho comparado se distinguen principalmente dos sistemas de custodia compartida²², la conjunta y la alterna o sucesiva, las cuales procederemos a señalar²³.

¹⁹ Psicólogo y Clínico Forense

²⁰ Otros síntomas: depresión crónica, incapacidad para adaptarse a los ambientes sociales, trastornos de identidad y de imagen, desesperación, tendencia al aislamiento, comportamiento hostil, falta de organización, consumo de alcohol y/o drogas y algunas veces suicidios u otros trastornos psiquiátricos (Senado de Chile, 2008b: p. 2).

²¹ Precisiones terminológicas: respecto de los términos “custodia” y “guarda” utilizados por la doctrina y jurisprudencia extranjera deben ser entendidos en forma similar a la expresión cuidado personal utilizada por el legislador chileno. También debemos precaver, como señalamos anteriormente, que en la mayoría de las legislaciones extranjeras no existe la dualidad entre patria potestad y autoridad paterna, sino que el concepto de patria potestad engloba las relaciones jurídicas relativas a la persona de los hijos como respecto de sus bienes.

5.1.1. Sistema de Custodia Conjunta

El cuidado personal compartido conjunto es el “coejercicio de la responsabilidad paterno- filial, pues ambos padres coejercen el cuidado del hijo y sólo uno de ellos es el cuidador unilateral, esto es, su cuidador directo”²⁴ (Godoy, 2003: p. 325). Por lo tanto, el niño, niña o adolescente residirá en el domicilio de uno de sus padres, pero las decisiones²⁵ y deberes²⁶ para con los hijos serán tomadas y distribuidas de común acuerdo (Gómez de la Torre, 2007: p. 147).

La profesora Lathrop señala que este sistema presupone un concepto amplio de cuidado personal²⁷, ya que no comprendería solo el cuidado directo del hijo sino todos los derechos y deberes que genera la relación paterno-filial (2005: 78).

Además, este sistema sólo se aplicaría en países que consagran bajo la denominación de patria potestad las relaciones patrimoniales y personales de los hijos, ya que ambos padres serán titulares de la patria potestad aunque sólo uno de ellos la ejerza, en cambio, en la noción dual chilena la patria potestad y la atribución del cuidado personal van juntas, por lo tanto, aquel padre que tiene el cuidado personal del hijo ejerce el resto de sus derechos personales y patrimoniales, salvo que por acuerdo o resolución judicial fundada en el interés del hijo se otorgue al otro padre la patria potestad, como lo indica el artículo 245 del Código Civil²⁸ (Lathrop, 2005: p. 79).

²² Decimos que principalmente son dos, ya que, a partir, de ellos se pueden encontrar otras modalidades, que son en mayor o menor medida variaciones de los dos principales. Uno de ellos es el conocido como *Birdnesting* (buscando el nido) que consiste en que los hijos residen en un lugar permanente, y son los padres los que se alternan en su convivencia (Ibáñez, 2004: p. 5).

²³ Dicha distinción se encuentra en la mayoría de los autores consultados, a modo de ejemplo: Gómez de la Torre, 2007: p. 146; Lathrop, 2005: p. 78; Ibáñez, 2004: p. 4.

²⁴ Me parece importante distinguir entre: custodia física, que es el derecho de dar cuidado diario al niño, niña o adolescente y que se traduce en la cohabitación, de la custodia legal, entendida como el derecho otorgado a los padres para tomar decisiones sobre la crianza, educación, instrucción religiosa, etc. (FindLaw)

²⁵ Tales como la formación religiosa, las de carácter médico y económicas en ciertos casos si el menor posee bienes.

²⁶ Nos referimos a la ayuda en los deberes escolares, o recreación, entre otros.

²⁷ El concepto restringido sería aquel derecho-función de convivencia habitual entre cada progenitor y su hijo (Lathrop, 2005: p. 78).

²⁸ Art. 245. Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, de conformidad al artículo 225.

Sin embargo, por acuerdo de los padres, o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse al otro padre la patria potestad. Se aplicará al acuerdo o a la sentencia judicial, las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente.

Por lo tanto, en nuestro país no tendría lugar este sistema de custodia conjunta sin una modificación previa del concepto de patria potestad, que en la actualidad, tiene un contenido únicamente patrimonial, como lo hemos señalado anteriormente.

5.1.2. Sistema de Custodia Alterna o Sucesiva

Este sistema “permite que el hijo conviva con cada uno de los progenitores por períodos alternos o sucesivos, entendiéndose que en cada uno de dichos lapsos el padre o madre respectivo es quien ejerce el cuidado personal, pudiendo el otro disfrutar de un régimen de comunicación con el hijo durante el tiempo que no conviva con este” (Lathrop, 2005: p. 80).

Respecto al tiempo durante el cual el niño, niña o adolescente deba vivir con cada uno de sus padres no existe un modelo predeterminado, pueden ser días, meses o semanas. Según la profesora Gómez de la Torre, este periodo será determinado según “la organización y posibilidades de cada familia en singular” (2007: p. 147). Tampoco existe una obligación preestablecida respecto a que la distribución de este tiempo sea igual entre los padres.²⁹

Hoy en día éste sistema de custodia compartida es el más utilizado a nivel mundial, ya que supera uno de los inconvenientes que presenta el sistema de custodia conjunta que es el crear una relación limitada a los fines de semana entre el hijo y el padre que no tiene su tenencia física (S.O.S. Papa (a); Lathrop, 2005: p. 82).

5.1.3. Ventajas y Desventajas en comparación al sistema de cuidado personal unilateral³⁰.

²⁹ Sin embargo, la institución norteamericana *Children`s Rights Council* desarrollo un modelo orientador para determinar la frecuencia del contacto que deben tener los hijos con sus padres atendiendo a la edad del niño: en los menores de 1 año: se recomienda una parte del día; de 1 a 2 años: días alternos; de 2 a 5 años: no más de 2 días seguidos sin ver a cada uno de los padres; de 5 a 9 años: se recomienda una alternancia semanal con medio día de convivencia con el progenitor no conviviente durante esa semana; y por último, con más de 9 años: alternancia semanal. (Organización amor a papá: “Custodia compartida: una alternativa contra la disolución de la familia”).

³⁰ Entendemos por cuidado personal unilateral, monoparental o exclusivo, por regla general, aquel que otorga la custodia exclusiva a uno de los progenitores, con derecho de visitas para el no custodio (Ibáñez, 2004: p. 4).

Ventajas:

El objetivo fundamental de todo sistema de atribución de cuidado personal debe ser, sin lugar a dudas, el interés superior del niño, niña o adolescente, por lo que respecto de las ventajas de los sistemas de custodia compartida expondremos primeramente los efectos positivos que genera directamente en los niños, y a continuación, las ventajas generales. A saber:

1. Los sistemas de custodia compartida se caracterizan por prolongar la forma de vida que tenía el niño, niña o adolescente antes de la ruptura y atenuar los efectos que la separación de los padres produce en los hijos, ya que “es la modalidad que con menos dificultades rescata y preserva la situación de vida del niño, previa a la ruptura (Lathrop, 2005: p. 88), pues cuenta con el beneficio para el hijo de permanecer en contacto con ambos padres, lo que “reduce el sentimiento de pérdida que con el sistema de cuidado personal unilateral sufre el padre no titular de tal derecho y el hijo” (Pérez, 2006: p. 526).
2. “La custodia alterna puede enriquecer el mundo social, afectivo y familiar del hijo” (Lathrop, 2005: p. 88), los autores señalan que mejora su capacidad de adaptación a su entorno, les permite desarrollar mayores aptitudes sociales, y en definitiva, contara con ambos padres para satisfacer sus necesidades afectivas, lo que reducirá su sentimiento de pérdida y afianzara los lazos afectivos con ambos progenitores (S.O.S. Papa (b)).
3. “Responsabiliza a los dos padres de la educación del hijo y no rompe el vínculo del niño con ninguno de ellos” (Gómez de la Torre, 2007: p. 147).
Estos sistemas de custodia compartida promueven un rol más activo y de mayor compromiso de parte de los progenitores, pues les permite participar de manera directa e igualitaria en la crianza y educación de sus hijos, lo que requerirá de una visión de conjunto respecto de la formación que se le entregara.

Esto a diferencia con la custodia exclusiva, en que el padre no custodio se limita a ser un compañero de juegos de fin de semana, y que no tiene ninguna participación en las decisiones educacionales, religiosas, ni siquiera cotidianas respecto de la vida de su hijo.

4. En caso que los padres vuelvan a tener parejas, los niños se sienten protegidos ante posibles hostilidades de las nuevas parejas de sus progenitores, esto debido al grado de confianza que se genera entre el niño, niña o adolescente con ambos padres.

Su adopción también genera beneficios en cuanto política legislativa:

5. “Es el sistema que más se apega a los principios de igualdad entre los progenitores y de corresponsabilidad parental” (Lathrop, 2005: p. 87), por lo que se presenta como un sistema más equitativo que el de cuidado exclusivo, ya que favorece la participación de ambos padres en la crianza de sus hijos y los mantiene informados acerca de sus necesidades cotidianas; lo que en definitiva permite generar “lazos afectivos estables y estrechos con ambos progenitores y ambas familias” (S.O.S Papa (b)) que darán mayor estabilidad emocional al niño, niña o adolescente.

A mayor abundamiento autoras como Pérez Contreras señalan que este sistema hace “efectivos los principios de igualdad y no discriminación en la ley y ante la ley” (2006: p. 526)

6. Los sistemas de custodia compartida incentivarían la comprensión mutua entre los progenitores, ya que deben aprender a cooperar entre si para solucionar los problemas que presentan en la vida cotidiana del niño (Lathrop, 2005: p. 89).

Por otro lado, Ibáñez señala que la custodia compartida no parece disminuir ni incrementar el conflicto en relación con el sistema de custodia exclusiva, pero si permitiría mayores niveles de comunicación entre los progenitores, lo que sin duda, favorece al interés superior del niño, pues la comunicación es la base de un buen entendimiento, y el primer paso en busca de la solución del conflicto (2004: p. 10).

7. También se señala que los sistemas de custodia compartida permiten a los padres tener más tiempo libre para su vida personal y desarrollo profesional, pues están presentes ambos progenitores para responder y satisfacer las necesidades que puedan experimentar sus hijos, con lo que se evitan dinámicas de dependencia del padre o madre con el hijo que tienen bajo su cuidado, él cual se transformaría “en la única razón de vivir de su progenitor” lo que puede producir ciertos sentimientos negativos en los niños, como pueden ser: el miedo al abandono o sentimientos de culpa (Padres y madres en acción: p. 3).

Desventajas:

1. La principal y fundamental crítica que se hace a estos sistemas “es la inestabilidad que la custodia sucesiva provoca en todos los aspectos de la vida del hijo” (Lathrop, 2005: p. 90), lo que contradice su interés superior.

El peregrinaje del hijo de un lugar a otro, la convivencia itinerante con su madre y padre, no permitiría al niño, niña o adolescente contar con un punto de referencia estable, ya que cada cierto tiempo deberá mudarse de la casa de un padre a otro. Sin embargo, la profesora Lathrop señala que la judicatura muchas veces por dar demasiada importancia a la estabilidad física del niño sacrifica su estabilidad emocional, al no permitirle contar con ambos padres en su desarrollo (2005: p. 94).

2. El interés superior de los niños, niñas y adolescentes, es el principio rector en materia de cuidado personal de los hijos, y debe prevalecer sobre el principio de igualdad de los padres.

Esta crítica se basa en que éstos sistemas tienen por objeto procurar una equiparación en los derechos de los progenitores, pero no de anteponer el bienestar de los hijos o hijas, pues la custodia compartida provoca inestabilidad en los niños por la falta de dirección en su crianza y educación, lo que perjudicaría su normal desarrollo, y, por lo tanto, atentaría contra su interés superior.

En tanto, en un sentido contrario, otros autores como Gómez de la Torre señalan que los sistemas de custodia compartida privilegian la conveniencia del hijo, es

decir, su interés superior, por sobre las disputas que pueden producirse entre los padres (2007: p. 147).

3. Los sistemas de custodia compartida tienen un carácter temporal, pues, como señala Ragel “este régimen solo puede ser eficaz durante la primera etapa en la vida de un niño, mientras el protagonismo de los padres es casi total, pues cuando alcance la adolescencia, periodo en el que concede mayor valor a las amistades localizadas en un espacio geográfico concreto, producirá el rechazo a medida que afecten estas relaciones” (2001: pp. 318 - 319).
4. Carrasco Perera, señala, que la posibilidad de que los padres puedan solicitar a la judicatura la adopción de un sistema de custodia compartida perjudica a las madres, ya que ellas valoran mucho más la relación con sus hijos que los padres, por lo que estarían dispuestas a renunciar a todos los beneficios que por ley obtienen con el divorcio o separación³¹, en tanto, el padre no solicite la custodia sucesiva (2004).
5. “En situaciones de elevado conflicto interparental, la custodia compartida puede ser perjudicial a causa de la continua exposición del niño al intenso enfrentamiento” entre los padres (Ibáñez, 2004: p. 13).
6. Estos sistemas presentan inconvenientes prácticos para su normal ejecución, como lo son: un mínimo entendimiento por parte de los progenitores y la proximidad de domicilios, ya que sin estos requisitos mínimos, resulta prácticamente imposible cumplir los objetivos que dichos sistemas de custodia compartida persiguen.

5.1.4. Requisitos de procedencia de los sistemas de custodia compartida

Para que estos sistemas tengan eficacia práctica se necesitan ciertos presupuestos básicos, que a continuación procederé a enunciar³²:

³¹ Tales como: pensiones, compensaciones económicas, bienes matrimoniales.

³² Estos requisitos no son estáticos ni taxativos.

1. Interés superior del niño, niña o adolescente.

Aunque resulte obvio es importante mencionarlo, pues no en todos los casos la custodia compartida será pertinente, por ejemplo: en caso que uno de los padres maltrate a su hijo, o lo exponga a situaciones de peligro.

Sin embargo, un juez, sólo podría denegar un acuerdo de custodia compartida convenido por los progenitores, en virtud de estas circunstancias especiales, es decir, vinculadas al bienestar físico y emocional del hijo, no bastando el mero prejuicio, a priori, de que dicho sistema es perjudicial.

2. Un mínimo de entendimiento efectivo entre los progenitores.

La custodia compartida no funciona si no hay acuerdo y colaboración entre los progenitores, ya que éste sistema parte de la base de un mínimo de entendimiento entre padre y madre, o a lo menos, niveles aceptables de comunicación, ya que si bien, no podemos desconocer que las causas propias de la separación o divorcio se encuentran en diferencias irreconciliables, esto no impide que los padres puedan optar por un buen trato basado en una visión pro hijo³³. En nuestro país, los divorcios de común acuerdo son un ejemplo de esta última situación, ya que se les exige a los solicitantes un acuerdo completo y suficiente que regule las relaciones mutuas entre los cónyuges y respecto de los hijos (Art. 55 inc. 2 Ley N° 19.947).

3. Residencias cercanas o geográficamente compatibles³⁴.

“La custodia compartida es impracticable si los padres no viven en la misma ciudad” (Rodríguez Pinto, 20009: p. 236), esto principalmente por dos razones: la primera de ellas apunta a la estabilidad emocional del menor, ya que significaría cambiar de amigos, colegio, en definitiva toda su forma de vida; y la segunda razón, es que largas distancias disminuirían el régimen comunicacional y de visitas con el padre que no lo tiene bajo su cuidado, ya que al no estar en la misma ciudad se vera irremediabilmente reducido o entorpecido, cuestión que claramente rechaza el mismo sistema de custodia compartida.

³³ En tal sentido: SAP de las Palmas N° 327 (2004), SAP de Barcelona N° 140 (2004)

³⁴ Encontramos antecedentes en la legislación española, SAP de Girona N° 108 (2001)

4. Condiciones habitacionales similares³⁵

Esto principalmente con el objeto de asegurar la estabilidad física y emocional del niño, niña o adolescente, ya que en cada vivienda se deberá cubrir sus necesidades materiales de una manera similar con el objeto de atenuar los efectos negativos del cambio y que no se sientan de visita o de paso en las casas de los respectivos padres.

5.2. Mención a los criterios para determinar la custodia compartida³⁶

El juez, además de los requisitos señalados anteriormente, debe tener en cuenta una serie de criterios para determinar la conveniencia de adoptar una modalidad de custodia compartida, o bien, un sistema de custodia exclusivo.

En interés del niño, niña o adolescente, el juez, deberá realizar un análisis caso a caso de lo mas beneficioso para los niños, tal como lo señala Lathrop “el interés superior del niño es un concepto indeterminado; que solo adquirirá real dimensión al aplicarse al caso concreto, atendida las circunstancias personales y familiares concurrentes” (2005: p. 95), es por esto, que sólo una valoración detallada de las circunstancias especiales de cada niño será la única forma de preservar dicho principio esencial.

Entre los criterios que debe estimar el juez para fundar su decisión podemos mencionar: la estabilidad del menor, su edad, la opinión del niño, la no separación de los hermanos, la actividad u ocupación de los progenitores en atención al tiempo libre real que disponen para su cuidado, la conducta de los progenitores, la convivencia de los progenitores con una nueva pareja, y situaciones de enfermedades que padezca alguno de los padres, o bien, el hijo, entre otros razonamientos.

³⁵ Comparten este criterio autores como Godoy Moreno, 2003: pp. 340 – 341; Lathrop, 2005: p. 105 y Rodríguez Pinto, 2009: p. 236.

³⁶ Para más información remitirse a Clavijo Suntura, 2008: pp. 141 – 170.

6. Conclusión

A continuación, una vez analizado el sistema de cuidado personal establecido en nuestro ordenamiento jurídico y en la legislación extranjera; los estándares requeridos en tratados y convenciones internacionales, y revisar las ventajas y desventajas de la custodia compartida podemos realizar las siguientes conclusiones:

El principio del interés superior del niño, niña o adolescente es el elemento esencial que debemos tener en cuenta para regular todas las materias que competen a las personas menores de edad. Si bien, resulta ser un concepto indeterminado, es claramente identificable en la realidad concreta de cada caso, he ahí su importancia, y el porque no es conveniente para las legislaciones adoptar posiciones *a priori* respecto de todas las materias que competen a los niños.

En materia de cuidado personal no encontramos verdades absolutas, salvo el principio del interés superior del niño, ya que las corrientes que postulan a favor de una u otra posición usan los mismos argumentos *a contrario sensu*, por lo tanto, al tomar lugar por alguno de estos puntos de vistas debemos hacer un ejercicio de valoración respecto al coste dispuesto a sacrificar, por ejemplo: la estabilidad física del menor versus su estabilidad emocional en el caso de optar entre la custodia exclusiva y la compartida.

De un análisis sistemático de las normas sobre cuidado personal establecidas en el Título IX del Libro I del Código Civil, podemos concluir que, por regla general, se adecuan a los parámetros internacionalmente establecidos por la CDN³⁷. Sin embargo, las soluciones que presentan para las hipótesis de padres separados, especialmente en los Art. 225 y Art. 228 resultan insuficientes, y contradicen principios constitucionales.

En este sentido, el Art. 228 debiera modificarse, pues contradice claramente las normas establecidas en la CDN, principalmente el interés superior del niño, y su derecho a vivir junto a sus padres.

³⁷ Esto principalmente por la reforma a este título hecho por la Ley N° 19.585, que se sin duda, la más importante reforma que ha sufrido el Código Civil Chileno durante su vigencia.

Sólo podría prohibirse al hijo vivir en el hogar común, en virtud de una resolución judicial fundada que lo estime conveniente, atendiendo las particularidades del caso, y mediante una petición expresa del cónyuge no progenitor, ya que la aversión de este último contra el menor, pondrá inexorablemente al niño en un estado de indefensión que se debe preveer.

En tanto, el Art. 225 de nuestro Código Civil contempla tres tipos de atribución de cuidado personal, siendo todas ellas objeto de críticas, a saber:

A. Respecto a la atribución Convencional³⁸: se crítica la frase “uno o mas hijos”, pues mediante acuerdo los padres podrían separar hermanos, cuestión que contraria a su interés superior. Es criticado también que en estos acuerdos el niño no es oído, lo que contradice el Art. 12 de la CDN.

B. Respecto a la atribución Judicial³⁹: Si bien, con la modificación contenida en la Ley N° 19.585 ya no es necesario probar la inhabilidad de la madre para obtener por parte del padre el cuidado personal del hijo, no es menos cierto, que el probar maltrato, descuido u otra causa calificada por parte de la madre, es decir, su falta de idoneidad producirá el mismo pernicioso efecto que se quiso preveer, además de un distanciamiento entre ellos, que terminara afectando la relación entre el padre y el hijo que no esta bajo su custodia.

El problema principal de esta solución normativa que ha elegido nuestro legislador es que estos mecanismos de protección del niño, necesarios en caso de estar sometidos a cualquiera de estas circunstancias, resultan ser, hoy en día, la única opción de un padre para obtener el cuidado personal de sus hijos, lo que corrompe el sistema, y en definitiva, originan un mal uso de ellos.

C. Respecto a la atribución Legal Supletoria⁴⁰: Esta es la norma más controvertida de todo el análisis efectuado a la normativa relativa al cuidado personal de los hijos.

³⁸ Art. 225 inc. 2 Código Civil.

³⁹ Art. 225 inc. 3 Código Civil.

⁴⁰ Art. 225 inc. 1 Código Civil

Hay autores⁴¹ que defienden dicha solución normativa argumentando: que reduce la litigiosidad y judicialización; y fomenta el acuerdo entre los padres.

Rechazo dicha afirmación, ya que una solución de este tipo:

En primer lugar no pone el énfasis en el interés superior del niño, no podemos presumir que siempre lo más favorable para el niño es estar con la madre, por lo que no valora sus circunstancias particulares, es decir, establece normas estáticas y a priori sobre una situación indeterminada; tampoco se atiende ni es escuchada la opinión del menor.

En segundo lugar: concede a la madre una ventaja procesal tácita sobre el padre, ya que el padre tendrá que entrar a probar la inidoneidad de la madre, no contemplando una solución para el caso en que ambos padres sean igualmente idóneos. Por lo demás, no podemos olvidar que la judicatura ha dado fiel cumplimiento al texto legal por sobre consideraciones realizadas en consideración al interés superior del niño.

En tercer lugar: Respecto a la judicialización, no debemos olvidar que el Art. 106 de la ley N° 19.986 establece la mediación obligatoria respecto del cuidado personal de los hijos, por lo que en muchos casos, estos acuerdos serán sólo revisados por el juez, mas no resueltos contenciosamente.

En cuarto lugar: Los problemas de constitucionalidad que adolece dicha norma no son pocos, en primer lugar contraviene el principio del interés superior del niño, y en segundo lugar el de igualdad ya que el padre tiene el mismo derecho para criar a sus hijos, o a lo menos, participar de su crianza

Lo más apropiado en materia de atribución legal supletoria sería optar por un criterio imparcial, como sería atribuir el cuidado personal del hijo al padre o madre que lo

⁴¹ En tal sentido Rodríguez Pinto ,2009^a: pp. 558 – 561.

tenía bajo su custodia antes y/o durante el proceso de separación, atendiendo a su interés superior, procurando un sistema amplio de visitas con el progenitor que no lo tenga bajo su cuidado. Esta solución resuelve de manera más real el problema, y pone en el centro el interés superior del hijo.

Por lo demás, resulta trascendental en la formación y desarrollo del niño, niña o adolescente el poder compartir, e interactuar directamente con ambos padres, Art. 9 de la CDN, y que el divorcio o separación de los padres no se transforme también en una separación del progenitor respecto de su hijo. La necesidad de la relación entre el padre no custodio y su hijo, no es algo antojadizo, sino que ha sido reconocida por siquiátras y sicólogos, siendo una de las manifestaciones más conocidas: el síndrome de alienación parental.

Es por esta razón, que hoy en día se han alzado voces en contra del sistema de cuidado personal monoparental, y han elogiado las ventajas de los sistemas de custodia compartida, cuestión que como señalamos anteriormente no son criterios absolutos.

Respecto a la viabilidad del cuidado personal compartido en Chile, debemos señalar que un análisis de lege lata nos permite colegir que no se contempla dicha posibilidad en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que el Art. 225 inc. 2 solo tiene por objeto que el cuidado personal pase de la madre al padre, y no la tuición conjunta, por lo que este acuerdo debe ser declarado nulo (Rodríguez Pinto, 2009b: p. 238).

En contra de esta posición, una interpretación de lege ferenda⁴² sostiene que el Art. 21 de la Ley N° 19.947 que trata sobre los acuerdos regulatorios, introduce mayor autonomía a las partes en materia de familia y, por lo tanto, permitiría la aplicación de un sistema de custodia compartida, sin embargo, no estoy de acuerdo con dicha postura, ya que no podemos olvidar que el juez puede desconocer dicho acuerdo y que es muy difícil, sino imposible, que lo admita tendiendo en cuenta que nuestra legislación no lo contempla de forma expresa.

⁴² Lathrop, 2005: p. 110 - 111

Por las razones expuestas en el párrafo anterior, veo la necesidad de modificar⁴³ el Art. 225 de nuestro Código Civil, con el objeto de establecer la custodia compartida, no como una regla general, ya que como vimos anteriormente para su eficaz funcionamiento depende de factores prácticos como afectivos, sino como la opción mas conveniente para el hijo, debiendo el juez debe promoverla, en dos sentidos:

- Con el objeto que las partes lo acuerden si cumplen los requisitos antes señalados.
- O bien, aunque los padres no lo acuerden, en caso que el progenitor no custodio lo solicite, siendo ambos padres igualmente aptos, y cumpliendo los requisitos ya mencionados, sea una opción viable, sino preferente .

Si bien, aunque no se haya experimentado un incremento de la custodia compartida en los países en que es permitida , no se puede desconocer, que las reformas legales que las han consagrado han generado un efecto pedagógico y promocional de las mismas, siendo dicho efecto beneficioso tanto para los hijos como para ambos padres.

Por último, respecto de los casos en que la custodia compartida no sea procedente, resulta importante atender a criterios como el del “cónyuge más generoso”, en virtud del cual, se entregara el cuidado personal de los hijos a aquel de los padres que promueva más la relación entre el hijo y el padre no custodio, esto está en concordancia con lo que propone el boletín 5793 – 07 (2008) que señala que se “deberá solicitar el consentimiento de ambos padres en todas las decisiones que afecten o puedan afectar gravemente la forma de vida del menor como las relativas al colegio en que se educa, lugar de habitación, sistema de salud al que se adhiere, entre otras”, con esto se evita que el padre no custodio sea solo un compañero de juegos de fin de semana, también permitirá estrechar vínculos afectivos entre ellos, y en general atenderá, a lo más importante, el interés superior del niño.

⁴³ En este sentido: Boletín 5197-07, Boletín 5793-07 , Boletín 1060-07, Boletín 5917-18

Bibliografía

Libros:

1. Abeliuk Manasevich, René (2000): *“La filiación y sus efectos”*, tomo 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
2. Álvarez Cruz, Raúl (1999): *“La filiación y otras reformas al Código Civil”*, Editorial Alfabetas Artes Gráficas, Santiago, Chile.
3. Bavestrello Bontá, Irma (2003): *“Derecho de menores”*, segunda edición actualizada, editorial Lexisnexis, Santiago, Chile.
4. Cid Droppelmann, Alejandra (2005): *“Tratado de la tuición y derechos del niño”*, editorial Parlamento Ltda., Santiago, Chile.
5. Gómez de la Torre Vargas, Maricruz (2007): *“El sistema filiativo chileno”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
6. Lathrop Gómez, Fabiola (2005): *“Cuidado personal de los hijos”*, editorial PuntoLex S.A., Santiago, Chile.
7. Ramos Pazos, René (2007): *“Derecho de Familia”*, tomo 2, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
8. Schmidt Hott, Claudia y Veloso Valenzuela, Paulina (2001): *“La filiación en el nuevo derecho de familia”*, editorial Conosur, Santiago, Chile.
9. Troncoso Larronde, Hernán (2006): *“Derecho de familia”*, editorial Lexisnexis, Santiago, Chile.

Artículos:

1. Álvarez Cid, Carlos (1998): “Derechos y obligaciones entre padres e hijos, en particular la autoridad paterna”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, Concepción, año LXVI, N° 204.
2. Aguilar Cavallo, Gonzalo (2008): “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista de Estudios Constitucionales del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, año 6, N° 1, pp. 223 – 247.
3. Baeza Concha, Gloria (2001): “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la Jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 2, pp. 355 – 362.
4. Barros Bourie, Enrique (1999): “Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la familia”, en *El nuevo estatuto de filiación en el código civil chileno*, Fundación de la facultad de derecho de la Universidad de Chile, Santiago.
5. Carrasco Perera, Ángel (2004): “Custodia Compartida”, en *Revista de actualidad jurídica Aranzadi*, N° 648, Parte Tribuna, Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, España.
6. Cillero Bruñol, Miguel (1999): “El interés superior del niño, en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño”, en *Justicia y derechos del niño*, N° 1, pp. 45 – 61.
7. Corral Talciani, Hernán (2005): “La familia en los 150 años del Código Civil Chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32, N° 3, pp. 429 – 438.

8. Fiegelist Venturelli, Boris (2008): “La mediación previa y obligatoria en los tribunales de familia establecidos por la ley 20.286. Un análisis comparativo”, en *Revista de derecho de la Universidad de Concepción*, Concepción, Año LXXVI, N° 223 – 224.
9. Godoy Moreno, Amparo (2003): “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada”, en *Libro diez años de abogados de familia*, editorial La Ley-Actualidad, Madrid, España, pp. 315 – 342.
10. Illanes Valdés, Alejandra (2008): “Principios orientadores del derecho de menores”, en *Colección de estudios de derecho civil, en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo*, Valparaíso Ediciones Universitarias, Valparaíso, pp. 197 - 214.
11. Lathrop Gómez, Fabiola (2009): “La corresponsabilidad parental”, en *Estudios de derecho civil IV. VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil – Universidad Diego Portales – Olmué – 2008*, Editorial LegalPublishing, Santiago, Chile, pp. 207 – 232.
12. Pérez Contreras, María de Montserrat (2006): “Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. La custodia compartida y las reformas de 2004”, en *Boletín Mexicano de derecho Comparado*, nueva serie, año 39, N° 116, pp. 5.1 – 534.
13. Quintana Villar, María Soledad (2009): “Legislación y jurisprudencia sobre el cuidado personal del niño y la relación directa y regular con él”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Vol. XXXIII.
14. Rodríguez Pinto, María Sara (2009a): “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: Criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36 – N° 3, pp. 545 - 586.

_ (2009b): La tuición compartida o alternada en Chile. Conflictos entre el interés superior del niño y los intereses de los padres separados, en *Estudios de derecho civil IV. VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil – Universidad Diego Portales – Olmué – 2008*, Editorial LegalPublishing, Santiago, Chile, pp. 233 - 240.

15. Troncoso Larronde, Hernán (1998): “Patria Potestad”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, Concepción, año LXVI, N° 204.

16. Turner Saelzer, Susan (2004): “Comentario: Sentencia Sobre Determinación de la Titularidad del Cuidado Personal de los Hijos Menores (Corte de Apelaciones de Santiago)”, en *Revista de Derecho. Universidad Austral*, Valdivia, Vol. XVII, pp. 273 – 278.

17. Zermatten, Jean (2.003):”El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico”, en “*Informe de Trabajo 3*”, del Institut International des droits de l’enfant, pp. 1-30.

Documentos electrónicos:

1. Aguilar, José Manuel (2009): “En un tercio de los divorcios sin acuerdo, la madre pone al niño en contra del padre”. Disponible en: <http://blogs.diariosur.es/mimulus-mimulus/2009/2/24/jose-manuel-aguilar-cuenca-un-tercio-los-divorcios-sin>. Fecha última consulta: 9 junio 2010.

2. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones: “La Mediación Familiar, Conceptos Generales Y Legislación Extranjera (Proyecto De Ley Argentino, Unión Europea, España -Cataluña-, Estados Unidos -California- y Canadá - Ontario Y Quebec), serie estudios año Xiii, N° 278, Santiago De Chile, Julio De 2003. Disponible en: <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/med-familiar-conceptos-generales.pdf>. Fecha última consulta: 1 junio 2010.

3. Cámara de Diputados de Chile (2.008): “Boletín N° 5917-18 que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados”, ingreso de proyecto mediante moción de 12 de junio de 2008 en Primer Trámite Constitucional. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>. Fecha de última consulta: 25 abril de 2010.
4. Clavijo Suntura, Joel Harry (2008): “Tesis Doctoral El interés del menor en la custodia compartida”, en *Facultad de Derecho Universidad de Salamanca*. Disponible en: <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/tesis-2008-interes-menor-custodia-compartida.pdf>. Fecha última consulta: 20 Agosto 2010.
5. FindLaw: “Tipos de custodia”, en FindLaw en español. Disponible en: <http://espanol.findlaw.com/ley-de-familia/custodia-de-menores/custodia-de-menores-custodia-cpnjunta.html>. Fecha última consulta: 5 agosto 2010.
6. Ibáñez Valverde, Vicente J. (2004): “El laberinto de la custodia compartida”. Disponible en: <http://www.apadeshi.org.ar/ellaberintoCC%5B2%5D.pdf>. Fecha última consulta: 3 agosto 2010.
7. Joel R. Brandes en el New York Law Journal (2000): “Alienación Parental”. Disponible en: <http://sindromedealienacionparental.apadeshi.org.ar/brandes.html>. Fecha última consulta: 7 junio 2010.
8. Organización amor a papá: “Custodia compartida: una alternativa contra la disolución de la familia”. Disponible en: <http://www.amordepapa.org/custodia-compartida>. Fecha última consulta: 10 agosto 2010.

9. Padres y madres en acción: “Custodia rotativa, frente a custodia monoparental: conciliación de la igualdad de los progenitores con el interés del menor”. Disponible en: <http://www.padresdivorciados.es/>. Fecha última consulta: 05 Agosto 2010.
10. Ragel Sánchez, Luis Felipe (2001): “*La guarda y custodia de los hijos*”, en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, N° 15, pp. 501 – 534. Disponible en: <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/guarda-y-custodia-compartida-de-los-hijos.pdf>. Fecha última consulta: 10 Agosto 2010.
11. Scala, Jorge (2003): “Efectos del divorcio según las estadísticas. Propuestas superadoras”, en *Prolife World Congress*. Disponible en: http://www.prolifeworldcongress.org/index.php?option=com_content&task=view&id=34&Itemid=1. Fecha última consulta: 1 junio 2010.
12. Senado de Chile (1996): “Boletín N° 1060-07 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y Reglamento del Senado que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, evacuado el 20 de noviembre de 2006 en Segundo Trámite Constitucional. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>. Fecha de última consulta: 25 abril de 2010.
13. Senado de Chile (2008b): “Boletín N° 5793-07 que modifica el Art. 225 del Código Civil para proteger al menor en casos que los padres vivan separados”, ingreso de proyecto mediante moción de 2 de abril de 2008 en Primer Trámite Constitucional. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>. Fecha de última consulta: 25 abril 2010.
14. Senado de Chile (2007): “Boletín N° 5197-07 que modifica el Art. 225 del Código Civil en relación al cuidado personal de los hijos”, ingreso de proyecto mediante moción de 11 de julio de 2007 en Primer Trámite Constitucional. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/indx.html>. Fecha de última consulta: 25 abril 2010.

15. Servicio de Registro Civil de Identificación de Chile (2.009): “Estadísticas con enfoque de género”. Disponible en: http://www.registrocivil.cl/Estadisticas_enfoque/estadisticas_enfoque_1.html.

Fecha última consulta: 28 abril 2010.

16. S.O.S. Papá (a): Asociación pro derechos del niño: “La custodia compartida en el mundo civilizado”. Disponible en: <http://www.sospapa.es/custodiacompartidaenpaisescivilizados.html>. Fecha última consulta: 17 agosto 2010.

– (b): “En que consiste la custodia compartida”. Disponible en: <http://www.sospapa.es/enqueconsistelacustodiacompartida.html>. Fecha última consulta: 17 agosto 2010.

Jurisprudencia:

1. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (2006): Caso Vidal con Monsalve, Rol N° 5341.
2. SAP de Girona N° 108 (2001): Aranzadi Civil 2001/1827.
3. SAP de las Palmas N° 327 (2004): Prov. 2004/120706
4. SAP de Barcelona N° 140 (2004): Prov. 2004/119161