



**UNIVERSIDAD DE VALPARAISO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**



Tesina Carrera de Derecho

**Los proyectos de ley que modifican el régimen de cuidado personal de los hijos de padres separados ¿resuelven los problemas que presenta nuestra legislación?**

**Autoras: Ruby Montecinos Salinas**  
**Vanessa Pérez Hidalgo**

**Profesora Guía: Muriel Sabioncello Soto**

Noviembre  
2011

## ÍNDICE

	INTRODUCCION.	8
I	SISTEMA ACTUAL DEL CUIDADO PERSONAL EN CHILE	10
1	Referencia a la Convención de los derechos del niño	10
2	Ordenamiento interno	11
2.1	Normas generales	11
2.2	Artículo 224 Código Civil	12
2.3	Artículo 225 Código Civil	12
2.4	Análisis Crítico artículo 225 Código Civil	14
II	PROYECTOS DE LEY	16
1	Antecedentes Generales de los Proyectos presentados.	16
1.1	Proyecto 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.	16
1.2	Proyecto que introduce modificaciones en el Código Civil, en relación al cuidado personal de los hijos	17
2	Indicación sustitutiva al proyecto formulada por el Presidente de la República.	17
3	Acerca de la discusión en la Comisión y los Acuerdos Adoptados.	19
3.1	Necesidad de legislar.	19
3.2	Artículos e indicaciones rechazadas	19
3.2.1	En cuanto al cuidado personal de los hijos e hijas.	19
3.2.2	En cuanto a la relación directa y regular.	20
3.2.3	En cuanto a la patria potestad.	20
3.2.4	En cuanto a la procedencia de la mediación.	21
4	Informes de la Comisión de Familia.	21

III	CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO	23
1	Clases de custodia.	23
2	Concepto de custodia compartida.	23
3	Fundamento.	24
4	Formas de la custodia compartida.	25
5	Principios de la custodia compartida.	25
5.1.	Igualdad entre padre y madre.	25
5.2.	Corresponsabilidad parental.	26
5.3	Derecho del hijo a la coparentalidad.	26
6	Análisis comparativo de la figura	26
6.1.	Ventajas	26
6.2.	Desventajas.	28
7.	Doctrina comparada.	29
7.1	Francia.	30
7.2	Estados Unidos.	30
7.2.1.	California.	31
7.2.2.	Oregon.	31
7.3.	Italia.	32
7.4.	España.	33
8.	Jurisprudencia Chilena.	35
IV	SINDROME DE ALIENACION PARENTAL	36
1.	Definición.	36
2.	Origen.	36
3.	Elementos.	37
4.	Comportamientos clásicos.	37
5.	Tipos.	38
5.1.	Casos Severos.	38
5.2.	Casos Moderados.	38
5.3.	Casos Leves.	38
6.	Consecuencias.	39
7.	Criticas.	39
8.	Derecho Comparado.	40
8.1.	Consagración explícita.	40
8.1.1.	México, Estado de Aguas Calientes.	40
8.1.2.	Estados Unidos de Norteamérica, Estado de Ohio.	41
8.2.	Reconocimiento Indirecto.	41
8.2.1.	Argentina.	41
8.2.2.	Estados Unidos de Norteamérica, Estado de California.	42

8.3.	Reconocimiento Jurisprudencial.	42
8.3.1.	España.	42
8.3.2.	Canadá.	43
8.3.3.	Tribunal Europeo de Derecho Humanos.	44
9.	Situación en Chile.	46
9.1.	Sentencia del Juzgado de Familia de Coquimbo.	46
9.2.	Sentencia del Juzgado de Familia de Concepción.	47
9.3.	Sentencia del Juzgado de Familia de Temuco.	49
9.4.	Sentencia del Juzgado de Familia de Puente Alto.	49
9.5.	Sentencia del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago.	50
V	PROPUESTA	51
1.	En cuanto al cuidado personal de los hijos de padres separados.	51
1.1.	Legislación.	51
1.2.	Forma de ejercicio.	51
2.	En cuanto al Síndrome de Alienación Parental.	53
3.	Legislación.	53
	CONCLUSIÓN	56
	BIBLIOGRAFIA	58
	ANEXOS	62

## **TABLA DE ABREVIATURAS**

C.C: Código Civil chileno.

CDN: Convención de los Derechos del Niño.

LMC: Ley de Matrimonio Civil.

SAP: Síndrome de Alienación Parental.

## **RESUMEN**

Este trabajo examina la normativa chilena acerca del cuidado personal de los hijos de padres separados así como las modificaciones que pretenden realizarse a esta mediante dos proyectos de ley. Luego analizamos dos formas que innovan en la materia: el cuidado personal compartido y el Síndrome de Alienación Parental. Adicionando además una propuesta conforme a las necesidades actuales en el país.

Menores, Proyectos de ley, Cuidado personal, Cuidado compartido, Síndrome de Alienación Parental.

## INTRODUCCIÓN

La sociedad chilena del siglo XXI ha cambiado, el principal exponente de este cambio es la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que no obstante no encontrarse definida en nuestra legislación siempre se consideró el modelo tradicional, conformado por un matrimonio heterosexual y sus hijos. Sin embargo, hoy no sorprende ver constituidas familias sin vínculo matrimonial, familias monoparentales o familias con padres homosexuales. De modo que, estas han evolucionado a tal punto que nuestro derecho no es capaz de comprender la serie de casos que se presentan.

Por otro lado, con la dictación de la ley número 19.947 se agudizó un tema trascendental, como lo es el cuidado personal de los hijos, uno de los atributos de la autoridad paterna de los padres, entonces ¿Quién poseerá el cuidado personal de los hijos luego de disolverse el vínculo? ¿Cuál será el mejor futuro para el menor?

Nuestro Código Civil en el artículo 224 nos da la solución para dos de las hipótesis que se pueden presentar en la realidad: cuando los padres viven juntos o cuando la filiación ha sido reconocida por un sólo padre o por ninguno. Así “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.

El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez.”

El problema se presenta en el artículo 225 del mismo código, que señala que si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. Esta norma de cuidado personal unilateral ha traído una serie de problemas y críticas, llegando incluso a ser considerada inconstitucional por algunos autores.

Por esto y tomando en consideración que es preciso para el adecuado desarrollo psicológico y emocional de un menor conjugar una serie de factores, siendo uno de ellos la imagen paterna y materna sana, cercana y presente y la convicción de que las responsabilidades familiares deben ser asumidas por ambos padres, consideramos que es preciso que el derecho vaya conforme a estos cambios sociales y solucione los actuales conflictos.

Por consiguiente destacamos proyectos de ley que modifican el Código Civil y otros cuerpos legales, que se encuentran en el primer trámite constitucional en el Congreso Nacional y que discuten sobre la base de dos nuevas figuras en nuestro derecho: El establecimiento de la figura de la tuición compartida y la consagración del Síndrome de Alienación Parental (SAP).

El presente trabajo tiene por objetivo al reconocer la existencia de problemas reales en nuestra sociedad, examinar estos proyectos presentados, con énfasis en las nuevas figuras que estos proponen, junto con lo anterior observar cómo se han consagrado y aplicado en la legislación comparada, de manera de analizar si son efectivos para que el derecho entregue una respuesta a la actual sociedad chilena o si es preciso finalizar con una nueva propuesta que solucione los problemas planteados.

# CAPITULO I

## SISTEMA ACTUAL DEL CUIDADO PERSONAL EN CHILE.

### 1. Referencia a la Convención de los Derechos del Niño.

En el año 1989 se dicta la Convención de los Derechos del Niño (CDN) por las Naciones Unidas, Chile la ratificó el 27 de septiembre del año 1990 , veinticinco días después de su entrada en vigor, con dicha norma internacional, que consta de 54 artículos, se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico cuatro principios fundamentales: la no discriminación, supervivencia, desarrollo y protección, la participación, que consiste en el derecho del menor a expresar su opinión en las decisiones que le afecten, y que sus opiniones se tomen en cuenta y el interés superior del niño, que señala que las leyes y las medidas que afecten a la infancia deben tener primero en cuenta su interés superior y beneficiarlo de la mejor manera posible. Este último principio debe servir de guía en caso de que el menor sufra maltrato, descuido u otra causa calificada según consagra el inciso final del artículo 225 de nuestra ley civil.

Entre los artículos que destacan en el cuerpo legal referido, específicamente al tema de nuestro trabajo, encontramos el artículo 7 de la CDN, que subraya, dentro del amplio marco del reconocimiento del derecho a la identidad, el derecho del niño, "en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos". Por otro lado el artículo 9 en su primer inciso dispone que "los estados partes velaran porque el niño no sea separado de sus padres contra voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determine, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño." Por último, el artículo 18 garantiza el principio por el cual "ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño".

La última fórmula transcrita nos acerca a otro derecho de rango constitucional "cuyo reconocimiento se pone en tela de juicio en materia de tenencia compartida, a saber: la igualdad de los progenitores tanto en los derechos como en los deberes emergentes de la responsabilidad parental. Sin embargo, esta máxima igualdad, que parece aceptarse sin inconvenientes ante la convivencia de los progenitores, es discutida frente a su separación." (Gil, Fama y Herrera, 2006: pp.332-333).

A modo de corolario se puede decir que "la aprobación de la Convención sobre los Derechos de Niño, el 20/11/1989, en el marco de la asamblea general de la ONU, constituye un hito fundamental

en el reconocimiento de los derechos humanos de la niñez. Y decimos, entre otras razones, porque el valor fundamental de la Convención radica en que inaugura una nueva relación entre el derecho y la niñez, relación que se conoce como modelo o paradigma de la "protección integral de derechos". (Gil, et al., 2006: p.536).

## **2. Ordenamiento interno.**

### **2.1. Normas Generales**

Nuestra Carta fundamental consagra a la familia como base piramidal de nuestra sociedad, así el artículo 1 le reconoce su carácter de “núcleo fundamental”. La familia, es una institución que no se encuentra definida en nuestro ordenamiento y que sólo se hace referencia a la misma, en el artículo 815 de la ley Civil, al señalar quienes la comprenderían, “cónyuge y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución. Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia. Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos” pero que sólo sería aplicable al derecho de uso y habitación y en ningún caso constituiría una definición general al respecto.

No es la intención de nuestro trabajo caer en ese problema, debido a que son interminables las discusiones de quiénes conformarían una familia, ya sea, matrimonial, mono parental, heterosexual, homosexual, etc. De lo que no cabe duda, es que una de las partes fundamentales de la misma, son los hijos, quienes como todos los individuos de la sociedad requieren alcanzar su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a sus derechos y garantías. Así lo corrobora el artículo 222 del Código Civil (C.C) que declara “La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

## **2.2. Artículo 224 del C.C.**

En la actualidad en nuestro país el cuidado personal corresponde a un derecho-deber que se enmarca dentro de la llamada autoridad paterna, esta entendida como "El conjunto de derechos y obligaciones de contenido eminentemente moral, existente entre padre e hijos" (Ramos Pazos, 2010: p.458). Nuestras leyes no consagran un concepto para la figura del cuidado personal, sólo nos presentan soluciones a ciertas hipótesis que pueden ocurrir. Así el artículo 224 de nuestro C.C nos presenta los siguientes casos:

1.- Si los padres viven juntos el cuidado personal del menor tocará de consuno a ambos, lo que no presenta mayor problemas.

2.- Si solo existe un padre vivo corresponderá al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos, situación por lo demás que es de toda lógica y no presenta mayor análisis.

3.- En el caso que exista un hijo no concebido ni nacido durante un matrimonio pero que si ha sido reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Esto tampoco presenta mayor estudio puesto que si sólo uno de los padres reconoce al menor, difícilmente el otro esté interesado en la crianza y formación del mismo.

4.- Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez. Se debe destacar que "el hijo de padre y madre desconocidos y aquel cuya filiación no se haya determinado legalmente, aunque en teoría gozan de los derechos concedidos a los hijos, nada pueden exigir de su padre o madre biológicos". (Quintana Villar, 2009: p 152).

## **2.3 Artículo 225 del C.C.**

El caso que sin duda presenta mayor relevancia y discrepancia por parte de la doctrina es el del artículo 225 del mismo Código recién citado, dado que nos señala que si los padres viven separados toca el cuidado personal de los hijos a la madre. Dicha atribución legal será la que nos presenta más reparos y la que será objeto del desarrollo de este trabajo.

Además este precepto nos da la posibilidad que se regule por ambos padres y de común acuerdo, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento. Con todo cabe la posibilidad que cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por

maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez pueda entregar el cuidado personal al otro de los padres.

Por lo que este artículo luego de la reforma de la Ley de filiación, admite tres mecanismos de atribución del cuidado personal de los hijos en supuestos de crisis familiares. El primero es la convención, cumpliendo los requisitos antes señalados, entre el padre y la madre, “vehículo que introduce un mayor margen de actividad a la autonomía de la voluntad que el que existía en la legislación anterior y evita la prematura intervención judicial en el conflicto. La convención es el factor privilegiado por la actual legislación y el más beneficioso de todos”. (Rodríguez Pinto, 2009: p 546). El segundo es la ley, como criterio de atribución supletorio de la voluntad de los padres, y de funcionamiento automático, sin necesidad de intervención judicial. El recurso al juez de familia es la última opción que puede ser a petición de uno de los padres (artículo 225 inciso 3º) o de un tercero, pariente o extraño (artículo 226). “En este ámbito son dos las reglas de adjudicación que ofrece el Derecho chileno: el principio del interés superior del niño y la regla de idoneidad (o, en negativo, inhabilidad) del o de los progenitores que tienen actualmente la tuición por atribución legal o convencional”. (Rodríguez Pinto, 2009: p.565).

En cuanto a la judicialización del cuidado personal del menor, como el artículo 225 no hace la distinción si los hijos, de estos padres separados, son matrimoniales o no, consideramos que se pueden distinguir dos hipótesis:

En primer lugar tenemos los hijos matrimoniales, en que debido a la nueva ley de divorcio, el cuidado personal necesariamente pasa por los tribunales, salvo en el caso del divorcio unilateral que lo veremos en la segunda hipótesis. Así tenemos que “En el marco de un proceso de separación, nulidad o divorcio, las convenciones sobre cuidado personal de los hijos forman parte de los acuerdos reguladores de la vida separada que contempla la Ley 19.947 de 2004 sobre matrimonio civil; y deben incluir un régimen de relación directa y regular con el o los hijos por parte del padre o madre que queda privado de la tuición sobre ellos (artículos 21, 27 y 55 LMC)” (Rodríguez Pinto, 2009: p 549) siendo entonces obligatorio para las partes dicha mención, para dar lugar a la disolución del vínculo, que además deberá ser aprobado por el juez quien velará por el interés superior del menor. Es dable destacar que “el tratamiento jurídico de los menores de edad en los procedimientos de separación o divorcio de sus padres va a estar asentado sobre un principio que no es privativo de este tipo de procedimientos, sino compartido por todo aquel en el que se vea envuelto un menor de edad: el deber de velar por la salvaguarda y realización del interés superior del niño”. (García Garnica, 2008: p.47).

En segundo término, encontramos los hijos no matrimoniales incluyendo en estos los matrimoniales que se encuentren de por medio en una separación de hecho de sus progenitores y en los casos de divorcio unilateral. Esta será la única hipótesis en que a nuestro juicio no se judicializará el cuidado personal y por tanto será posible concretar la regla supletoria de atribución legal materna del artículo 225 que otorga el cuidado personal del menor a la madre, debido a que, como señalamos en los párrafos anteriores, los demás casos quedan resueltos. “En suma, de lo hasta aquí dicho, se desprende que, la mayoría de las veces, la ley pone a los padres en la situación de decidir qué sucede con el cuidado de los hijos, porque les obliga a presentar el acuerdo completo y suficiente que debe ser homologado por el juez, o bien, indirectamente, los pone en la tesitura de evidenciar sus capacidades, porque ha entregado al juez, sobre la base de los antecedentes que los progenitores le hagan llegar o él solicite, resolver al respecto; es decir, los padres deberán, generalmente, hacer llegar ciertos antecedentes que permitan al juez decidir sobre el cuidado personal”. (Lathrop, 2010: p.157).

#### **2.4. Análisis crítico del artículo 225.**

Es por todo esto que el artículo 225 al consagrar la atribución legal del cuidado del menor a la madre como regla supletoria en caso de separación de los progenitores ha sido cuestionado por algunos autores, señalando que hace una discriminación irracional en contra del padre. Así nos señala Alexy que “si no hay razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, está ordenado un tratamiento igual. Si hay razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, está ordenado un tratamiento desigual. Existe diferenciación arbitraria cuando para la diferenciación legal no es posible encontrar una “razón razonable”, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma sea concretamente comprensible.” (2008: p. 396).

¿Cuál es la razón razonable de la norma? Los autores aluden al carácter natural de atribución del cuidado personal del menor a la madre y aun cuando “no podemos negar que la madre, por razones biológicas, está más cerca de su hijo. Que da a luz, que le lacta. Pero ello no puede ser argumento suficiente para que la ley establezca de antemano que es ella la más capacitada. Debe dejarle esta decisión a los padres, mediante acuerdo aprobado debidamente, o al juez directamente, quien debe aplicar el interés superior para decidir quién garantiza mejor su desarrollo o, si el caso lo amerita y están dadas las condiciones, por qué no, ambos”.(Lathrop, 2010: p.179). Esta “regla supletoria de atribución legal materna descarta la discusión sobre las aptitudes para ejercer el cuidado, evitando un pronunciamiento adicional al respecto.” (Lathrop, 2010: p.155).

Es interesante el planteamiento que hace la profesora Lathrop en este punto que señala que “conforme a los principios generales que inspiran la legislación de familia y, en especial, conforme a los postulados de la Convención de los Derecho del Niño, el criterio para determinar la idoneidad de una norma rectora en materia de atribución del cuidado personal, no puede ser otro que el interés superior del niño. Sin embargo, el art. 225 inciso primero C.C. no menciona este principio al establecer la regla supletoria de atribución preferente materna”. (2010: p.161). Esta distinción no obedece a una razón de aptitud, sino que solo alude a una discriminación al género del progenitor. Desde el punto de vista de la igualdad formal, el C.C. establece una discriminación en contra del hombre, diferenciación que no supera el estándar de razonabilidad y de proporcionalidad y que, por lo tanto, constituye una discriminación arbitraria e injusta en su contra.

Según decíamos con anterioridad, el principio del interés superior del niño, como criterio de adjudicación, tiende a ofrecer mayor espacio de discreción al magistrado para atribuir la tuición al otro de los padres. Pero la intervención judicial exige que las partes produzcan prueba tendiente a integrar un supuesto de hecho: “maltrato, descuido u otra causa calificada” (artículo 225 inciso 3º) que justifique un cambio en el cuidado personal del niño. Situación que se complica de sobremanera para el padre por esta atribución legal del cuidado personal a la madre. De modo, que “esta prueba es demasiado gravosa para el padre que desea ejercer el cuidado de su hijo y que, en principio, es igualmente apto que la madre para ejercerlo. Esta excesiva carga procesal lo dejaría en una situación desigual, factor que podría explicar la escasa atribución paterna del cuidado personal”. (Lathrop, 2010: p.160).

Es por esto que nos encontramos en la necesidad de legislar acerca del cuidado personal, derogando la norma que consagra la atribución legal materna preferente y buscar nuevas opciones para lograr un mayor equilibrio acorde con los tiempos en que vivimos y teniendo presente que la mujer ocupa mayores espacios en el campo laboral y al mismo tiempo el hombre busca reivindicar su posición como padre presente y responsable.

## **CAPITULO II**

### **PROYECTOS DE LEY.**

#### **1. Antecedentes Generales de los Proyectos presentados.**

##### **1.1 Proyecto 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<sup>1</sup>.**

El boletín 5917-18 introduce el proyecto presentado el día Jueves 12 de junio de 2008 al Congreso Nacional por moción de los diputados Ramón Barros Montero, Sergio Bobadilla Muñoz, Juan Bustos Ramírez, Francisco Chahuán Chahuán, Eduardo Díaz Del Río, Álvaro Escobar Rufatt, Jorge Sabag Villalobos, Alejandra Sepúlveda, Ximena Valcarce Becerra y Esteban Valenzuela Van Treek.

El objetivo del proyecto es fortalecer la integridad del menor y propender a que tenga la mejor calidad de vida posible en caso de que sus padres no vivan juntos. Para ello, propone modificar algunas normas legales, entre las que podemos mencionar el artículo 222 del Código Civil (C.C) en orden a consagrar nuevas obligaciones de los padres a favor del menor, instaurando como deber el “actuar en forma conjunta en las decisiones que tengan relación con el cuidado, educación y crianza de los hijos” y, además, establece que los padres “deberán evitar actos u omisiones que degraden, lesionen o desvirtúen en forma injustificada o arbitraria la imagen que el hijo tiene de ambos padres o de su entorno familiar”.

Pretende también eliminar del artículo 225 C.C. la regla de atribución legal materna preferente y consagrar el cuidado personal compartido por ambos padres como regla general, tema que será tratado en detalle en uno de los capítulos posteriores. En subsidio de esto, aplicar la atribución convencional señalando formalidades para ello. Dejando la atribución judicial para los casos en que el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada.

Por último, consagra en el artículo 229 C.C la figura del Síndrome de Alienación Parental (SAP), figura novedosa en nuestra legislación, que trataremos más adelante. El proyecto faculta al juez para suspender o modificar el régimen de tuición de un menor cuyo padre o madre que lo tuviere a su cuidado cometiere conductas de alienación, respecto del otro progenitor o alentare al menor a proferir declaraciones falsas que afecten la honra e integridad del otro padre.

---

<sup>1</sup> Anexo 1. Proyecto de ley. Boletín N° 5917-18.

## **1.2 Proyecto que introduce modificaciones en el Código Civil, en relación al cuidado personal de los hijos<sup>2</sup>.**

El boletín 7007-18 introduce el proyecto presentado el día martes 29 de junio de 2010 al Congreso Nacional, por moción de los diputados Gabriel Ascencio Mansilla, Carolina Goic Borojevic, Adriana Muñoz D'Albora, Sergio Ojeda Uribe, María Antonieta Saa Díaz, Marcelo Schilling Rodríguez y Mario Venegas Cárdenas.

Este proyecto elimina el actual artículo 228 C.C y sustituye el Artículo 225 C.C actual, eliminando la regla de atribución legal preferente a la madre quedando por tanto, sólo dos alternativas para que los padres puedan atribuirse el derecho – deber del cuidado personal.

Así, primero será la atribución convencional la regla general, estableciendo formalidades necesarias para su otorgamiento. La gran diferencia que propone este proyecto, es que señala alternativas para la atribución convencional del cuidado personal de los hijos en que, además del cuidado personal por uno de los padres, se da como opción el cuidado personal compartido por ambos padres.

Como segunda opción, y en caso de no existir acuerdo, será el juez el encargado de velar por el interés superior del menor, quedando así la atribución judicial como sistema residual.

Con fecha 6 de octubre de 2010, la Comisión de Familia solicita que los proyectos sean refundidos, haciéndose presente que ambos se encuentran en primer trámite constitucional y sus ideas matrices tienen entre sí relación directa.

## **2. Indicación sustitutiva al proyecto formulada por el Presidente de la República.**

En Marzo del 2011 se formula por Oficio de S.E. el Presidente de la República una indicación sustitutiva al proyecto, a fin de que sea considerada durante la discusión, que postula mantener el cuidado personal supletorio en la madre, al sostener “El hecho que la ley establezca como titular del cuidado personal, en primer término a la madre cuando los padres están separados, no es un norma arbitraria sino que viene a reconocer la necesidad de seguridad y certeza para los hijos, especialmente respecto de dónde y con quién seguirán viviendo, velando siempre por el interés superior del niño. A su

---

<sup>2</sup> Anexo 2. Proyecto de ley. Boletín N° 7007-18

vez, por medio de esta disposición se reconoce la realidad de las familias de nuestro país, en que son las madres quienes más tiempo destinan al cuidado de los hijos y del hogar en que ellos viven.

Por el contrario, el no reconocer esta titularidad supletoria a la madre, implicaría una judicialización inmediata de a quién debiera entregarse el cuidado personal, con el dolor que ello traería aparejado para los hijos. La inestabilidad de toda ruptura se vería gravemente aumentada con la incertidumbre de los hijos respecto del desconocimiento del padre con quién vivirán y el lugar en que lo harán. Resulta del todo lógico entonces que, en la medida de lo posible, no se exponga a los menores a juicios, por los efectos nocivos que provocan en su desarrollo emocional”.<sup>3</sup>

Ahora bien, sí propone que el cuidado personal compartido sea una opción, cuando es convenido por los padres o que sea decretado judicialmente, en base a causales taxativas, definiéndolo como “el derecho y el deber de amparar, defender y cuidar la persona del hijo menor de edad y participar en su crianza y educación, ejercido conjuntamente por el padre y la madre que viven separados”.

Además se establece que “A fin de velar por la estabilidad del hijo se precisa que el niño deberá tener una sola residencia habitual, la cual será preferentemente el hogar de la madre.

En caso de establecerse el cuidado personal compartido, deberán determinarse las medidas específicas que garanticen la relación regular y frecuente del padre custodio con quien el hijo no reside habitualmente”.

Por otro lado, en aquellos casos donde sólo uno de los padres posea el cuidado personal “es indispensable que el menor tenga una relación fluida y continua con el padre no custodio, ya que ello no sólo es un derecho del padre, sino que es también un requisito necesario para el adecuado desarrollo del hijo. A su vez, es del todo imprescindible que el padre no custodio tenga el derecho y el deber de seguir participando de la crianza, educación y decisiones importantes para sus hijos”.

Para ello se propone definir la relación directa y regular como “aquella que propende a que el vínculo paterno filial entre el padre no custodio y su hijo o hijos se mantenga a través de un contacto personal, periódico y estable. El régimen variará según la edad del hijo, las circunstancias particulares, necesidades afectivas, y otros elementos que deban tomarse en cuenta en vistas del mejor interés del menor”.

---

<sup>3</sup> Para mayor información, todos los documentos completos se encuentran en: [http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil\\_proyectos.pl?5917-18](http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?5917-18)

Junto con lo anterior, con la intención de favorecer las relaciones directas y regulares entre el padre no custodio y el hijo manifiesta que “es necesario establecer medidas concretas que permitan evitar que el padre que tiene el cuidado personal del menor, obstruya u obstaculice la relación directa y regular del padre no custodio con el hijo, como mecanismo para obtener beneficios económicos u otras causas ilegítimas, lo que afecta el derecho del padre y el adecuado desarrollo del hijo”.

### **3. Acerca de la discusión en la Comisión y los Acuerdos Adoptados.**

#### **3.1. Necesidad de legislar.**

Los integrantes de la Comisión de Familia acordaron que resultaba necesario legislar sobre la regulación actual del cuidado personal de los hijos, de modo que aprobaron la idea, en general, por la unanimidad de sus integrantes presentes. Entre sus objetivos se encuentra el reconocimiento positivo de la corresponsabilidad parental, consistente “en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer respecto de sus hijos, y el modo de ejercerla cuando vivan separados, todo ello, teniendo en vista el interés superior del niño, niña o adolescente”. Del mismo modo, concordaron en la necesidad de establecer el reparto equitativo de derechos y deberes entre los padres, tanto cuando vivan juntos como separados.

**3.2. Artículos e indicaciones rechazadas.** Resulta importante observar cuáles fueron las modificaciones rechazadas en los proyectos:

**3.2.1.** En cuanto al cuidado personal de los hijos e hijas: El primer proyecto presentado, sustentaba la opción de que “si los padres viven separados, el cuidado personal de los hijos corresponderá en principio a ambos padres en forma compartida”, del artículo 225 C.C.

Respecto del segundo proyecto, que postula que en el caso que los padres vivan separados determinen de común acuerdo, “a cuál de los padres corresponde el cuidado personal de uno o más hijos, o el modo en que dicho cuidado personal se ejercerá entre ellos, si optaran por hacerlo en forma compartida”. A través de “escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.”

Todas las proposiciones anteriormente mencionadas fueron rechazadas, aún cuando se destacó el hecho de que propusieran terminar con el modelo unilateral de cuidado personal de los hijos e hijas que recoge nuestro ordenamiento. El principal punto de desencuentro lo constituyó la resolución del cuidado personal cuando no hay acuerdo, es decir, ante el conflicto. Sin embargo, la opinión

mayoritaria de los diputados defendió el mejor derecho de la madre basada en una cuestión de orden natural y de hecho, que demuestra que la mujer está mejor preparada y es más idónea para criar a los hijos, por lo demás, avalada porque en la práctica lo más frecuente es que sea la madre quien lo asume cuando los padres viven separados.

**3.2.2.** En cuanto a la relación directa y regular: Se propuso la modificación del artículo 229 C.C. aseverando que “En el evento de que el padre o madre que tuviere a su cuidado el hijo incurriere en alguna de las siguientes conductas, o instigare a un tercero a cometerlas, el otro padre podrá solicitar judicialmente que se le entregue el cuidado personal de los hijos” Y menciona distintas conductas, que incluyen denigrar la imagen del otro padre, obstaculizar el derecho de visitas, entre otras.

Junto con lo anterior, además señala que “El padre o madre que, actuando personalmente o a través de terceros, obliga al hijo a prestar falso testimonio en juicio, en indagaciones policiales o peritajes, con miras a denostar al otro progenitor será responsable civil y penalmente. Se aplicará respecto de él la pena prevista para el falso testimonio.” Siendo esta una clara alusión al Síndrome de Alienación Parental.

En este caso, la modificación citada fue rechazada, puesto que la Comisión estimó que no debía reconocerse el SAP, ya que de acuerdo a lo expuesto por las personas expertas que asistieron a la Comisión, no existe un reconocimiento general de su existencia por la comunidad científica e, incluso la jurisprudencia tanto chilena como extranjera se ha mostrado contradictoria en cuanto a su reconocimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, se reconoce la necesidad de sancionar, de alguna manera, al padre o madre que cometiere conductas de alienación respecto del otro progenitor. En virtud de esto, se define la relación directa y regular, y se sostiene que los acuerdos que se tomen en esta materia deben señalar las condiciones que fomenten la corresponsabilidad y coparticipación de los padres en la vida de sus hijos.

**3.2.3.** En cuanto a la patria potestad: Se plantea sustituir el artículo 245 C.C. establece “Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida en primer término, por ambos en conformidad con lo previsto en el artículo anterior. Si la tuición estuviere entregada a uno de los padres, éste ejercerá la patria potestad.

No obstante, por resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse al otro padre la patria potestad.” Se rechaza esta proposición, ya que se considera que, por regla general, se entrega el cuidado personal a ambos padres de modo que también la patria potestad ha de ser ejercida por ambos.

**3.2.4.** En cuanto a la procedencia de la mediación: Se propone sustituir el artículo 104, de la ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, estableciendo que debe existir mediación obligatoria en los asuntos acerca del cuidado personal de los hijos. Lo que fue rechazado por la unanimidad de los integrantes presentes, puesto que el artículo 104 es de aplicación general y se refiere a los avenimientos en temas de familia, y, además, el artículo 106 de la misma ley contempla la mediación obligatoria cuando se trata de disputas sobre el cuidado personal de los hijos.

#### **4. Informes de la Comisión de Familia.**

La Comisión de Familia se encarga de analizar los antecedentes y presentar informes con los estados del proyecto de ley, el primero de ellos con fecha 23 de mayo de 2011 y luego el segundo con fecha 5 Julio de 2011, señalando como aspectos fundamentales los siguientes:

1.- Se agrega al artículo 222, “Es deber de ambos padres, cuidar y proteger a sus hijos e hijas y velar por la integridad física y psíquica de ellos. Los padres actuarán de común acuerdo en las decisiones que tengan relación con el cuidado personal de su crianza y educación, y deberán evitar actos u omisiones que degraden, lesionen o desvirtúen en forma injustificada o arbitraria la imagen que el hijo o hija tiene de ambos padres o de su entorno familiar.”

2.- Se sustituye en el artículo 225: “Si los padres viven separados, podrán determinar, de común acuerdo, que el cuidado personal de uno o más hijos o hijas corresponda a la madre, al padre o a ambos en conjunto”. Además, se establece que “A falta de acuerdo, a la madre toca el cuidado personal de los hijos e hijas menores.” “El hijo o hija sujeto a cuidado personal compartido deberá tener una sola residencia habitual, la cual será preferentemente el hogar de la madre.”

3.- Se deroga el artículo 228.

4.- En el artículo 229, se define la relación directa y regular, como “aquella que propende a que el vínculo paterno filial entre el padre no custodio y su hijo o hija se mantenga a través de un contacto personal, periódico y estable.”

5.- Se modifica el artículo 244 agregándose que “A falta de la suscripción de acuerdo, toca al padre y madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad” y “En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se presume que los actos realizados por uno de los padres cuentan con el consentimiento del otro, salvo que la ley disponga algo distinto”.

## **CAPITULO III**

### **CUSTODIA COMPARTIDA.**

A continuación, analizaremos una de las figuras inspiradoras de los proyectos de ley que se encuentran actualmente en tramitación en nuestro Congreso Nacional, la denominada Custodia Compartida.

#### **1. Clases de custodia.**

Como primer acercamiento a esta figura debemos decir que se enmarca dentro de una de las tres clases de custodia que existen. En este sentido, la doctrina señala que “En primer lugar estaría la custodia exclusiva, en la que uno solo de los progenitores tiene la guarda de los hijos, que sigue siendo la regla general en los procesos de separación o divorcio y que es la causa más importante de generación de familias monoparentales, encabezadas normalmente por una mujer, ya que son éstas quienes obtienen en la mayoría de los casos la custodia de la prole. En segundo término estaría la custodia partida, a cuya virtud uno o más hijos estarían con un progenitor y el resto con el otro, solución que suele ser contraproducente – salvo que se den relaciones fraternales destructivas. Finalmente, estaría la custodia conjunta o compartida, basada en el concepto de coparentalidad, que supone una igual implicación legal y física de los progenitores en la crianza de los hijos, una alternancia o reparto de tiempos y estancia de los hijos con cada uno de sus padres”. (García Garnica, 2007.p 65). Figura que por lo tanto busca la equitativa repartición de roles en la labores de cuidado y educación de los hijos, buscando que ambos padres un complemento de dicha tarea.

#### **2. Concepto de custodia compartida.**

La ley chilena ley no define que debemos entender por custodia compartida por esta razón debemos acudir a los conceptos doctrinarios. Así, “la custodia compartida alternada o sucesiva es un sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos mas o menos predeterminados” (Lathrop, 2008.2, p. 208).

El proyecto de ley que se encuentra en el Congreso Nacional modifica el artículo 225 del Código Civil señalando que “El cuidado personal compartido, acordado por las partes o decretado judicialmente, es el derecho y el deber de amparar, defender y cuidar la persona del hijo o hija menor de edad y participar en su crianza y educación, ejercido conjuntamente por el padre y la madre que viven separados”.

### **3. Fundamento.**

Es claro que esta figura toma mayor preponderancia y viene a ser la una de las respuestas al problema que surge para el menor en el momento en que sus padres ya no viven juntos, ya sea por separación, divorcio o nulidad. Es por ello que la indisolubilidad de la paternidad y de la maternidad exigen medidas cuidadosas que garanticen, en la medida de lo posible, el derecho de los hijos a contar con los cuidados de ambos progenitores. Según Gloria Negroni Vera, Jueza del Tercer Juzgado de Familia de Santiago “los hijos de padres separados que presentan mayor y mejor desarrollo son aquellos que mantienen contacto regular y continuo con ambos padres después de la ruptura, (este sistema) elimina la desigualdad e incluso discriminación manifiesta en virtud del género, puesto que contribuye a erradicar un prejuicio histórico, económico, sociológico y jurídico, que refuerza el rol de la mujer como ama de casa y madre conjuntamente con la dependencia económica del marido, siendo una ventaja para la madre pero también una carga; y que por otra parte, está acorde con las investigaciones en las cuales se concluye que el afecto que necesita un niño es independiente del sexo del progenitor que lo provea; contribuye a evitar la idea de la existencia de un derecho de propiedad sobre el hijo, centrando la atención en las necesidades emocionales del niño por sobre las de la madre.” Es por esto, que en doctrina se utiliza un nuevo principio, el *favor filii* que “se trata de un derecho de los hijos y padres a seguir teniendo una relación paternofilial y maternofilial igualitaria, al que no se puede renunciar, un derecho nacido de la familia y no del matrimonio, de modo que los derechos y responsabilidades de cada uno tras la ruptura matrimonial deben ser iguales a los que tenían antes.” (Vela Sánchez, 2008. p 71).

Para lograr estos objetivos, hay que destacar que el tratamiento jurídico de los menores de edad en los procedimientos de separación o divorcio de sus padres va a estar asentado sobre un principio que no es privativo de este tipo de procedimientos, sino compartido por todo aquel en el que se vea envuelto un menor de edad: el deber de velar por la salvaguarda y realización del interés superior del niño, principio que por lo demás es la guía rectora de la Convención de los derechos del niño y de nuestro

derecho, puesto que nuestro país ha suscrito a dicho instrumento internacional y ha consagrando legalmente el mismo en el artículo 225 del Código Civil.

#### **4. Formas de la custodia compartida.**

En cuanto a las formas en que puede ejercerse la custodia compartida, entendemos que pueden ser principalmente tres. En efecto, el cuidado compartido puede ejercerse estableciendo un progenitor “residente principal”, con quien el hijo convive la mayor parte del tiempo; en segundo lugar, determinando lapsos de alternancia más o menos equitativos durante los cuales el hijo debe trasladarse al domicilio de cada uno de sus padres y, por último, indicando la residencia en que el hijo vivirá de manera permanente y a la cual los padres deberán trasladarse durante los períodos que se convengan, es decir, existen tres casas: una para el hijo y una para cada uno de los progenitores (conocido como “modelo de anidación”). (Lathrop, 2008.1. p. 12)

#### **5. Principios de la custodia compartida.**

La doctrina nos señala que son tres las bases donde descansa y sustenta la figura del cuidado compartido, así a modo de resumen, podemos señalar que los ejes son la igualdad parental, el principio de corresponsabilidad familiar y el derecho del hijo a la coparentalidad, es decir, el derecho a mantener un contacto directo y regular con ambos progenitores.

##### **5.1. Igualdad entre padre y madre.**

A grandes rasgos, podemos decir en primer término que en cuanto a la igualdad entre padre y madre, se afirma que ambos padres están igualmente capacitados para ejercer las funciones parentales y que, por lo tanto, la existencia de una presunción *iuris tantum* a favor de la madre en el desempeño de las mismas vulnera el principio de igualdad jurídica y el interés superior del hijo. De este modo, en los países en que se ha introducido la custodia compartida, se ha reabierto el debate sobre la igualdad entre hombre y mujer.

## **5.2. Corresponsabilidad parental.**

En segundo término tenemos el principio de corresponsabilidad parental que consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos.

Se ha señalado que este axioma representa un intento del aparato público por, si bien no imponer, sí sostener fuertemente, valiéndose del conocimiento de los profesionales de la psicología y de su difusión entre los jueces, un determinado modelo de familia: el de la familia indisoluble, no obstante la existencia del divorcio.

## **5.3. Derecho del hijo a la coparentalidad.**

Y como tercer principio el reconocimiento del derecho del hijo a la coparentalidad consiste en garantizar la continuación de las relaciones afectivas del hijo con ambos progenitores, no obstante la crisis familiar. En este sentido, es evidente la ventaja comparativa que el cuidado personal compartido presenta frente a la custodia unilateral. (Lathrop; 2008, p. 20-29).

Otra definición acertada es la que hace el profesor español Antonio Vela Sánchez al decir que “se trata de un derecho de los hijos y padres a seguir teniendo una relación paternofamiliar y maternofamiliar igualitaria, al que no se puede renunciar, un derecho nacido de la familia y no del matrimonio, de modo que los derechos y responsabilidades de cada uno tras la ruptura matrimonial deben ser iguales a los que tenían antes.” (Vela Sánchez, 2008. p 71).

## **6. Análisis comparativo de la figura**

Esta figura jurídica es sin lugar a dudas polémica, por los intereses y derechos en juego, por ello es necesario esbozar una serie de ventajas y desventajas que la doctrina ha hecho de la misma.

### **6.1. Ventajas**

Para categorizar las ventajas hemos tomado el listado que hace el jurista español Antonio Vela Sánchez, quien enumera las preeminencias de la custodia compartida. Así tenemos que esta figura jurídica:

- 1) Garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de la pareja, de modo que la presencia similar de ambas figuras parentales constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de los padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática. En cambio en la custodia monoparental el tiempo asignado a la relación directa y regular con el padre no custodio en ningún caso es proporcional, cambiando así el modelo que se tenía antes del quiebre de la pareja.
- 2) Previene determinados sentimientos negativos en los menores, como el miedo al abandono, sentimiento de lealtad, sentimientos de culpa, sentimiento de negación, sentimiento de suplantación, etc.
- 3) Fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación inconsciente.
- 4) Garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos, evitando así el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor. Además, hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se previenen dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, que ya no son la única razón para vivir.
- 5) Aunque se produzca finalmente la separación o el divorcio, la custodia compartida hace desaparecer la dinámica de “parte ganadora/ parte perdedora” y no hace cuestión de la idoneidad de ninguno de los progenitores, por lo que el divorcio contencioso deja de ser conveniente, cobrando fuerza, por el contrario, el mutuo acuerdo y la mediación.
- 6) La custodia exclusiva o monoparental se caracteriza por su alta litigiosidad. La custodia compartida, al garantizar a ambos progenitores su derecho a relacionarse y convivir con sus hijos, reduce considerablemente la litigiosidad entre los progenitores tras el divorcio, conflictividad que, por ejemplo, puede concretarse en la interferencia y obstrucción reiterada por el progenitor custodio del régimen de visitas correspondiente al otro.
- 7) La custodia compartida obliga al diálogo y a las mutuas concesiones entre los progenitores separados, por el propio interés de ambos.

- 8) La custodia exclusiva conlleva transferencias económicas cuya utilización queda fuera del control de quien las realiza; la custodia compartida supone un régimen económico de pagos directos, lo que contribuye también a reducir las disputas. (Vela Sánchez, 2008. p 68 -69).

## **6.2. Desventajas.**

La custodia compartida cuenta con una serie de críticas en doctrina principalmente enfocadas a la prevalencia del interés de los padres por sobre el interés superior del menor. Así, “este tipo de situaciones ofende el principio del interés superior del niño. Es natural y razonable que los padres sacrifiquen sus sentimientos a favor de los hijos. No es aceptable que sometan a los hijos a la inestabilidad de vivir aquí y allá, a merced del capricho de sus padres “compartidos”. La separación es un hecho suficientemente disruptivo e incluso traumático para la vida del niño. No es justo ni razonable ni aceptable conforme al principio del interés superior del niño que, además de esto, los padres sometan a los niños a sistemas de vida inestables para satisfacer sus (a veces egoístas) intereses personales. (Rodríguez Pinto, 2008. p 234). También se alegan los inconvenientes de la custodia compartida para los hijos como “la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio – sobre todo, cuando los domicilios no están próximos geográficamente-; los problemas de adaptación o integración a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando por sus progenitores; y las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores” (Vela Sánchez, 2008. p 70).

Otro factor en conflicto de la figura es el hecho que los progenitores generalmente se encuentran en una relación de conflicto debiendo compatibilizar dicha disputa con esta nueva forma de vida, luego “esta modalidad de custodia requiere para su éxito de especial dedicación y empeño por parte de los protagonistas de la crisis matrimonial, pues es imprescindible dotar al menor de equilibrio suficiente en su vida cotidiana. Uno de los obstáculos de la custodia compartida es la falta de espíritu cooperativo de los padres, quienes, por encima de cualesquiera otros intereses, deben velar por el bienestar emocional y físico de sus hijos.” (Alascio y Marín, 2007. p. 20). Dando un paso al costado a sus problemas en pro del interés del menor que no es culpable de la crisis.

La custodia compartida contribuye a que “los deslindes de las esferas individuales de esta estructura triangular (padre-madre-hijo) aparezcan más difusas que en una atribución unilateral de la misma. La alternancia en el cuidado del hijo, sin llegar provocar interferencias directas, fomenta un

mayor conocimiento e involucración en las situaciones de vida de los ex cónyuges, cuestión que puede provocar una intensificación de los conflictos individuales entre ellos”. (Lathrop; 2007, p. 5).

Otro punto objeto de críticas es el desembolso pecuniario que acarrea la figura debido a que “esta modalidad de custodia tiene un elevado coste económico que supone a causa de la duplicación de gastos y de la generación de gastos nuevos, como el derivado de adquirir una vivienda con unas características y ubicación determinadas”. (Alascio y Marín, 2007. p. 20).

Según Maricela Pizarro Canales, Psicóloga PUCV, Diplomada en Asesoramiento Educativo y Mediación Familiar señala que es factible el cuidado compartido siempre y cuando el padre y madre mantengan una misma línea de formación sino puede que los hijos tiendan a vulnerar las normas y reglas y manipulen las situaciones familiares y personales.

## **7. Doctrina comparada.**

A continuación analizaremos, a través de un breve repaso del derecho comparado la normativa atinente a la custodia compartida refiriéndonos en último punto al caso español, que por la particular redacción de su legislación en esta materia, similar al tratamiento de las reformas propuestas en trámite en el Congreso Nacional, merece una atención especial para este trabajo.

Como comentario general debemos decir que la experiencia de otros países ha sido positiva en cuanto a su introducción legislativa, avalando la utilidad de esta medida para reducir la conflictividad y las consecuencias negativas de la ruptura para los hijos y mejorar su relación con ambos progenitores. De forma muy expresiva, cabe decir que el objetivo que se persigue a través de la custodia compartida es que la ruptura de pareja no conlleve la ruptura de la familia.

En efecto, en la actualidad, “esta institución se encuentra reconocida legalmente entre otros países, en Estados Unidos (en más de cuarenta estados), Francia, Alemania, España, Italia, Suecia, Holanda, Australia y Bélgica. Por su parte, recientemente, diversos ordenamientos jurídicos han introducido o han previsto modificaciones legales relativas al cuidado de los hijos tendientes a consolidar políticas de adopción de un modelo de “parentalidad compartida”. Así ha sucedido en Canadá, Dinamarca, Hong Kong, Portugal y en ciertos estados de Estados Unidos” (Lathrop, 2008,1.p 10).

## **7.1 Francia.**

El país galo ha recogido la custodia compartida hace casi ya una década a través de la ley N° 2002-305 de 4 de marzo del año 2002 que modifica el Código Civil Francés. Así el artículo 373-2-9 introducido señala lo siguiente:

“En aplicación de los dos artículos precedentes, la residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los padres, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos.

Si uno de los progenitores lo solicita, o en caso de desacuerdo entre ambos respecto del modo de residencia del niño, el juez podrá ordenar con carácter provisional una alternancia de residencia durante un plazo determinado. Al término de este plazo, el juez emitirá un fallo definitivo sobre la alternancia de residencia del niño en el domicilio de cada uno de los padres o la residencia en el domicilio de uno de ellos”.

Por lo que podemos decir que la custodia compartida en Francia presenta dos variantes. En primer lugar, desprendiéndose del primer párrafo del artículo citado, la posibilidad de acordar la residencia alternativa del niño en el domicilio de cada uno de los padres, tendiendo así a promover dicha modalidad y luego, en el párrafo segundo, preveé que esta figura sea introducida sin el mutuo consentimiento de las partes, pero sólo con carácter temporal, con la finalidad de determinar su funcionalidad”.

## **7.2 Estados Unidos.**

En el país de América del Norte actualmente se reconoce la custodia compartida en más de cuarenta estados, la *joint custody* constituye el régimen preferido y prevaleciente; la jurisprudencia presume que ésta es la mejor solución para el menor y, como regla, corresponde a su efectivo interés; no es obligatoria en todos los Estados, pero en la mayor parte, quien se opone, debe demostrar su no conveniencia para el caso concreto.

El denominador común presente en los estados que la han acogido es el hecho que se conceda por el juez, previo examen de diversos factores como: la preferencia, interés, adaptación, edad del niño, deseo de los padres, etc. A modo de ejemplo tenemos:

### **7.2.1. California.**

En este estado el Código de California, en su Título 3, secciones 3011, 3020, 3024, 3040, y 3042 señala que la custodia conjunta o custodia exclusiva podrán concederse sobre la base de los mejores intereses del niño y de los siguientes factores:

1. La preferencia del niño, si el niño tiene suficiente edad y capacidad suficientes
2. El deseo y la capacidad de cada uno de los padres para permitir una relación frecuente abierta y amorosa entre el niño y el otro padre
3. La salud, la seguridad y el bienestar del niño
4. Cualquier historia de abuso de menores o cónyuge por cualquier persona que pide la custodia o que haya tenido alguna relación con el niño, incluyendo cualquiera que la familia de los padres
5. La naturaleza y cantidad de contacto con ambos padres
6. Cualquier uso habitual y continuado de alcohol o sustancias controladas ilegales

Sin embargo, no se presume que la custodia compartida es necesariamente la mejor opción, a menos que haya un acuerdo entre los padres sobre la custodia compartida. Está prohibida la discriminación por razón de sexo. El tribunal puede ordenar a un padre para dar al otro padre aviso de 30 días de cualquier plan para cambiar la residencia de un niño. En California, es preferente la custodia compartida, aunque se valoran los acuerdos que los padres habían tenido durante la convivencia.

### **7.2.2. Oregon.**

Por su parte el estado de Oregon consagra en su Estatuto Oregón 107.137(1) y 107.137 (2) – (4) como modelo preferente la custodia compartida, la responsabilidad conjunta para el niño, y el amplio contacto entre el niño y ambos padres. Así la custodia conjunta se determina en base al interés superior del niño y de los siguientes factores:

1. el amor y el afecto que existe entre el niño y otros miembros de la familia
2. la actitud del niño
3. la conveniencia de mantener la continuidad
4. cualquier abuso conyugal
5. la relación del niño con los padres, hermanos y otros familiares importantes
6. los intereses de los padres y las actitudes hacia el niño

La conducta, los ingresos, el entorno social, y estilo de vida del progenitor propuesto por el tribunal, se pueden evaluar sólo si se demuestra que causa daño emocional o físico al niño. No se puede valorar la orientación sexual de los padres ni su comportamiento sexual privado. El tribunal no establece la custodia compartida a menos que ambos padres estén de acuerdo con los términos de la custodia.

### **7.3. Italia.**

La península Itálica introduce la figura de la custodia compartida en la ley n° 54 de 8 de febrero del año 2006 publicada en la Gaceta Oficial el primero de marzo del año 2006 y que entró en vigencia el dieciséis de marzo del mismo año, modificando el artículo 155 e incorporando los arts. 155 bis, 155 ter, 155 quater, 155 quinto y 155 sexto.

El principal de ellos es el artículo 155 “Sobre disposiciones en materia de separación de los progenitores y cuidado compartido de los hijos”, que señala en sus cuatro primeros incisos lo siguiente:

*Artículo 155 “Aún en caso de separación personal de los progenitores, el hijo menor tiene derecho a mantener una relación equilibrada y continua con cada uno de ellos, a recibir cuidado, educación e instrucción por parte de ambos, y a conservar relaciones significativas con los ascendientes y con los parientes de cada rama de ambos progenitores.*

*Para la realización de la finalidad indicada en el párrafo anterior, el juez que pronuncia la separación personal de los cónyuges dicta una resolución que tiene base exclusiva en el interés moral y material de la prole.*

*Tal decisión valora prioritariamente la posibilidad que los hijos menores queden bajo la custodia de ambos padres, o establece a cuál de éstos se atribuye la custodia de los hijos, determina el tiempo y la modalidad de su presencia con cada uno de los padres, fija otras medidas, y el modo en que cada uno debe contribuir al mantenimiento, a la custodia, a la instrucción, y a la educación de los hijos.*

*El juez tiene en consideración, si no son contrarios al interés de los hijos, los acuerdos contraídos por los padres. Dicta todo otro pronunciamiento relativo a la prole”.*

Este artículo al referirse a las medidas relativas a los hijos, establece que el juez debe valorar prioritariamente la posibilidad de que los hijos menores permanezcan bajo el cuidado de ambos progenitores, “reflejando así, claramente, la inversión del modelo legal de custodia desde la modalidad unilateral a la compartida que pasa a ser la regla general. La nueva visión implicó invertir la relación regla-excepción.”

A modo de conclusión podemos entender que En el sistema actual italiano, “la guarda compartida no sólo es la regla, sino que la ley arrincona la guarda exclusiva y la hace viable sólo en hipótesis límites”.

#### **7.4. España.**

Por otro lado, en España la custodia compartida o “guarda conjunta”, denominación que recibe en este país, fue incorporada expresamente a su sistema legal por la Ley 15/2005, del 8 de julio del año 2005, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

A continuación transcribimos parte del artículo 92 de dicha reforma y los numerales 1, 2, 5, 6, 7 y 8 por ser más atinentes al tema de nuestro trabajo.

Artículo 92.

*“1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.*

*2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.*

*5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.*

*6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime*

*necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.*

*7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.*

*8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.*

Podemos señalar, entonces, que el legislador español plantea que la custodia compartida puede ser solicitada a través del acuerdo consensuado de los progenitores por un lado o la declaración unilateral de parte de uno de ellos por el otro, siempre tomando en cuenta para ello el beneficio resultante para el menor. No obstante, cabe destacar que “no se impone ningún tipo de régimen de custodia concreto a seguir”. (Vela Sánchez, 2008. p. 72).

Por último debemos resaltar el hecho que es el juez quien, previa audiencia del Ministro fiscal, tiene la última palabra. “Por ende, tanto antes como ahora se puede solicitar la guarda y custodia compartida, lo que ocurre es que sólo cuando el interés del menor lo aconseje será concedida, decisión que corresponderá en última instancia al juez. Lo que sí hace el legislador actual es ampliar el marco de posibilidades, facilitando la custodia compartida, a través de un reconocimiento expreso de la posibilidad legal de acordarla por las partes en su convenio regulador y de solicitarla por uno solo de los padres y que se adopte por el juez.” (Vela Sánchez, 2008. p 72). Alegría

## 8. Jurisprudencia Chilena.

En nuestro país no existe norma legal que se refiera a la custodia compartida y la jurisprudencia tampoco ha sido muy cuantiosa en la materia ya que, al no existir precepto legal, los jueces no se arriesgan en incluir esta tan polémica figura.

Así en autos RIT C-3.274-06 y RUC 0620110853-3, del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, por sentencia de cuatro de febrero de dos mil nueve, la juez titular de dicho tribunal, hizo lugar a la demanda deducida por don David Alejandro Abuhabda Coldrey en contra de doña Andrea María Moena Olgún, sólo en cuanto dispuso que el cuidado personal del menor Lucas Tarek Abuhabda Moena correspondía "también al padre, don David Alejandro Abuhabda Coldrey, estableciendo una custodia compartida, cuya implementación deberá ser supervisada por el Instituto Chileno de Terapia Familiar, la que en sus primeros dos años, deberá emitir informes trimestrales a este Juzgado de Familia". En contra de esta sentencia, la parte demandada dedujo recursos de casación en la forma y apelación. En cuanto al recurso de casación en la forma, la Corte acoge los planteamientos de la parte recurrente que señala que la sentencia se encuentra viciada por la causal 9ª el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el N° 6 del artículo 67 de la Ley 19.968, o sea, "en haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que no hay nulidad". Dichas faltas u omisiones, en concepto de la recurrente, son las siguientes: a) la magistrado de la causa ha fallado creando una figura que jurídicamente no existe, esto es, el cuidado personal compartido; b) legislar es una función entregada por ley al Poder Legislativo y existe prohibición expresa a la Magistratura, en el artículo 70 de la Constitución Política de la República, de intervenir en aquella facultad; y c) se ha infringido el artículo 225 del Código Civil.

Esta sentencia demuestra que las normas que regulan el cuidado personal de los menores que viven con padres separados no dan lugar a mayores interpretaciones y restringen en forma importante el debate que se puede ocasionar en torno al bienestar del menor, dejando de lado los cuestionamientos de fondo, y ocupándose de cuestiones de forma que en el caso pueden haber, incluso, resultado perjudiciales para el menor.

El hecho de que nuestra normativa restrinja las posibilidades fácticas que encontramos en la vida cotidiana es un indicador suficiente para que la ley sea modificada.

## **CAPITULO IV.**

### **SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL.**

Considerando que el proyecto de ley 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” propone la incorporación del SAP en nuestra legislación, resulta necesario dedicarse a su estudio, analizar sus aspectos fundamentales, de modo de lograr un mayor entendimiento de este y comprender si es posible su regulación en Chile.

Primero podemos decir que el Síndrome de Alienación Parental es un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños.

#### **1. Definición.**

“Su manifestación primaria es la campaña injustificada del niño de denigración contra un padre. Esto es el resultado de una combinación entre una programación (lavado de cerebro) de adoctrinamientos del padre y las propias contribuciones del niño a la difamación del padre”<sup>4</sup>.

El niño se obsesiona por desaprobar y criticar a uno de sus progenitores. De manera que considera que uno de los progenitores hace todo bien, mientras que el otro hace todo mal. Con esto se logra el alejamiento y rechazo del menor hacia el padre alienado y el debilitamiento progresivo y a veces irrecuperable de los lazos afectivos que los unen.

#### **2. Origen.**

En el año 1985 lo definió Richard Gardner, profesor norteamericano de Psiquiatría Clínica del Departamento de Psiquiatría Infantil de la Universidad de Columbia, quien publicó una serie de artículos y libros al respecto.

---

<sup>4</sup> “Its primary manifestation is the child's unjustified campaign of denigration against a parent. It results from the combination of a programming (brainwashing) parent's indoctrinations and the child's own contributions to the vilification of the parent”. (Brandes: 2000)

### **3. Elementos.**

Para que exista SAP tienen que concurrir copulativamente tres elementos, a saber:

- 1) Campaña de rechazo o denigración hacia un padre persistente en el tiempo.
- 2) No existe motivo plausible para la promoción de esta campaña de denigración o rechazo.

“Donde el rencor del niño puede estar justificado, es en aquellos casos donde hay un abuso real o negligencia del padre, la explicación del Síndrome de Alienación Parental para la hostilidad del menor no resultaría aplicable. El término se aplica sólo cuando el padre en cuestión no ha mostrado nada que se acerque a un comportamiento alienador que pudiera justificar la campaña de difamación exhibida por el niño. En los casos típicos, el padre victimizado sería considerado por la mayoría de los examinadores por haber proveído una crianza normal y amorosa a los hijos, y en el peor de los casos, mostrarían alternaciones mínimas en capacidad parental.”<sup>5</sup>

- 3) El otro progenitor ha ejercido una influencia en el menor gatillando este tipo de reacción.

### **4. Comportamientos clásicos.**

Existen modos de actuar que se repiten con mucha constancia y permiten identificar al padre o madre alienador. Tanto el proyecto de ley citado, como Manonellas han sostenido algunos de ellos, que señalamos a modo ejemplar:

- 1) Obstaculizar, limitar o interferir arbitrariamente la comunicación efectiva entre el menor y el padre que no vive con él.
- 2) Boicot a los horarios de visita al menor;
- 3) Alejar injustificadamente al otro progenitor de las actividades y problemas de los hijos;
- 4) Efectuar comentarios negativos en forma constante sobre él delante de los niños;
- 5) Programar negativamente al menor respecto de su percepción del otro progenitor como de las expectativas emocionales y afectivas que puede tener respecto de él;
- 6) Incorporar al entorno familiar cercano en esta suerte de programación o "lavado de cerebro";
- 7) Sancionar al menor o hacerle sentir culpable si éste persiste en mantener su relación con el otro padre;

---

<sup>5</sup> “Where the child's animosity may be justified, such as in a case where there is true parental abuse or neglect, the Parental Alienation Syndrome explanation for the child's hostility is not applicable. The term is applicable only when the target parent has not exhibited anything close to the degree of alienating behavior that might warrant the campaign of vilification exhibited by the child. In typical cases, the victimized parent would be considered by most examiners to have provided normal, loving parenting or, at worst, exhibited minimal impairments in parental capacity”. (Brandes: 2000)  
Traducción Ruby Montecinos Salinas.

- 8) Interposición de denuncias de violencia intrafamiliar falsas en contra del otro progenitor;
- 9) Trabar la posibilidad de que el otro progenitor tenga acceso a documentos o expedientes escolares o médicos de sus hijos;
- 10) Intento de cambiar apellidos y nombres del menor;
- 11) Hacer referencia en forma despectiva al nuevo cónyuge del otro progenitor;
- 12) Tomar por propia cuenta decisiones básicas con respecto a los hijos, sin que el otro progenitor tenga oportunidad de dar su parecer (2007: p. 50).

Ante esto, la sicóloga Maricela Pizarro, afirma que *“si un padre detecta conductas de rechazo de su hijo o hija hacia él o a la nueva vida que está formando debería conversar con el otro adulto responsable del niño o niña y ver las mejores estrategias para modificar algo o para ayudar al menor a aceptar esta nueva condición familiar.”*

## 5. Tipos.

**5.1. Casos Severos.** Es posible encontrar un padre casi fanático, de conductas arbitrarias, dispuesto a apelar a todos los recursos legales e ilegales para obstaculizar las visitas del otro progenitor. El menor constituye una especie de estandarte que consiguió apresar en la batalla contra su cónyuge. En estos casos extremos, el padre alienador se muestra inmune a toda lógica y la confrontación con la realidad nada les aporta.

**5.2. Casos Moderados.** Poseen las características de los casos severos pero suavizados. En este caso los niños se muestran menos fanáticos en su intento de denostar al padre no conviviente. En cuanto al padre alienador este se muestra en ocasiones reticente, aunque suele reaccionar adecuadamente frente a las amenazas de transferencia de custodia o multas.

**5.3. Casos Leves.** Aquí el panorama cambia radicalmente. El padre tiene un lazo psicológico sano con su hijo, puede acometer algún grado de programación del niño contra el otro progenitor, aunque no le resulta difícil reconocer que una actitud de alienación en contra de aquel no se encuentra entre los mejores intereses del menor y se muestra dispuesto a aceptar acuerdos conciliatorios ante las demandas del otro padre. (Manonellas, 2007: pp. 55-67)

## 6. Consecuencias.

El SAP produce el alejamiento del menor con el padre alienado, que lo rechaza injustificadamente por la manipulación y abuso emocional ejercido por el padre alineador.

“De allí que la falta más grave que puede cometer un padre o madre separado es emitir juicios negativos, o incluso a veces calumniar al otro(a) frente a los hijos. Se trata de evitar absolutamente involucrarlos en el conflicto entre los padres o permitirles que se alíen con cualquiera de ellos. El no hacerlo puede configurar un maltrato psicológico”. (Montenegro, 2007: p 164)

Según la psicóloga Maricela Pizarro, *“que uno de los padres hable negativamente del otro progenitor ante sus hijos puede provocar trastornos emocionales en ellos, incluso puede llegar a un diagnóstico de depresión infantil”*. Del mismo modo, en cuanto a la posibilidad de recuperar los lazos dañados o perdidos entre el menor y el padre alienado asegura que *“es posible minimizarlos, pero es complejo recuperarlos en un 100%. Tal vez con el tiempo sea posible. Para ello es necesario terapia psicológica familiar”*.

Detectar el SAP resulta complejo, sin embargo, una vez identificado es preciso que el menor tenga tratamiento psicológico, para que no vea afectado su desarrollo emocional y social. Tomando en consideración que en nuestro ordenamiento el menor tiene derecho a mantener una relación directa y regular con el padre que no posee el cuidado personal y velando por el interés superior del niño consagrado en nuestro Código Civil, es de suma importancia que el menor se relacione con ambos padres.

En conclusión, el gran perjudicado de este síndrome es el niño, niña o adolescente.

## 7. Críticas.

El SAP desde su inicio ha sido objeto de una multiplicidad de críticas.

Por una parte detractores de Gardner cuestionaban su objetividad, pues en muchos juicios era perito psicólogo, testificando en base a su teoría.

Por otro lado, se cuestionaba el síndrome en sí. Pedrosa de Alvarez, sostenía que entre las críticas se encontraban que no es una entidad reconocida por la Comunidad Científica Internacional y

que es un síndrome en contra de las madres, todas críticas que resultan cuestionables según señala la autora.

Así mismo, “la existencia del síndrome de alineación parental (SAP) sólo puede comprenderse como un constructo de naturaleza argumental, elaborado a través de argumentos inválidos (falacias), tales como la aplicación de analogías, el pensamiento circular y la apelación constante a la autoridad.” (Escudero, Aguilar Lola y De la Cruz, 2008: p 305).

También, existe debate en cuanto a su calidad de síndrome, pero esto último no parece ser relevante, en cuanto, si constituye una realidad que acontece tanto en nuestro país como en el extranjero.

## **8. Derecho Comparado.**

Resulta de gran importancia observar cual es la situación actual del SAP en el derecho comparado, pues podría entregarnos algunas herramientas útiles para utilizar en nuestra legislación. Al investigar observamos que existen distintos tipos de reconocimiento del SAP, entre los que encontramos:

### **8.1. Consagración explícita.**

**8.1.1. México, Estado de Aguas Calientes.** Si bien a nivel federal no existe regulación específica sobre el SAP, si la encontramos en el Código Civil del Estado de Aguas Calientes.

En este cuerpo legal se define expresamente la alienación parental en el artículo 434 sosteniendo que es “la manipulación o inducción que un progenitor realiza hacia su menor hijo, mediante la desaprobación o crítica tendiente a obtener la denigración exagerada y/o injustificada del otro progenitor para producir en el menor, rechazo, rencor, odio o desprecio hacia éste.”

Junto con lo anterior se exige a quien ejerza la patria potestad respecto de los hijos, “procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente, en consecuencia, cada uno de los ascendientes deberá evitar cualquier acto de alienación parental”.

**8.1.2. Estados Unidos de Norteamérica, Estado de Ohio.** En cuanto a temas de familia cada estado posee sus propias normas, particularmente en Ohio se evidencia preocupación por conductas de alienación parental.

Conforme al código civil, para conceder o modificar la guarda o custodia se vela por el interés superior del niño, tomando en consideración todos los factores relevantes, entre ellos:

- El que los progenitores respeten y faciliten los derechos de visita del otro.
- El que un progenitor, continua y deliberadamente, haya negado el derecho del otro padre a su derecho a visita establecido judicialmente.

La Corte Suprema de Ohio observó en el caso “Davis” que “Es deber y obligación de cada padre fomentar y alentar el amor y respeto del niño hacia el otro progenitor, y descuidar esta obligación es tan dañino para el niño como desatender la alimentación, el vestido, o el cobijo. Quizás es más dañino porque no importa como de bien alimento o vestido pueda estar, un niño no puede ser feliz si no se siente amado por uno de sus dos padres.” (Manonellas, 2007: p. 129)

## **8.2. Reconocimiento Indirecto.**

Existe en algunos lugares una sanción penal para aquellos casos donde se impide a un menor relacionarse con el padre no conviviente.

Esto resulta un tema discutible, pues como sostiene Manonellas, hay “quienes se muestran empeñados en sostener que los temas de familia no deben ser incluidos en el Código Penal, sin saber que existe en el menor una lesión psíquica provocada por el padre obstaculizador.” (2007: p.19)

De modo tal que ella estima que “La ley es la herramienta jurisdiccional más a fin de lograr que el vínculo paterno filial se mantenga intacto a pesar de que uno de los progenitores no conviva con el menor y, además una de las variantes normativas que nuestra legislación prevé con el fin de preservar la relación padre-hijo” (2007: p. 29)

**8.2.1. Argentina.** Podemos encontrar una alusión indirecta al SAP en la Ley N° 24.270, ley complementaria del Código Penal, que sostiene “Configúrase delito al padre o tercero que impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes”.

En este caso la sanción es la prisión, así reza el artículo 1 “Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con

sus padres no convivientes. Si se tratara de un menor de 10 años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión.”

Esto se justifica de la siguiente manera “La relación trascendental entre un padre y su hijo produce que ese daño provocado por un obrar malicioso sea irreparable y esta ley, penalizando la obstrucción del vínculo, tiene como objeto precisamente que se mantenga inalterable el vínculo entre progenitor no conviviente y menor, ya que al ser una norma de naturaleza penal se busca, a través de la amenaza coercitiva de una pena, el abandono de este tipo de conductas”. (Manonellas: 2007, p. 29)

### **8.2.2. Estados Unidos de Norteamérica, Estado de California.**

Del mismo modo, el Código Penal del Estado de California sostiene en el artículo 278.5 “Toda persona que guarda, aleja, retiene, sustrae, u oculta a un niño y maliciosamente priva a su guardián legal de su derecho de custodia, o una persona de su derecho de visitas, será castigada con prisión local por un máximo de un año, de una multa de un máximo de mil dólares o ambas...”<sup>6</sup>.

### **8.3. Reconocimiento Jurisprudencial.**

Existen variadas sentencias, de lugares como Estados Unidos, Canadá, Europa y Latino América, que aluden al SAP, en algunos casos se ha reconocido su existencia o bien los elementos que lo constituyen, sin embargo, existen otras que por el contrario niegan su existencia. A continuación mencionamos algunos casos.

#### **8.3.1. España.**

Existe una serie de sentencias que aluden al SAP, citamos por ejemplo un caso de Murcia en que se presenta el recurso de Apelación número 266/2005<sup>7</sup>, donde existe un abuso emocional del padre

---

<sup>6</sup> 278.5. Every person who takes, entices away, keeps, withholds, or conceals a child and maliciously deprives a lawful custodian of a right to custody, or a person of a right to visitation, shall be punished by imprisonment in a county jail not exceeding one year, a fine not exceeding one thousand dollars (\$1,000), or both...”

Traducción Ruby Montecinos Salinas

<sup>7</sup> Más información acerca de este caso, está disponible en: <http://www.secuestro-emocional.org/main/Caso-SAP-Murcia.htm>

hacia los hijos que ha generado alienación parental respecto de la madre, aconsejándose un distanciamiento con el padre hasta que la terapia psicológica de la unidad familiar aconseje otra cosa.

“La sentencia, siguiendo el resultado de los informes del Gabinete Técnico del Juzgado de Familia, aprecia una grave situación de los menores, con síndrome de alienación parental causado por el comportamiento del padre, por lo que desestima la demanda, además de suspender a éste en el ejercicio de la patria potestad, prohibiendo que se comunique con los hijos y condenándole en costas”. De modo tal que es desestimada la apelación, pues se aconseja mantener distanciamiento del progenitor responsable de la situación de los menores, “en tanto que la terapia acordada no dé resultados que permitan sin riesgos la reanudación de los contactos de los hijos con su padre”.

Otro caso español del año 2005 en Oviedo en que el Juzgado de Primera Instancia nº 7 atribuye la guarda y custodia del hijo menor al padre; y la de la hija mayor a la madre. Junto con acordar la suspensión de las visitas de la madre durante 2 meses al hijo menor. Sentencia que fue objeto de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, Rollo de Apelación nº 364/05<sup>8</sup>, que resulta rechazada, pues conforme a los antecedentes los hijos del matrimonio están afectados por el SAP, lo que “lleva al hijo a rechazar a un padre que le quiere y necesita, con la consecuencia de que el lazo entre el hijo y el progenitor alienado acabará destruyéndose si el vacío se prolonga en el tiempo, de ahí que ante ello deba reaccionarse y confiar la tarea de tratar de remediar la situación a profesionales adecuados, quienes deberán realizar los test psicológicos procedentes, básicamente a padres e hijos, y formular las pertinentes recomendaciones y planes adecuados.”

### **8.3.2. Canadá.**

Los tribunales también se han pronunciado acerca del SAP, de acuerdo a lo que sostiene el informe “Síndrome de Alineación Parental. Regulación y Jurisprudencia en Chile y en el Derecho Comparado” elaborado como Asesoría Técnica Parlamentaria BCN, la Corte Superior de Justicia de Ontario en el 2007, en *S.P. v. P.B.D.* afirma que la “*alienación parental* es un término referido en diversos casos y en artículos de carácter jurídico, pero que no ha sido definido legalmente y que habiéndose establecido la “alienación parental” en el caso presente, habría fundamento para revisar la decisión relativa a la custodia y acceso actuales de los menores, siempre que sea en el mejor interés de los niños.”

---

<sup>8</sup> Más información acerca de este caso, está disponible en: [http://www.secuestro-emocional.org/Sentencias/SAP/AP/2\\_parental33\).pdf](http://www.secuestro-emocional.org/Sentencias/SAP/AP/2_parental33).pdf)

Por otro lado, acerca del *término* SAP la misma Corte en el 2008 entrega información importante en *P.L.M. v. L.J.* al determinar “que cada caso debe resolverse sobre sus propios hechos, los casos de alto conflicto no se prestan para soluciones simples. Incluso si el tribunal determinase que la alienación es la causa total o parcial del rechazo de los hijos hacia uno de los padres, al tribunal aún debe resolver el complicado equilibrio de las consideraciones que mantienen el interés superior de los menores como el único foco. La corte señaló también que no consideraba necesario ni útil para alcanzar su decisión, el participar en la controversia, dentro de la profesión clínica, acerca de los méritos de los conceptos de alienación parental. En el contexto legal y judicial descrito, los términos “alienación parental” y “síndrome de alienación parental” se utilizan cada vez más en los litigios. A raíz de lo anterior, el Departamento de Justicia solicitó un informe que evaluara críticamente la doctrina para determinar si la alienación parental es un concepto útil y generalmente aceptado. Dicho informe concluyó, entre otros, lo siguiente:

- Identificar las conductas paternas problemáticas que influyen en las relaciones de post divorcio, tales como debilitar y obstaculizar la relación del niño con el otro padre, es más eficaz que utilizar etiquetas tales como el “síndrome de alienación parental” (SAP).
- Utilizar la terminología “SAP” sirve para aumentar las tensiones y generar un debate sobre la exactitud de dicha etiqueta.”

### **8.3.3. Tribunal Europeo de Derecho Humanos.**

En este sentido, encontramos el caso “**Koudelka contra La república Checa**”, que se inicia con la demanda número 1633/05<sup>9</sup>, dirigida contra la República checa por un natural de este Estado, el señor Jiří Koudelka y que admitió la Corte el 7 de enero de 2005 en virtud del artículo 34 del Convenio de salvaguardia de los Derechos del hombre y de Libertades fundamentales.

Las circunstancias del caso comienzan el año 1992, cuando se determina el derecho de visita del señor Koudelka, el cual fue incumplido en reiteradas ocasiones por la madre, situación que se prolonga hasta el año 2002, donde luego de reiteradas multas aplicadas a ella se logra concretar una visita entre la menor y su padre.

“Según el informe del psicólogo que había estado presente, el encuentro había durado sólo tres minutos porque la menor se negaba a hablar al demandante y se comportaba de manera histérica. Según

---

<sup>9</sup> Más información acerca de este caso, está disponible en: <http://www.secuestro-emocional.org/Sentencias/TEDH-AP/SAP-TEDH-Sentencia.htm>

el psicólogo, la madre inducía al desarrollo del síndrome de alienación parental, comprometiendo así la evolución de sus relaciones con el padre, y la inducía a sus manifestaciones histéricas y egocéntricas.” Además se recomendaba “psicoterapia de la menor, acompañada, si llegaba el caso, por su hospitalización”.

El demandante denuncia “que los tribunales no reaccionaron a sus peticiones de ejecución y no adoptaron medidas que pretendían permitirle realizar su derecho de visita.”

La Corte supone que el hecho de que las visitas no se llevaran a cabo es imputable a la madre, debido a sus constantes negativas y además por la programación realizada al niño. Sin embargo, estima que los tribunales nacionales no tomaron todas las medidas que se podía razonablemente exigir, ni actuaron suficientemente rápidos y sistemáticos en cuanto a los diferentes medios de ejecución previstas por el derecho interno.

Ante lo cual la Corte, establece que hubo violación del artículo 8 del Convenio a causa de la no ejecución del derecho de visita del demandante. Y, además, condena a modo indemnizatorio al pago de trece mil euros por daño moral y dos mil euros para gastos y costas, a pagar por el Estado a favor del señor Koudelka.

En el mismo sentido, encontramos una sentencia del 11 enero 2011, en el caso “**Bordeianu contra Moldavia**”, demanda número 49868/2008<sup>10</sup>, de una ciudadana moldava contra la República de Moldavia, presentada ante el Tribunal en el año 2008, que alegaba falta de medidas efectivas por parte de las autoridades internas para hacer cumplir la sentencia que le concedía la custodia de su hija violándose el artículo 8 de la Convención.

En este caso la madre se encontraba imposibilitada de ver a su hija, quien alega “haberse sentido intimidada, humillada e incluso desesperada por la situación creada por el padre de la menor y las autoridades. Afirma no tener ninguna responsabilidad en cuanto al estado psíquico de la niña o el desarrollo del síndrome de alienación parental, debiéndose éste a la influencia y la manipulación que el padre y su entorno ejercían sobre la menor. Por último, señala que las sanciones pecuniarias impuestas al padre fueron ineficaces, toda vez que se archivó el procedimiento administrativo entablado contra este último.”

---

<sup>10</sup> Más información acerca de este caso, está disponible en: <http://www.anasap.org/2011/03/07/dos-nuevas-sentencias-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-el-sap-existe-en-europa-con-4-nuevas-victimas-un-nino-y-una-nina-una-madre-y-un-padre/>

Las autoridades internas sostienen que el cumplimiento de la sentencia en cuestión “resultó ser un trámite muy delicado debido al síndrome de alienación parental que padece la niña y la alta probabilidad de que se degradara de su estado psíquico en el supuesto de que se adoptaran medidas de ejecución demasiado brutales. Subrayan que la obligación para las autoridades internas de adoptar medidas no es absoluta ya que, en ocasiones, la reunión de un progenitor con unos hijos que viven desde hace cierto tiempo con el otro no se puede producir inmediatamente y requiere algunos preparativos.”

Finalmente se resuelve que la alienación parental vulnera al progenitor excluido su derecho humano al respecto de su vida familiar. El tribunal declara no solo que ha habido violación del artículo 8 del Convenio, sino también que el Estado demandado deberá abonar al demandante diez mil euros por concepto de daño moral.

## **9. Situación en Chile.**

En nuestro país el SAP no resulta del todo desconocido. De hecho existen algunas sentencias que se han pronunciado acerca de este.

**9.1.** En primer lugar, aludiremos a la sentencia del 16 de enero de 2008, del Juzgado de Familia de Coquimbo<sup>11</sup>, la cual es señalada en el Proyecto de Ley sobre protección de la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, citado en nuestro trabajo. Que conforme a lo señalado por la magistrado Marcela Villegas Macuada es la primera que hace referencia al SAP en nuestro país. La situación correspondía a un menor que vivía con su abuela materna tras la muerte de su madre, quien demandaba para obtener el cuidado personal definitivo, y por otro lado, los abuelos paternos afirmaban que el niño padecía SAP, debido a las acciones de su abuela materna.

En este caso la intervención judicial, pretende determinar y remediar una posible vulneración a los derechos del niño, de modo que es preciso adoptar medidas que otorguen el mayor bienestar al niño afectado, en virtud del interés superior del niño.

La sentencia afirma: “(...) de permitirse por este tribunal la conformación de una unidad confrontacional por parte de la familia materna respecto del padre y sus ascendientes escindiendo del

---

<sup>11</sup> La información obtenida sobre este caso está disponible en: Informe sobre “Síndrome de Alineación Parental. Regulación y Jurisprudencia en Chile y en el Derecho Comparado” elaborado como Asesoría Técnica Parlamentaria BCN.

desarrollo del niño a esa parte de su grupo familiar e impidiendo una vinculación con aquellos, hace altamente probable la ocurrencia de alienación parental a futuro (...), transformando el sistema de relación del niño en uno de carácter estricto, rígido y severo, que aún bajo la excusa de querer un bien para el propio niño puede impedir su normal desarrollo y le impediría integrarse al niño a la realidad de la vida que le corresponde, con las consecuencias que ello pueda tener”.

Por ello, las medidas adoptadas en la sentencia de protección pretender recomponer las relaciones del niño y su entorno más cercano, con su padre y sus abuelos. Para ello se establece: 1. Mantener temporalmente el cuidado personal por la abuela materna, 2. Realizar tratamientos psicológicos que deben cumplirse tanto por el niño, como por su padre y abuela materna. 3. Régimen de contacto directo y regular para los abuelos paternos, que debe progresivamente incluir al padre.

**9.2.** En segundo lugar, podemos señalar la causa “**Basso con Alarcón**”, del Juzgado de Familia de Concepción, ROL 136-09 del año 2009<sup>12</sup>, que resulta relevante pues aporta una serie de antecedentes del tema que nos convoca. En este caso se reguló el régimen de relación directa y regular entre el padre y su hijo. Posteriormente en la causa RIT P-114-2009, la madre del menor presenta una demanda de medida de protección, solicitando que se suspendan las visitas del padre al niño en forma definitiva o, en subsidio, en forma temporal como medida cautelar, por cuanto existiría una posible agresión sexual al menor causada por su padre. Con fecha 25 de noviembre se rechazó la petición de medida de protección, y se considero existía SAP.

De hecho, la falsa denuncia no era el único comportamiento clásico de alienación parental, sino que también el régimen de visitas había sido impedido por la madre en reiteradas ocasiones. Por ello se declaró en sentencia definitiva la reclusión nocturna de la madre por 5 días en virtud de entorpecer la relación directa y regular del padre que no tiene el cuidado personal con su hijo, presentando la madre ante esto un recurso de amparo, que resulto rechazado, teniendo en consideración el interés superior del niño consagrado en la Convención sobre Derechos del Niño.

Basándose en el libro "Síndrome de Alienación Parental" del autor José Manuel Aguilar, la sentencia sostiene entre sus argumentos, que el SAP es definido como "un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de

---

<sup>12</sup> Más información acerca de este caso, está disponible en: [http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH\\_MJJ22708&links=\[ALIEN,%20PARENT\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ22708&links=[ALIEN,%20PARENT])

sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que se debería esperar de su condición".

Junto con lo anterior se señala además que "el referido síndrome es considerado maltrato infantil, en cuanto vulnera el derecho a todo niño a mantener un contacto regular con su padre que no tiene el cuidado personal; a que ambos padres sean responsables de su desarrollo y en su derecho a ser protegido contra malos tratos y abusos".

De manera tal que se producen consecuencias emocionales "debido a que su relación con uno de sus progenitores está rota, produciéndose un empobrecimiento en distintas áreas del niño, cuantificándose la pérdida de una de estas figuras como la pérdida de las interacciones del día a día, de aprendizajes, del apoyo y del afecto que emana normalmente de los padres y abuelos. Además, ante la presencia o posibilidad de cercanía del progenitor alienado muestran reacciones de ansiedad, crisis de angustia y miedo a la separación produciéndose una generación innecesaria de un temor, junto con una alianza basada en la dependencia emocional y el temor y odio hacia el objeto alienado, encontrándose expuesto a niveles de tensión innecesarios."

Por otra parte, la determinación de la existencia de dicho síndrome resulta una labor compleja, es por ello que se recurren a las fases del SAP, señalados por el autor ya citado, que son las siguientes: "Primera: Surge un motivo o tema, o grupo reducido de ellos, que son elegidos por el progenitor alienador para iniciar la campaña de difamación y agresión. Este tema comienza a ser asimilado por el niño.

Segunda: Se consolida el motivo o tema que funciona como aglutinador de los deseos y emociones de ambos, generando una conexión privada entre los dos. Como consecuencia se producen emociones de complicidad y comprensión entre el programador y el hijo alienado que potencian la proximidad y lealtad.

Tercera: Comienzan a producirse en el hijo comportamientos tibios de negación, enfrentamiento y temor a la hora de relacionarse con el otro progenitor, que viene a reforzar sus lazos emocionales con el alienador; éste refuerza explícitamente sus estrategias de programación, supervisando las visitas a la vuelta del hijo, aumentando el tono de sus agresiones, provocando altercado en los momentos de intercambio, etc.

Y, finalmente, como desarrollo lógico la presencia de conductas de rechazo en el hijo aumenta en intensidad y frecuencia, adoptando un carácter de ausencia de ambivalencia plena en las emociones."

Se señala en la sentencia que ante esta situación es preciso recibir atención psicológica apropiada y oportuna, para que el niño no vea “afectado el desarrollo del auto-concepto y la autoestima, y las consecuencias que todo ello acarrea en el desarrollo de todo ser”.

**9.3.** La Sentencia de 23 de mayo de 2007 del Juzgado de Familia de Temuco, RIT N° C 110 2006<sup>13</sup>, fue confirmada por la Corte de Apelaciones de dicha ciudad, y por la Corte Suprema que rechazó el recurso de casación en el fondo que se interpuso en su contra.

En este caso, el cuidado personal del menor, era ejercido por el padre, que luego de evaluaciones psicológicas, se determinó que transmitía conceptos negativos al menor sobre su madre, y que además el niño padecía de carencia del rol materno.

Se concluyó en las pericias psicológicas que el niño: “(...) presenta síntomas de alienación parental (...). La omisión de todo lo referente a la persona alienada no le producirá daños físicos, pero sí en su desarrollo psicológico a largo plazo, cuando en la edad adulta ejerzan su papel de progenitores. El síndrome de alienación parental está considerado como una forma de maltrato infantil”.

Ante esto, se otorgó el cuidado personal del menor a la madre y se fijó un régimen de relación directa y regular a favor de padre y además se ordenó al niño y a sus padres someterse a un tratamiento de apoyo psicológico.

**9.4.** Luego, en “**Zapata con Pavez**”, sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, con fecha 15 de Febrero del 2011 que se pronuncia sobre la causa RIT C-1544-2010<sup>14</sup>, elevada del Juzgado de Familia de Puente Alto donde se reconoce la existencia del SAP, en este caso se ha suspendido el régimen comunicacional entre el padre y el hijo de manera indefinida. Situación que se apela, pues se reconoce que la madre, “crea en el niño una figura nociva de la imagen paterna en su imaginario para establecer distanciamiento del hijo al progenitor, lo que se basa en el Síndrome de Alienación Parental”.

En el mismo sentido se sostiene, “A. (el menor) se percibe alienado contra su padre, existe temor hacia aquél desde lo que su madre y el resto del grupo familiar materno le han relatado, viendo

---

<sup>13</sup> La información obtenida sobre este caso está disponible en: Informe sobre “Síndrome de Alineación Parental. Regulación y Jurisprudencia en Chile y en el Derecho Comparado” elaborado como Asesoría Técnica Parlamentaria BCN.

<sup>14</sup> Más información acerca de este caso, está disponible en: [http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH\\_MJJ26296&links=\[ALIEN,%20PARENT\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ26296&links=[ALIEN,%20PARENT])

amenazada su integridad desde el padre, que a nivel imaginario su madre ha creado, siendo el discurso materno el que se encuentra generando daño psicológico en el niño".

Esto ha acontecido por encontrarse ambos padres sumidos en conflictos conyugales. Así se sostiene en el considerando Octavo “lejos de aplacar los efectos negativos en A. de la separación de sus padres, han exacerbado en él los sentimientos de rechazo y temor ante situaciones de violencia transmitidas por los adultos que le rodean, produciendo en A. el fenómeno de alienación parental”

Al reconocer esta situación se sugiere que se restablezca el régimen comunicacional entre padre e hijo siendo supervisados por un tercero.

**9.5.** En distinto sentido, encontramos la causa “**Abuhabda con Moena**” ROL:565-09<sup>15</sup>, en que se pronuncia el Cuarto Juzgado de Familia de Santiago en 2009, que en principio establece custodia compartida para ambos padres en virtud de existir conductas tendientes a alienar al padre del menor por parte de la madre, resolución que es objeto de recursos de casación en la forma y apelación.

La Corte de Apelaciones de Santiago estima que corresponde acoger el recurso de apelación.

Así, en el Considerando Décimo de su sentencia sostiene “El llamado Síndrome de Alienación Parental, del que no se tienen noticias aparte de los dichos del psicólogo Cristián Roberto Cejas Martínez, titulado de la Universidad La República en el año 1996, no incluido en el listado de peritos de la Corte de Apelaciones de Santiago, quien publicó artículos de su especialidad en el sitio web de "Amor de Papá", que preside el demandante, consistiría en un conjunto de síntomas derivadas de la influencia de un padre o madre en su hijo con miras a que éste desprece al otro progenitor, impidiendo así el necesario vínculo entre el menor y su padre o madre”.

Se establece que “el rechazo del menor es una consecuencia natural y obvia de la conducta del demandante, que debe buscar en su propia conducta la explicación de la reticencia de su hijo a estar con él y no en maniobras psicológicas de la demandada”. De modo tal que desconoce la existencia del SAP, al sostener “...no hay evidencias que el menor sufra algún trastorno similar a lo que dicho testigo refiere como " Síndrome de Alienación Parental", del que, se reitera, no se tiene conocimiento de su reconocimiento por la comunidad científica especializada.”

---

<sup>15</sup> Más información acerca de este caso, está disponible en: [http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH\\_MJJ27404&links=\[ALIEN,%20PARENT\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ27404&links=[ALIEN,%20PARENT])

## **CAPITULO V**

### **PROPUESTA.**

Luego de lo expuesto, volvemos al punto inicial de interés, preguntándonos si efectivamente estos proyectos de ley resuelven los problemas existentes, ante esta interrogante hemos considerado que, por un lado se requiere la intención de legislar, pero por otro, también se requiere la capacidad de los legisladores de efectuar reales cambios al enfrentar esta tarea. Si bien los proyectos iniciales, traen al tapete temas interesantes, en los trabajos de comisiones estos han sido transformados, denotando que existen ciertas ideas preconcebidas que no pueden ser cambiadas con facilidad.

Ante esto, nos parece que es nuestra tarea proponer cuales son las soluciones que consideramos más eficaces, tomando como base todo el trabajo investigativo, y ante la necesidad de poseer una legislación clara y conforme a la realidad actual.

#### **1. En cuanto al cuidado personal de los hijos de padres separados.**

**1.1. Legislación.** Creemos que debe estar contemplada en la ley, tanto la posibilidad de custodia compartida, como la exclusiva:

1.1.1. Acerca de la custodia compartida, consideramos que resulta imperioso incluir esta opción, de que ambos padres puedan tener el cuidado personal de sus hijos en nuestra legislación, esto en razón de la igualdad parental, el principio de corresponsabilidad familiar y el derecho del hijo a la coparentalidad, como principios fundamentales.

1.1.2. En cuanto, al cuidado personal exclusivo, que pueda ser ejercido ya sea por la madre o por el padre. En relación a este tema, nos parece que resulta claramente discriminatoria la regla supletoria de atribución preferente materna, puesto que en la realidad el hombre no posee el mismo derecho de tener el cuidado personal de su hijo. Para nosotras es tiempo de olvidar antiguos prejuicios, que no tienen cabida en la actualidad, considerando que la mujer se ha incorporado en el mercado laboral al igual que el hombre, y las tareas de crianza pueden ser ejercidas conjuntamente o bien por cualquiera de los padres adecuadamente. Por esto, la legislación debería omitir la regla supletoria de atribución preferente materna, ya que no hace más que crear un elemento discriminatorio injustificado hacia ella.

## **1.2. Forma de ejercicio.**

1.2.1. Estimamos que, en principio, deberá decidirse de mutuo acuerdo entre los padres cual será la forma de ejercerlo. Esto considerando que es un tema de importancia. Además es necesario reconocer que la realidad de cada núcleo familiar es distinta. Asimismo, los más aptos para decidir con quién debe permanecer el hijo son sus padres.

Que es preciso que los padres tengan presente, lo mejor para el desarrollo del menor, esto es la presencia de ambos en su vida, primando siempre la cooperación y comunicación, eliminando el conflicto entre los mismos.

Que en caso de que los padres elijan el modelo compartido, resulta preciso regularlo de manera que resulte beneficioso para el menor. Esto es tomando en consideración cual será la residencia habitual del menor y la distribución de tareas que realizarán los padres.

1.2.2. Por el contrario, en aquellos casos donde no sea posible llegar a un acuerdo, debemos remitirnos a la decisión judicial tomando en consideración el interés superior del niño, considerando que ambos padres tienen derechos y deberes en la crianza de sus hijos y a su vez, los hijos tienen derecho a poseer una relación con sus padres, de modo que podrá ser atribuido el cuidado compartido o el cuidado exclusivo.

En cuanto, a la posibilidad del juez de elegir el cuidado personal compartido, será necesario que considere una serie de criterios, entre los cuales se encuentran:

1. La edad del menor. En el caso que el menor se encuentre en período de lactancia, podrá la madre solicitar, como excepción, que el cuidado personal resida en ella, por un tiempo que comprenda el período de lactancia o como máximo hasta los 3 años de edad del menor.
2. La disponibilidad horaria de ambos padres. Para que sea ejercido de la mejor manera posible, otorgando los mayores tiempos posibles de relación del menor para con los padres.
3. El tiempo de convivencia que ha tenido el menor con ambos padres. Con la intención de proteger al menor, se debe evitar cambiar drásticamente lo que ha sido su realidad convivencial hasta el día de la decisión judicial. Por ejemplo, si ha vivido con ambos padres hasta la separación, el cuidado personal exclusivo puede ser perjudicial para él. Por el contrario, si

siempre ha vivido con uno de los padres y con el otro no ha tenido relación directa y regular el cuidado personal compartido podría ser nocivo para él.

4. La opinión psicológica – siquiátrica de expertos. Se deberá considerar la opinión de expertos para determinar la idoneidad de las medidas de cuidado personal compartido o exclusivo.
5. Cualquier episodio de violencia intrafamiliar, ya sea entre los padres o respecto de los hijos.
6. Cualquier otro factor que proteja el interés superior del menor.

El juez podrá optar por el cuidado personal compartido en el caso que se comprueben conductas alienadoras del padre que posee el cuidado personal exclusivo, en contra del padre que no lo posee. Llegando incluso a otorgarle el cuidado personal exclusivo al padre alienado.

En caso, que el juez determine el cuidado personal compartido, se tomaran las medidas necesarias para que se lleve a cabo, en caso de que no sea cumplido por una de las partes, deberá por orden del tribunal realizarse una terapia familiar con los especialistas necesarios.

1.2.3. En caso que los padres no acudan a los tribunales se entenderá que el cuidado personal lo ejercerá el padre con el que el menor vive, no presentándose ningún problema al respecto, entendiéndose como un acuerdo entre los padres.

## **2. En cuanto al Síndrome de Alienación Parental.**

Creemos que es preciso reconocer cualquier tipo de actos donde se intente obstaculizar la relación de un hijo con uno de sus progenitores, y sancionarlos de la manera debida, para impedir se ocasionen daños en el menor, puesto que se requiere a ambos progenitores para su desarrollo adecuado, cualquiera sea el nombre, llámese Síndrome de Alienación Parental, o de cualquier otra manera, ya que lo importante no radica en reconocer en específico este síndrome, sino en evitar estos actos.

Lo destacable de los proyectos en este aspecto, es que analizan un tema discutido en algunos sectores, constituido por diversos grupos de padres principalmente, que se han visto afectados por situaciones de este tipo, y permiten se transforme en una tema discutido más ampliamente.

En este sentido, parece necesario plasmar esta realidad no reconocida en nuestra legislación y por ello, pensamos que aunque resulte cuestionable que la sanción sea penal, sí creemos que es necesario implementar un procedimiento que permita identificar el conflicto y encontrar una solución a este, para ello debe someterse a un tratamiento psicológico al padre alienador y, si es necesario, al menor alienado.

Junto a lo anterior, consideramos que toda obstrucción de la relación materno o paterno filial podrá dar lugar a que se modifique el régimen de convivencia con el hijo, como señalamos anteriormente, salvo que se afecte el interés del menor.

**3. Legislación.** Que en virtud de lo señalado y teniendo presente los proyectos de ley en tramitación, basándonos principalmente en el proyecto del boletín 5917 – 18, nuestro proyecto de ley sería el siguiente:

Modificase el artículo 225 del Código Civil en el siguiente sentido:

“Artículo 225.- Si los padres viven separados, el cuidado personal de los hijos se decidirá de mutuo acuerdo entre ellos. Si no hubiere acuerdo y surgiere disputa sobre cual padre tendrá la tuición, el juez decidirá cuál de los padres tendrá a su cargo el cuidado personal de los hijos. En caso de que alguno de los padres lo solicite podrá el juez optar por el cuidado personal compartido teniendo presente los siguientes criterios:

- 1) La edad del menor. En el caso que el menor se encontrare en período de lactancia, podrá la madre solicitar, como excepción, que el cuidado personal resida en ella, por un tiempo que comprenda el período de lactancia o como máximo hasta los 3 años de edad del menor.
- 2) La disponibilidad horaria de ambos padres.
- 3) El tiempo de convivencia que ha tenido el menor con ambos padres.
- 4) La opinión psicológica – siquiátrica de expertos.
- 5) Cualquier episodio de violencia intrafamiliar, ya sea entre los padres o respecto de los hijos.
- 6) Cualquier circunstancia que permita proteger el interés superior del niño.

Cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada o cuando no se solicite lo señalado en el inciso anterior, el juez podrá entregar su cuidado personal a uno de los padres en el caso del cuidado compartido o al otro de los padre en los demás casos.

No obstante, no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiere cumplido las obligaciones de mantención mientras estuvo al cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Igual medida se adoptará respecto del padre o madre respecto del cual se acreditare fehacientemente que ha maltratado física o psicológicamente al hijo.”

Modificase el artículo 229 del Código Civil en el siguiente sentido:

"Artículo 229: El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo. Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.

En el evento de que el padre o madre que tuviere a su cuidado el hijo incurriere en alguna de las siguientes conductas, o instigare a un tercero a cometerlas, el otro padre podrá solicitar judicialmente el cuidado personal compartido, con la sola excepción de lo previsto en el inciso final del artículo 225.

Estas conductas son:

- a) Denigrar, desprestigiar, insultar, alterar la imagen que el hijo tiene del otro padre en forma permanente y sistemática que tengan como resultado directo un cambio en la relación del otro padre con sus hijos;
- b) Obstaculizar o prohibir injustificadamente la relación entre los hijos y el otro padre, cuando éste último se encuentre cumpliendo sus obligaciones;
- c) Incumplir los acuerdos sobre visitas presentados ante el juez o las resoluciones que el Tribunal dicte al respecto en forma injustificada;
- d) Formular falsas denuncias sobre la conducta del otro padre que digan relación con el trato que éste da a los hijos.

Asimismo, el juez podrá suspender el derecho a visitas del padre o madre que no tuviere a su cargo el cuidado de los hijos y que incurriere en alguna de las conductas previstas en el inciso anterior o instigare a terceros a hacerlo.

En caso de que uno de los padres reitere las conductas descritas podrá el juez otorgar el cuidado personal exclusivo al otro padre.”

## CONCLUSION.

Podemos concluir que la legislación vigente dista bastante de la realidad familiar que hoy enfrentamos. Los artículos que tratan acerca del cuidado personal nos parecen anticuados y reflejan a una sociedad chilena de hace más de 20 años.

Ahora bien, los proyectos de ley parecen no subsanar los problemas de la legislación actual, consideramos que si bien tienen intenciones positivas, puesto que reconocen la existencia de inconvenientes y buscan ajustar la legislación a la realidad vigente, no resultan suficientes debido a los cambios realizados a los mismos, lo que imposibilita alcanzar sus objetivos básicos.

Creemos que solo se han hecho cargo parcialmente de los problemas, ya que, por una parte, si se reconoce la existencia de conductas que pretenden alejar al hijo de uno de sus progenitores. Pero, por otro lado, el cuidado personal de los hijos cuando no hay acuerdo entre los padres, correspondería a la madre, lo que nos lleva nuevamente al conflicto inicial. En este sentido, se refleja una intención de cambio, pero que no parece ser total.

Por ello, y conforme a todos los aspectos analizados anteriormente, es preciso considerar una real reforma en la manera que se ve el cuidado personal en Chile, puesto que estos proyectos responden a la demandas de diversos sectores que se oponen al modelo individual de cuidado personal, se quiere dejar atrás la concepción que aún estima que la madre es siempre la más apta para estar con el hijo, resultando preciso olvidar esta idea un poco obsoleta, debido al cambio en la forma de vida y rol que ocupa la mujer en la sociedad actual.

Tras el análisis del cuidado personal compartido, podemos concluir que es un sistema que debe ser incluido en nuestra legislación, ya que su aplicación trae consigo innumerables beneficios para los menores, y vela por el derecho del menor de relacionarse con ambos padres en formas equivalentes que permiten un mejor desarrollo de este. Creemos que esta es otra figura que presenta una serie de prejuicios, que una vez analizada no trae consigo sino conclusiones positivas en la mayoría de los casos.

En cuanto al Síndrome de Alienación Parental creemos que las conductas que la componen son hechos innegables en la sociedad chilena y que más allá del nombre que reciba debe recogerse en

nuestra legislación. En nuestro concepto no debería tener reconocimiento penal por parecernos excesivo y contraproducente para la familia. Así, creemos que como sanción a estas conductas la respuesta debería ser un cambio de régimen de cuidado personal acompañado de tratamientos psicológicos para el padre alienador e incluso para el menor.

En ambas figuras hemos observado que en el derecho comparado son muchas las legislaciones que ya han regulado estos temas. Y es preciso Chile se sume, en función de la crianza y educación de los hijos cuyo interés ha de ser siempre el preponderante.

Por ello, hemos finalizado nuestro trabajo con una propuesta que presenta los elementos que consideramos fundamentales y hemos recogido a través de nuestra investigación, con el objeto de entregar una legislación que si reconozca los problemas pero también entregue soluciones reales a estos, en miras siempre de una mejor calidad del vida del menor que permita su desarrollo adecuado, considerando siempre el interés superior del niño, que ha sido plasmado en diversas Convenciones suscritas por Chile y reconocido incluso en nuestro propio Código Civil.

## BIBLIOGRAFIA.

### LIBROS.

**Ramos Pazos, René** (2010): *“Derecho de Familia”*, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.

**Gil Dominguez, Andrés, Fama, María Victoria y Herrera, Marisa** (2006): *“Derecho Constitucional de Familia”*. Tomo I. Editorial Edial Sociedad Anonima, Editora Comercial, Industrial y Financiera. Argentina.

**García Garnica, María del Carmen** (2008): *“Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinaria. Capítulo II Protección de los Menores en los Procesos de Separación y Divorcio”*, Editorial Aranzadi. España.

**Alexy, Robert** (2008): *“Teoría de los Derechos Fundamentales”*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España.

**Lathrop Gómez, Fabiola** (2005): *“Cuidado Personal de los hijos. Análisis de Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia”*. Editorial Punto Lex S.A. Santiago, Chile.

**Manonellas, Graciela** (2007): *“La responsabilidad penal del padre obstaculizador. Ley 24.270. Síndrome de Alienación Parental (SAP)”*, Editorial Ad-Hoc. Argentina.

**Montenegro, Hernán** (2007): *“Problemas de Familia”*, Editorial Mediterráneo Ltda. Santiago, Chile.

### ARTÍCULOS.

**Alascio Carrasco, Laura y Marín García, Ignacio.** (2007) “Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC”. Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2007.

**Lathrop G. Fabiola** (2007) “Los conflictos de intereses entre progenitores e hijos”. Gaceta Jurídica NUMERO 330, 2007.

**Lathrop G. Fabiola** (2008.1) “Algunas Consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”. Revista Chilena de Derecho Privado. Fernando Fueyo Laneri N° 10. Julio 2008. Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri. Santiago de Chile ISSN 0718-0233.

**Lathrop Gómez, Fabiola.** (2008.2.) “La corresponsabilidad parental.” Estudios de derecho civil IV. Jornadas Nacionales de derecho Civil. Olmué, Legal Publishing.

**Lathrop Gomez, Fabiola** (2010): “(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno” en *Revista Ius et Praxis*, Año 16, Nº 2, Santiago, Chile.

**Negroni Vera, Gloria.** Jueza del Tercer Tribunal de Familia de Santiago, escuchada por la Comisión de familia. Ventajas del principio de corresponsabilidad.

**Rodríguez Pinto, María Sara.** (2008) “La tuición compartida o alternada en Chile. Conflictos entre el interés superior del niño y los intereses de padres separados”. Estudios de derecho civil IV. Jornadas Nacionales de derecho Civil. Olmué, 2008. Legal Publishing.

**Rodríguez Pinto, María Sara** (2009): “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, núm. 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile.

**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*, Nro XXXIII, Valparaíso, Chile.

**Vela Sánchez, Antonio J.** La custodia compartida: ¿posibilidad o quimera? Editorial Aranzadi. España, 2008.

## DOCUMENTOS ELECTRONICOS.

**Escudero, Antonio; Aguilar Lola y De la Cruz, Julia** (2008): “La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP): «terapia de la amenaza»”, en *Originales y Revisiones de la Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*. Disponible en <http://scielo.isciii.es/pdf/neuropsiq/v28n2/v28n2a04.pdf> . Fecha última consulta: 16 Julio 2011.

**Pedrosa de Alvarez, Susana.** “¿Qué es el Síndrome de Alejamiento Parental?”. Disponible en <http://sindromedealienacionparental.apadeshi.org.ar/sindromesusana.htm> . Fecha última consulta: 16 Julio 2011.

**Brandes Joel** (2000): "Parental Alienation", en *New York Law Journal*. Disponible en <http://deltabravo.net/custody/pas-brandes.php> Fecha última consulta: 16 Julio 2011.

Informe sobre “Síndrome de Alineación Parental. Regulación y Jurisprudencia en Chile y en el Derecho Comparado” elaborado como Asesoría Técnica Parlamentaria BCN.  
Fecha última consulta: 25 Julio 2011.

**Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lamm, Eleonora.** “Pasos jurisprudenciales (dos firmes, otro no tanto) a favor de la Guarda Compartilhada. Una visión comparativa a través del nuevo derecho español e italiano en la materia”. 2008. <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=418>

## **PROYECTOS DE LEY.**

*Proyecto* 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.

Proyecto que introduce modificaciones en el Código Civil, en relación al cuidado personal de los hijos.

## **CUERPOS LEGALES.**

Constitución Política de la Republica de Chile

Código Civil Chileno

Ley de Matrimonio Civil

Convención de los Derechos del Niño

## **PAGINAS DE INTERNET.**

**Código Civil del Estado de Aguas Calientes, México.** Disponible en: [http://www.aguascalientes.gob.mx/gobierno/leyes/leyes\\_PDF/24082010\\_103637.pdf](http://www.aguascalientes.gob.mx/gobierno/leyes/leyes_PDF/24082010_103637.pdf)

**Código de Ohio, Estados Unidos.** Disponible en: <http://codes.ohio.gov/orc/3109.04>

**Ley 24.270** “Configúrase delito al padre o tercero que impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes.” Ley complementaria del Código Penal Argentino. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/668/norma.htm>

**Código Penal California, Estados Unidos.** Disponible en: <http://codes.lp.findlaw.com/cacode/PEN>

## **SENTENCIAS.**

-<http://www.secuestro-emocional.org/>

-<http://www.anasap.org/2011/03/07/dos-nuevas-sentencias-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-el-sap-existe-en-europa-con-4-nuevas-victimas-un-nino-y-una-nina-una-madre-y-un-padre/>

-<http://www.microjuris.cl/>

## ANEXOS

### Anexo 1

#### **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 Boletín N° 5917-18**

#### **PROYECTO DE LEY.**

**ARTÍCULO PRIMERO:** A) Agrégase el siguiente inciso segundo al artículo 222 del Código Civil, pasando el actual inciso segundo a ser el tercero y final.

"Es deber de ambos padres, cuidar y proteger a sus hijos, velar por la integridad física y psíquica de ellos. Los padres deberán actuar en forma conjunta en las decisiones que tengan relación con el cuidado, educación y crianza de los hijos y deberán evitar actos u omisiones que degraden, lesionen o desvirtúen en forma injustificada o arbitraria la imagen que el hijo tiene de ambos padres o de su entorno familiar."

B) Modifícase el artículo 225 del Código Civil en el siguiente sentido:

"Artículo 225.- Si los padres viven separados, el cuidado personal de los hijos corresponderá en principio a ambos padres en forma compartida. Si no hubiere acuerdo en adoptar el cuidado compartido y surgiere disputa sobre cual padre tendrá la tuición, el juez decidirá a solicitud de cualquiera de ellos cual de los padres tendrá a su cargo el cuidado personal de los hijos.

Todo acuerdo que regule el cuidado personal de los hijos deberá constar por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda a la madre o al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

Cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada o cuando no se cumpla lo señalado en el inciso anterior, el juez podrá entregar su cuidado personal a uno de los padres en el caso del cuidado compartido o al otros de los padres en los demás casos.

No obstante, no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiere cumplido las obligaciones de mantención mientras estuvo al cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Igual medida se adoptará respecto del padre o madre respecto del cual se acreditare fehacientemente que ha maltratado física o psicológicamente al hijo."

C) Modifícase el artículo 228 del Código Civil en el siguiente sentido:

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

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

En el evento de que el padre o madre que tuviere a su cuidado el hijo incurriere en alguna de las siguientes conductas, o instigare a un tercero a cometerlas, el otro padre podrá solicitar judicialmente que se le entregue el cuidado personal de los hijos, con la sola excepción de lo previsto en el inciso final del artículo 225.

Estas conductas son: a) Denigrar, desprestigiar, insultar, alterar la imagen que el hijo tiene del otro padre en forma permanente y sistemática que tengan como resultado directo un cambio en la relación del otro padre con sus hijos; b) Obstaculizar o prohibir injustificadamente la relación entre los hijos y el otro padre, cuando éste último se encuentre cumpliendo sus obligaciones; c) Incumpliere los acuerdos sobre visitas presentados ante el juez o las resoluciones que el Tribunal dicte al respecto en forma injustificada; d) Formular falsas denuncias sobre la conducta del otro padre que digan relación con el trato que éste da a los hijos.

Asimismo, el juez podrá suspender el derecho a visitas del padre o madre que no tuviere a su cargo el cuidado de los hijos y que incurriere en alguna de las conductas previstas en el inciso anterior o instigare a terceros a hacerlo.

El padre o madre que, actuando personalmente o a través de terceros, obliga al hijo a prestar falso testimonio en juicio, en indagaciones policiales o peritajes, con miras a denostar al otro progenitor será responsable civil y penalmente. Se aplicará respecto de él la pena prevista para el falso testimonio."

d) Sustitúyese el artículo 245 del Código Civil por el siguiente:

"Artículo 245: Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida en primer término, por ambos en conformidad con lo previsto en el artículo anterior.

Si la tuición estuviere entregada a uno de los padres, éste ejercerá la patria potestad.

No obstante, por 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."

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Sustitúyese el artículo 104 de la ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, por el siguiente:

**ARTÍCULO 104:** Procedencia de la mediación. Todo asunto de índole judicial en que se discuta acerca del cuidado personal de los hijos, deberá ser sometido a mediación.

Las demás materias de competencia de los juzgados de familia, excepto las señaladas en el inciso final, podrán ser sometidas a un proceso de mediación acordado o aceptado por las partes.

En los asuntos a que dé lugar la aplicación de la ley N° 19.325, sobre Violencia Intrafamiliar, la mediación procederá en los términos y condiciones establecidos en los artículos 96 y 97 de la presente ley.

Sin embargo, no se someterán a mediación los asuntos relativos al estado civil de las personas, salvo en los casos contemplados por la Ley de Matrimonio Civil; la declaración de interdicción; las causas sobre maltrato de niños, niñas o adolescentes; y los procedimientos regulados en la ley N° 19.620, sobre Adopción."

## **Anexo 2**

### **Introduce modificaciones en el Código Civil, en relación al cuidado personal de los hijos Boletín N° 7007-18**

#### **PROYECTO DE LEY**

**"Artículo 1°.** Sustitúyese el artículo 225 del Código Civil, por el siguiente:

**Artículo 225.** Si los padres viven separados, podrán determinar de común acuerdo, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, a cuál de los padres corresponde el cuidado personal de uno o más hijos, o el modo en que dicho cuidado personal se ejercerá entre ellos, si optaran por hacerlo en forma compartida. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

Tratándose de lo dispuesto en el inciso anterior, a falta de acuerdo, decidirá el juez. Una consideración primordial a la que atenderá será el interés superior del niño.

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

**Artículo 2°.-** Derógase el artículo 228 del Código Civil."