

**El cuidado personal compartido de los hijos  
en el Código Civil chileno. Revisión  
de la modificación introducida  
por la ley 20.680 de 2013**  
*Shared personal care of children in the Chilean  
Civil Code. Review of the amendment  
by the 20.680 law of 2013*

**Marcela Acuña San Martín\***

**RDP**

**RESUMEN**

La Ley 20.680 del 21 de junio de 2013, ha incorporado en el ordenamiento jurídico familiar chileno la figura del cuidado personal compartido de los hijos. Si bien no se trata de una reforma radical, se avanza en el resguardo del interés superior de los niños y en la consolidación de la corresponsabilidad parental activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos.

**PALABRAS CLAVE:** cuidado personal; custodia compartida; corresponsabilidad parental; familia.

**ABSTRACT**

The 20,680 Law of June 21st, 2013, has been incorporated into the Chilean family legal figure shared personal care of the children. While this is not radical reform, progress in safeguarding the interests of chil-

---

\* Doctora en derecho de familia por la Universidad de Zaragoza (España); licenciada en ciencias jurídicas por la Universidad Austral de Chile y profesora de derecho de familia en la Universidad de Talca. [acunasm@utalca.cl](mailto:acunasm@utalca.cl).

El Comité Editorial hace del conocimiento la existencia de una opinión —sobre mismo tema— de la autora, visible en internet; bajo el título *Consideraciones sobre la forma de los acuerdos de cuidado personal compartido*.

MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN

dren and the consolidation of active parental responsibility, equitable and permanent in the upbringing and education of children.\*\*

KEY WORDS: child custody; joint custody; parental responsibility; family.

## Sumario

1. Introducción
2. Regulación del cuidado personal de los hijos previa a la modificación legal
3. Antecedentes de la modificación legal y su discusión parlamentaria
4. Modificaciones a las reglas de atribución del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil
5. Regulación del cuidado personal compartido
  - A. Concepto de cuidado personal compartido
  - B. Acuerdo de cuidado personal compartido
  - C. Modalidades de cuidado compartido
6. Principio de corresponsabilidad parental
7. Conclusiones

## 1. Introducción

El 21 de junio de 2013 se publicó en el *Diario Oficial* y entró a regir la Ley 20.680 que modifica el Código Civil chileno y otros textos legales con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados. De las diversas modificaciones legales que, inspiradas en el principio del interés superior del menor y la corresponsabilidad parental, en general implican mejorar el régimen de relaciones paterno filiales, la reforma al artículo 225 del Código fue la que ofreció el más amplio debate parlamentario; por su parte, la incorporación del cuidado personal compartido ha generado el mayor número de titulares de prensa, pronunciamientos políticos y sociales e instancias de debate académico.

---

\*\* Traducción realizada por la licenciada Ximena Armengol Silenzi. SOLCARGO, [www.solcarga.com.mx](http://www.solcarga.com.mx).

El cuidado personal compartido es una forma de organización del cuidado personal de los hijos de padres que no viven juntos basada en los principios de la igualdad entre hombres y mujeres, la corresponsabilidad parental y coparentalidad.<sup>1</sup> Es una figura inclusiva de los roles parentales, pero no la única.

Este trabajo examina la forma como ha quedado recogido el cuidado personal compartido en el Código Civil chileno, con la finalidad de aportar a la reflexión sobre esta institución. Por tanto, no se trata de un análisis en profundidad de la figura de la custodia compartida en general, ya ampliamente examinada y difundida en doctrina; tampoco se trata de la revisión sistemática de todas las modificaciones que la Ley recientemente publicada introduce al Código Civil chileno, pues las temáticas son diversas y merecen análisis independientes.

Para el logro del objetivo planteado, se describe la regulación previa del cuidado personal de los hijos en situaciones de vida separada de los progenitores; se revisan brevemente, los grandes hitos de la discusión parlamentaria referidos al artículo 225 del Código Civil; posteriormente, se examinan las modificaciones a tal precepto legal y se analiza la forma como se ha aceptado el cuidado personal compartido y el principio de corresponsabilidad parental. Finalmente, se esbozan algunas ideas a título de conclusiones generales.

## **2. Regulación del cuidado personal de los hijos previa a la modificación legal**

Resulta relevante consignar brevemente la situación previa a la última modificación legal a fin de evaluar correctamente su real impacto y trascendencia en el contexto social, familiar y jurídico chileno. Si bien el artículo 224 establecía que “toca de consuno a los padres,

---

<sup>1</sup> En el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el segundo trámite constitucional del proyecto que dio lugar a la Ley 20.680, el representante de Unicef señaló que el sistema del cuidado personal compartido era el único que cumplía con los tres principios de corresponsabilidad parental, igualdad parental y derecho a la coparentalidad (junio 2012, p. 144). Antes en el mismo sentido, en Informe en primer trámite Constitucional de enero 2012, *www.bcn.cl*, boletines 5917-18 o 7007-18.

MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN

o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”, para las situaciones de vida separada de los progenitores sólo se contemplaba la modalidad de custodia individual de los hijos menores comunes, ya fuera para uno de los progenitores o para un tercero en casos excepcionales.<sup>2</sup> Para determinar a qué progenitor correspondía el cuidado personal exclusivo de los hijos, concurrían en el artículo 225 del Código Civil tres reglas de atribución, a saber: en primer término la regla de atribución legal, que en materia de cuidado personal de los hijos mantenía la histórica preferencia por la madre<sup>3</sup> “si los padres viven separados, a la madre corresponderá el cuidado personal de los hijos”, artículo 225, inciso 1o. del CC. Se trataba de un

---

<sup>2</sup> El artículo 226 del Código Civil facultaba al juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, para confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. En la elección de estas personas se debía preferir a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes. El artículo 42 de la Ley de Menores complementaba la situación señalando que “para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entiende que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral: cuando estuvieren incapacitados mentalmente; cuando padecieren de alcoholismo crónico; cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo; cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio; cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad; y cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material”. Producto de las modificaciones al Código Civil, la Ley 20.680 ha introducido al artículo 226 como criterio corrector de la decisión judicial, el deber de velar por el interés superior del niño, no en abstracto, sino en atención a ciertos criterios que la misma reforma introduce. El nuevo artículo 226 del Código Civil ha quedado redactado de la siguiente manera: “Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes”.

<sup>3</sup> La jurisprudencia denominaba tradicionalmente regla de orden natural a la disposición del artículo 225 inciso 1o. del Código Civil chileno. Al respecto se puede ver por ejemplo Corte Suprema, sentencia de 15 julio de 2008, en autos rol 3097-08, consultada en [www.microjuris.com](http://www.microjuris.com), número identificador MJJ17775. De un modo similar ha sido entendido por cierta doctrina: “Lógicamente, y por obra de la naturaleza, los hijos deben estar al lado de la madre. Sólo situaciones de excepción justifican la alteración de la regla y ello mejor que nadie lo podrán resolver los propios padres y, en caso contrario, el juez competente”. Abeliuk Manasevich, René, *La filiación y sus efectos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, t. I, p. 329.

derecho de la madre, pero no de una regla absoluta y definitiva,<sup>4</sup> pues existían otras normas que podían alterar esa preferencia materna. La segunda regla era de atribución convencional, consagrada en el inciso segundo del artículo 225 conforme a la cual se permitía a los padres, acordar sobre el cuidado personal de sus hijos, pero con limitaciones: “ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre”. El acuerdo es solemne,<sup>5</sup> esencialmente revocable, de contenido único y restringido, en su virtud sólo se posibilitaba al padre la asunción del cuidado personal individual de los hijos; además, permitía la separación de los hermanos, pudiendo en consecuencia, ejercerse el cuidado personal exclusivamente por el padre respecto de algunos de ellos, quedando el o los otros hijos, conforme a la regla legal general, al cuidado de la madre. Por último, el inciso tercero de la disposición citada consagraba la tercera regla, de atribución judicial del cuidado exclusivo de los hijos, con el siguiente tenor:

En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres,<sup>6</sup> excluyendo en todo caso

---

<sup>4</sup> Acuña San Martín, Marcela, *Efectos jurídicos del divorcio*, Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2011, p. 383.

<sup>5</sup> El acuerdo debía constar en escritura pública o acta extendida ante oficial del Registro Civil y debía subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los 30 días siguientes al otorgamiento.

<sup>6</sup> Se entendía que la causa genérica, esto es, la causa justificada del inciso 3o. del artículo 225, debía dotarse de contenido por el juzgador en armonía con el principio de interés superior del menor y, por tanto, permitía una evaluación más amplia que la simple consideración formal de la existencia o inexistencia de indicios de estar algunos de los padres afectado por alguna causal legal de inhabilidad. Así por ejemplo, la Corte Suprema, revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel que concedía a la madre el cuidado personal de una menor por haber decidido en forma contraria al interés superior de la niña. Estimó el máximo tribunal que “aun no habiéndose establecido en el proceso alguna inhabilidad por parte de la madre el interés superior de la menor, ha sido preterido en beneficio de la madre, puesto que dicho principio en el caso concreto, se traduce en brindarle a la menor un entorno propio de protección y apego filial, en aras de mantener la estabilidad alcanzada (la menor nació en 1999 y desde 2004 vivía con su padre) y el óptimo desarrollo de su personalidad, lo que sólo puede verificarse en el hogar paterno; lo que constituye *causa calificada* y suficiente

MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN

la posibilidad de confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

Conforme al primer inciso de la norma, el padre se veía excluido de la posibilidad de hacerse cargo del cuidado de su hijo por la presunción —en abstracto— de que los hijos estarán mejor con la madre, presunción que se justificaba en un histórico patrón cultural de distribución de roles en el país. La situación descrita desincentivaba el desarrollo de una corresponsabilidad parental al tiempo que sobreexigía a las madres que trabajaban fuera del hogar.

Pese a las posibilidades que reconocían los incisos 2o. y 3o. del artículo 225 y a los esfuerzos de algunas Cortes en ordenar que la norma legal que otorga preferencia a la madre para el cuidado personal de los hijos, cede frente al interés superior del niño, es decir, “deja de ser tal y, por consiguiente, viene a prevalecer dicho principio, toda vez que se trata, precisamente de definir la situación a favor del menor, buscando la mejor alternativa para él, para dejarlo bajo el cuidado de quienes, a la luz de las pruebas, reúnen las mejores condiciones integrales”,<sup>7</sup> la regla fue adquiriendo una fuerza desmedida, como se advierte desde el mismo Poder Judicial: “los jueces normalmente daban a la regla supletoria un carácter imperativo, sin abrirse a otras posibilidades”; incluso se señalaba que el “atavismo cultural hacía que en los tribunales de familia el interés o bienestar de los menores se confundiera con la tuición materna”.<sup>8</sup>

En la realidad aplicativa, en la gran mayoría de los casos, principalmente por la ausencia de acuerdo, la madre ha ejercido la guarda y

---

a la luz de lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 225 del CC para determinar que la menor se mantenga bajo el cuidado del padre”. Corte Suprema, 29 de julio de 2008, autos Rol 3469/2008.

<sup>7</sup> Corte de Apelaciones de Talca, en sentencia del 26 de julio de 2000, en autos Rol 441-2000, [www.legalpublishing.cl](http://www.legalpublishing.cl), número identificador 21966, última visita 30 de julio de 2013.

<sup>8</sup> Inés María Letelier Ferrada, Ministra de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia en primer trámite constitucional, boletín 5917-18, p. 24.

custodia de modo exclusivo respecto de todos los hijos, cualquiera sea su sexo o edad, hasta los 18 años; por lo mismo, ella ha podido tener una relación maternofamiliar fortalecida no sólo porque el cuidado personal ordinario implicaba la crianza y educación diaria de los hijos —y por tanto una mayor influencia en su formación—, sino también porque la titularidad del cuidado personal traía como consecuencia la atribución legal de la titularidad y ejercicio de la patria potestad, según el artículo 245 del Código Civil previo a la modificación de la Ley 20.680. Y con ello, la representación de los hijos y la administración y el derecho legal de goce sobre los bienes de éstos, a lo que se suma, la posibilidad de seguir disfrutando de la vivienda constituida en bien familiar antes del divorcio. En suma, la regla de atribución legal, en la práctica, peligrosamente estaba generando una concentración de poderes y facultades en uno de los progenitores privando al otro prácticamente de todos los efectos esenciales que configuran la relación de filiación.<sup>9</sup>

El inciso 1o. del artículo 225 había sido fruto de diversos cuestionamientos durante los últimos años principalmente relativos a su constitucionalidad. La norma legal de atribución materna preferente había sido fuertemente defendida y atacada a la luz del principio de igualdad consagrado en el artículo 19, núm. 2, de la Constitución Política: por un lado, se sostenía en resumen, que la norma no ofendía el principio de igualdad de los progenitores, pues no es un derecho subjetivo que la ley atribuya a la madre, sino que es la atribución automática por ley de un deber, una regla supletoria, conservando el padre su derecho a relacionarse con el menor; además, se sostenía que reducía la litigiosidad y judicialización de los conflictos entre padres que no han podido ponerse de acuerdo, a ello se añadía la consideración de ser una regla que fomenta los acuerdos de éstos al saber que si no llegan a un convenio la ley atribuirá la tuición de los hijos de una determinada manera.<sup>10</sup> En la vereda opuesta, se argumentaba que desde el punto de vista de la igualdad formal, el Código Civil establecía una discriminación en

<sup>9</sup> Acuña San Martín, Marcela, *op. cit.*, p. 385.

<sup>10</sup> Rodríguez Pinto, María Sara, “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflicto de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, 2009, vol. 36, núm. 3, pp. 558-564.

MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN

contra del hombre, que no se justificaba con ningún criterio de necesidad aceptable, ni de razonabilidad, ni de proporcionalidad.<sup>11</sup>

El Tribunal Constitucional, por su parte, recientemente había concluido que la regla de atribución preferente a la madre del cuidado personal de los hijos no representa, por sí misma, una vulneración a la garantía de igualdad ante la ley; pues aunque introduzca una diferencia de trato entre la madre y el padre, la misma tiene justificación en la realidad social de nuestro país. De ahí que la adopción de esta regla por el legislador es una opción lícita, que, además, por su fácil aplicación, simplifica la solución de un problema que muchas veces requiere de una definición urgente para no lesionar el interés superior de los niños. Además, reconocía el Tribunal que no se trata de una regla absoluta, desde el momento que ella puede ser alterada por acuerdo de los padres, como también por resolución judicial dictada conforme al inciso tercero del artículo en cuestión.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Lathrop Gómez, Fabiola, "(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno", *Revista Ius et Praxis*, Talca, 2010, año 16, núm. 2, pp. 147-184; Barros Bourie, Enrique, "Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de filiación", *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno*, Santiago, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, LOM Ediciones, 1998, pp. 47 y 48.

<sup>12</sup> Considerando decimoquinto de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 30 de mayo de 2013, en autos Rol núm. 2306-12-INA. Consultada en [www.tribunalconstitucional.cl](http://www.tribunalconstitucional.cl). Incluso señala el Tribunal que si bien puede haber otras opciones legislativas, la vigente no parece desproporcionada o irracional, considerando decimosexto. Antes y en el mismo sentido, el voto disidente en Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de noviembre del 2012, en autos Rol núm. 2156-12-INA. Hay que señalar, con todo, que en voto disidente, en la sentencia del 30 de mayo 2013, se argumentó la inconstitucionalidad de la regla legal de atribución preferente tanto por discriminar contra la mujer, como por discriminar contra el padre. Se sostuvo que al decir el inciso primero del artículo 225 del Código Civil que a la madre "toca el cuidado personal de los hijos" se facilita la elusión de obligaciones parentales del padre puesto que la separación deviene indefectiblemente en custodia maternal. No hay opción para la madre cuando tiene una atribución legal que le asigna responsabilidades que un padre las asume como excluyentes de toda correlación personal suya. Le toca, quiera o no quiera, pueda o no pueda. Conjuntamente con ello, el legislador le asigna al padre un papel supletorio, secundario y culturalmente irrelevante en el cuidado de los hijos. Es discriminatorio porque constituye una exclusión en razón de un criterio sospechoso, el sexo. No importa su capacidad, su compromiso paterno, su disponibilidad de tiempo, su voluntad, sus méritos en su autoridad paternal; el artículo 225 inciso primero del Código Civil establece un privilegio carga respecto de la madre al atribuirle un estatuto



Respecto de la atribución judicial del artículo 225, se habían planteado objeciones de constitucionalidad, las que quedan bien reflejadas en la reciente argumentación con que el Tribunal Constitucional acoge parcialmente un requerimiento y lo declara inaplicable por inconstitucional. El Tribunal razona que la excepción que el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil contempla para variar la regla de atribución que haya operado en virtud del inciso primero o segundo del mismo artículo

...resulta excesivamente onerosa y desproporcionada para aquel de los padres que, no teniendo el cuidado personal de los hijos, aspira a tenerlo, pues exige la ocurrencia de circunstancias tan altas y calificadas que constituyen una diferencia de trato que cabe calificar de arbitraria y que no tiene amparo en la Constitución.

En efecto, al exigir el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil entregar el cuidado personal de los hijos, contra la voluntad del progenitor que lo tuviere a su cargo, la medida es indispensable para el interés del hijo, pero no por cualquier causa, sino únicamente por maltrato, descuido u otra causa calificada, “viene a significar que la medida sea del todo necesaria y por motivos especialmente graves, impide al juez, si no concurren estas circunstancias, confiar al padre o madre el cuidado de los hijos aunque fuere simplemente beneficioso de acuerdo a las circunstancias del caso”; con lo cual se produce una diferencia de trato que excede lo que es lícito hacer al legislador conforme a la garantía constitucional de igualdad ante la ley, la que sólo admite la diferencia que pueda calificarse de razonable o justificada.<sup>13</sup>

Si bien la legislación chilena no posibilitaba la custodia compartida, en la práctica parejas separadas que mantenían buenas relaciones posteriores al divorcio o la separación en beneficio de sus hijos, sí adoptaban formulas para que ellos mantuvieran la cotidianidad con ambos padres.<sup>14</sup> Decisiones judiciales aisladas, por su parte, también habían

---

diferenciado, sin justificación, respecto del padre. Con ello, la disposición discrimina arbitrariamente, vulnerando el artículo 19, núm. 2 de la Constitución.

<sup>13</sup> Considerando Vigésimo, Sentencia del Tribunal Constitucional, *op. cit.*

<sup>14</sup> Al respecto, se puede ver el reportaje “Familias: padres separados ensayan fórmulas para mantener el vínculo con sus hijos”, *Diario El Mercurio*, domingo 26 de agosto de 2007, <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id=%7Bbdd80852-a9a4-40a>

MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN

comenzado a reconocer que ambos padres podían estipular un cuidado personal compartido del hijo, basadas principalmente en lo dispuesto por el artículo 18 de la Convención de Derechos del Niño (CDN), que si bien no establece expresamente la tuición o cuidado personal compartido del menor en el evento de que los padres se encuentren separados, no prohíbe la estipulación de común acuerdo como una forma de asumir las responsabilidades comunes al respecto.<sup>15</sup> Dentro de la legislación interna, acuerdos de esa naturaleza no podían tener como fundamento el artículo 225 del Código Civil, por el carácter restringido de su contenido; sin embargo, como tuve oportunidad de sostener en otro momento,<sup>16</sup> sí se presentaba una puerta viable de acuerdo en dicho sentido a través del convenio regulador, también llamado acuerdo completo y suficiente) que se debe presentar cuando la separación o el divorcio por cese de la convivencia es solicitado de común acuerdo por los cónyuges. Pues, si bien el legislador exige que se regule lo referido al cuidado personal de los hijos, no expresa ninguna limitación al respecto artículo 55 en relación con el artículo 21, ambos de la Ley 19.947 de Matrimonio Civil.

### 3. Antecedentes de la modificación legal y su discusión parlamentaria

En el ámbito legislativo diversas mociones venían promoviendo la modificación del artículo 225 para igualar los derechos de los progenitores,<sup>17</sup>

---

1-bb36-c81d6fb084a4%7D, consultado el 2 de agosto de 2013. También por más reciente se pueden leer las necesidades planteadas por colectivos de padres separados que promueven la custodia compartida: <http://www.emol.com/tendenciasymujer/Noticias/2011/03/11/20894/El-sindrome-de-alienacion-parental-una-realidad-latente.aspx>.

<sup>15</sup> Por citar un ejemplo, Corte de Apelaciones de Chillán, en sentencia del 24 de abril de 2008, en autos rol 90-2008 consultada en: [www.legalpublishing.cl](http://www.legalpublishing.cl), número identificador 38835, 31 de julio de 2013. Más recientemente en una prevención, citando disposiciones de la Convención de Derechos del Niño, se sostuvo que los jueces de familia deben incentivar una custodia compartida, basada en el principio de la corresponsabilidad parental. Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 26 de julio de 2011, en autos rol 50/2011, consultada en [vlex.com](http://vlex.com), id. vLex: VLEX-310606306, fecha de la visita 14 de abril de 2013.

<sup>16</sup> Acuña San Martín, Marcela, *op. cit.*, p. 385.

<sup>17</sup> Entre otros destaca un proyecto de ley que proponía que si los padres no alcanzan

algunos de estos proyectos habían sido objetados por la Corte Suprema que llamada a informar se manifestó contraria por estimar que en pos de conseguir la no discriminación del hombre frente a la mujer en lo relativo al cuidado personal de los hijos comunes, cuando viven separados, se podría ir en menoscabo del interés superior del niño.<sup>18</sup>

En 2008, sin embargo, se ingresó un nuevo proyecto de modificación del artículo 225 estableciendo que si los padres viven separados, el cuidado personal de los hijos corresponderá en principio a ambos padres en forma compartida y 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.<sup>19</sup> Dentro de sus fundamentos se

---

acuerdo, el juez atendido el interés superior del niño debía entregar el cuidado personal al padre que se encuentre más facultado para ésta función, pudiendo entregar el cuidado personal de el o los menores a ambos padres, cuando estos se encuentren igualmente habilitados para dicho cuidado, para que la tuición sea alternada entre ellos. Entre las argumentaciones de la propuesta estaba la consideración de los derechos establecidos en la Constitución y tratados internacionales en lo referente a la calidad del ser humano y a la igualdad entre hombre y mujer. Boletín 5197-07, ingresado el 11 de julio de 2007, disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl). Otros proyectos relacionados son: proyecto de ley iniciado en moción de los Honorables Senadores Coloma y Novoa, que modifica el Código Civil en lo relativo al cuidado personal de los hijos cuyos padres viven separados. Boletín 5.793-07; proyecto de ley originado en moción de los honorables senadores Navarro y Quintana, que confiere a los abuelos el derecho a mantener una relación directa y regular con sus nietos (Boletín 7.076-07), y proyecto de ley iniciado en moción del honorable senador Navarro, que modifica el Código Civil para establecer el cuidado personal compartido de los menores y evitar el daño de éstos en caso de separación de los padres (Boletín 8.205-07).

<sup>18</sup> La Corte argumentó que la realidad de la calidad de la relación de los padres nuevamente podría imponerse a la norma, y hacer de la tuición compartida un asunto que podría acarrear una serie de inconvenientes en la toma de decisiones acerca de la crianza, cuidado personal y educación del menor, por lo que su inclusión no parece ser aconsejable. Corte Suprema, Oficio núm. 285 del 23 de agosto de 2007, [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

<sup>19</sup> Boletín 5917-18, iniciativa de los exdiputados señores Álvaro Escobar Rufatt y Esteban Valenzuela Van Treek, y que contó con la adhesión de la diputada Alejandra Sepúlveda Órbenes y de los diputados Ramón Barros Montero, Sergio Bobadilla Muñoz y Jorge Sabag Villalobos, y de los exdiputados Juan Bustos Ramírez, Francisco Chahuán Chahuán, Eduardo Díaz del Río y Ximena Valcarce Becerra, ingresado el 12 de junio de 2008, [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl). El proyecto proponía sustituir el artículo 225 del Código Civil por el siguiente: "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,

MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN

encuentra la consideración de que en los actuales tiempos son muchas las familias en que los progenitores viven separados, en que uno de los padres tiene a su cargo la crianza del menor y el otro solamente es un proveedor con derechos limitados o, simplemente, no existe, ya sea porque no tiene interés en participar en la formación del hijo o, porque no obstante tener tal interés, debe enfrentar diversos obstáculos que se lo impiden. Se añade que la separación de los padres constituye un hecho que marcará para siempre la vida del menor, dependiendo su mayor o menor efecto negativo de la forma en que los padres puedan manejar sus diferencias sin involucrar al hijo. Se agrega que el adecuado desarrollo psicológico y emocional del menor depende de muchos factores, siendo uno de ellos la cercana presencia de las imágenes paterna y materna. Citan los autores de la moción, las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, especialmente sus artículos 9o. y 18.

Dos años más tarde se ingresó otra moción (boletín núm. 7007-18)<sup>20</sup> en relación con el cuidado personal de los hijos, cuya fundamentación

---

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, subscrita 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 otro 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”.

<sup>20</sup> Boletín núm. 7007-18, iniciativa del diputado Gabriel Ascencio Mansilla, con la adhesión de las diputadas Carolina Goic Boroevic, Adriana Muñoz D’Albora y María Antonieta Saa Díaz, y de los diputados Sergio Ojeda Uribe, Marcelo Schilling Rodríguez y Mario Venegas Cárdenas; ingresado a la Cámara el 29 de junio de 2010. El proyecto propone sustituir el artículo 225 del Código Civil, por el siguiente: “Si los padres viven separados, podrán determinar de común acuerdo, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subscrita 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.

recuerda que las disposiciones pertinentes del Código Civil, en especial su artículo 224, establecen el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos por su calidad de tales y no por tener a su cargo el cuidado personal de los mismos; por lo que, en caso de separación, no sólo mantiene este deber aquél de los dos que asume el cuidado personal sino también el que es privado de él. Lo anterior guardaría relación con la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 18, como también con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra en su artículo 17 la obligación de los Estados partes de tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de su disolución. No obstante lo señalado, el Código Civil, al regular la relación de los hijos menores de edad con sus padres, se aleja de estos principios; la mujer tiene un derecho preferente en lo que se refiere al cuidado personal del hijo, pudiendo ejercerlo el padre únicamente si llega a acuerdo con la madre o si el juez, por motivos excepcionales, se lo atribuye. Solución que se estima, por los autores de éste proyecto como discriminatoria, atentando contra la garantía constitucional de igualdad ante la ley, además de no seguir el principio rector sobre la materia, que es el interés superior del niño.

La idea central de las dos iniciativas referidas era la misma: consagrar, en el caso de separación de los padres, el principio de la corresponsabilidad parental en el cuidado de un niño o adolescente, distribuyendo entre ambos progenitores, en forma equitativa, los derechos y deberes que tienen respecto de los hijos, considerando en todo el interés superior del niño. Por tal razón se refundieron dichos proyectos que se encontraban en primer trámite constitucional.<sup>21</sup> De ahí en adelante se siguió una única tramitación que dio como resultado la Ley 20.680.

Durante la tramitación parlamentaria de estas iniciativas refundidas, dos grandes cuestiones fueron debatidas en torno al cuidado personal

---

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”.

<sup>21</sup> Sesión de Sala núm. 88, del 13 de octubre de 2010.

MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN

de los hijos de padres que no viven juntos: 1) la mantención, sustitución o eliminación de la regla de atribución legal materna preferente de cuidado de los hijos, y 2) la forma de incorporación del cuidado compartido:

1) Respecto de lo primero, hay que señalar que ninguno de los proyectos refundidos consideraba el mantenimiento de una regla de atribución legal preferente para alguno de los padres; esta cuestión fue incorporada en la primera indicación del Ejecutivo<sup>22</sup> que mantuvo como justificación las tradicionales argumentaciones a favor del cuidado materno preferente. Así se señalaba que 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.

También aludían como argumentos recurrentes a 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 y al efecto de judicialización inmediata por ausencia de la titularidad supletoria materna, con lo cual 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.

Parte de la doctrina también se manifestaba a favor del mantenimiento de la norma<sup>23</sup> con argumentos variados entre los que destaca que la ley lo que hace es establecer una regla de no litigiosidad, evita judicializar un porcentaje importante de casos, que se corresponde con la realidad de la mayoría de las familias en Chile, pues la generalidad de los hijos menores, luego de la ruptura entre sus padres, continúa

---

<sup>22</sup> Indicación del Ejecutivo del 30 de marzo de 2011, en Boletín 5917-18.

<sup>23</sup> Profesoras Carmen Domínguez y Carolina Salinas en Primer Informe de la Comisión de Familia, mayo 2011, p. 38 y 39, disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl). Señalaron que les parece errada la doctrina minoritaria que ve en esta norma una inconstitucionalidad por afectar el principio de igualdad ante la ley y establecer una discriminación en contra del padre, justamente por poner el acento en los padres y los derechos de estos sobre los hijos, tratándose de una materia que se debe regir por el principio de interés superior del hijo.

viviendo con su madre y es el padre quien deja el hogar familiar. Otro sector, en cambio, reiteraba su rechazo a tal regla por considerar en términos generales que una norma legal supletoria, sea a favor del padre o la madre, sería inconstitucional, dado que no supera el test de la proporcionalidad ni el de la razonabilidad que utiliza el Tribunal Constitucional, y que el resultado que se persigue con su aplicación; esto es, evitar los conflictos, se puede alcanzar con una regla que sacrifique en forma menos gravosa principios como el de la igualdad o el interés superior del niño.<sup>24</sup>

La mantención de la regla de atribución del cuidado personal preferente a la madre fue aprobada en el primer y segundo informe de la Comisión de Familia.<sup>25</sup> Aun cuando diversas opiniones se inclinaron por estimar que lo prudente y razonable sería que en caso de no existir acuerdo, la decisión fuera del juez teniendo como único criterio de decisión el principio del interés y beneficio del niño; la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia en primer trámite constitucional<sup>26</sup> y la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en su primer informe en segundo trámite constitucional,<sup>27</sup> también propusieron el mantenimiento de la regla mientras no haya acuerdo entre los padres o decisión judicial, sin perjuicio de la relación directa y regular que mantendrían los hijos con el padre.

Finalmente, el tema decantó en el proyecto aprobado, siguiendo la lógica de la distinción necesaria entre mantener una regla legal supletoria y la atribución preferente a la madre. La existencia de alguna norma legal supletoria de la voluntad de las partes se justifica por la certeza jurídica siempre necesaria y especialmente por el propio interés del menor que en muchos casos no estará asociado al procedimiento en los tribunales.<sup>28</sup> En cambio, la atribución preferente a la madre

<sup>24</sup> Profesora Fabiola Lathrop, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en primer trámite Constitucional, del 11 de enero de 2012, p. 17.

<sup>25</sup> Primer Informe Comisión de Familia, del 23 de mayo de 2011, pp. 66, 79 y 80; Segundo Informe de la Comisión de Familia del 28 de junio de 2011, pp. 9 y 10.

<sup>26</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en primer trámite Constitucional, del 11 de enero de 2012.

<sup>27</sup> Informe del 12 de junio de 2012, disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl), boletines 5917-18 o 7007-18.

<sup>28</sup> En opinión del Tribunal Constitucional una regla supletoria de la atribución del cuidado

MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN

no se justifica desde la óptica del principio de igualdad de derechos, y tampoco *a priori* desde el interés superior del menor, menos aún se confirma con la actual realidad, costumbres e idiosincrasia de la ciudadanía chilena.<sup>29</sup> En tal sentido se aprobó, el 11 de junio de 2013, la regla conforme a la cual, a falta de una decisión común de los padres, los hijos continuarían bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estuvieran viviendo al momento de producirse la separación.<sup>30</sup>

2) Sobre lo segundo, si bien desde que se refundieron las dos iniciativas, siempre se discutió la posibilidad de cuidado personal compartido por acuerdo de los padres,<sup>31</sup> por indicación del Ejecutivo<sup>32</sup> se sumó el debate de su procedencia mediante resolución judicial por las siguientes causales taxativas: a) el que la madre o padre que tenga el cuidado

---

personal del menor a uno de los cónyuges cuando éstos se encuentran separados, parece razonable e inspirada en el interés superior del niño: la situación fáctica producida exige su protección inmediata, sin incertidumbre alguna, en tanto los padres formalizan algún acuerdo o recurren al tribunal competente”. Tribunal Constitucional en sentencia del 30 mayo 2013, *op. cit.*

<sup>29</sup> Durante la discusión parlamentaria se hizo reiterada alusión a los cambios en la sociedad, la cultura y la dinámica laboral y económica que impacta en la familia y en la presencia, también, de cambios en los conflictos familiares que con la justicia especializada hoy son más visibles. [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl), boletines 5917-18 o 7007-18.

<sup>30</sup> Sesión núm. 36 de la Cámara de Diputados. El texto del inciso cuarto del artículo 225 que contiene la regla legal, no estuvo exento de polémicas, por cuanto, el Senado aprobó el 12 de marzo de 2013 las normas de cuidado personal, eliminando la preferencia materna y proponiendo en cambio que “Si los padres viven separados y no hubiere acuerdo entre ellos, compartirán la responsabilidad y todos los derechos y obligaciones respecto de los hijos comunes. Sin perjuicio de lo anterior y mientras no exista acuerdo, el juez deberá resolver dentro de sesenta días quién tendrá a cargo el cuidado del hijo. En el intertanto, éste continuará bajo el cuidado de la persona con quien esté residiendo, sea ésta el padre, la madre o un tercero”. La Corte Suprema, si bien informó de manera favorable las normas aprobadas, manifestó su preocupación por la regulación del procedimiento que culmina con una declaración que el juez debe efectuar. Oficio 40-2013, del 26 de marzo de 2013. La doctrina también se manifestó en contra de este cambio propuesto por el Senado, principalmente por entender que la regla imponía a todo evento el cuidado compartido. <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Noticias-y-reportajes/2013/05/13/Cuidado-personal-de-los-ninos-cuando-los-padres-se-separan-manana-se-retoma-la-discusion.aspx>. Para resolver las discrepancias suscitadas entre ambas ramas del Congreso, se tuvo que constituir una comisión mixta que fue la que propuso la redacción final aprobada.

<sup>31</sup> Curiosamente el proyecto ingresado en 2008 contemplaba el cuidado personal compartido como regla legal para los casos de padres que viven separados, opción que no fue examinada ni debatida. Boletín 5917-18.

<sup>32</sup> Indicación del Ejecutivo de 30 de marzo de 2011, en Boletín 5917-18.



personal, impida o entorpezca injustificadamente la relación directa y regular del padre no custodio con el hijo, sea que ésta se haya establecido de común acuerdo o decretado judicialmente, y b) cuando denuncie o demande falsamente al padre no custodio a fin de perjudicarlo y obtener beneficios económicos.

La Comisión de Familia tanto en su primer informe,<sup>33</sup> como en el segundo,<sup>34</sup> aprobó las situaciones de cuidado compartido de carácter judicial como castigo, por cuanto se entendió que éstas recogen ideas e inquietudes que surgieron durante la discusión general del proyecto, en el sentido de salvaguardar el ejercicio pacífico de la relación directa y regular entre el padre no custodio y sus hijos, y evitar que el padre custodio entorpezca la realización del régimen comunicacional usando como pretexto la presentación de denuncias o demandas basadas en antecedentes falsos de manera dolosa y en vista a la obtención de un beneficio económico.

En la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia en primer trámite constitucional,<sup>35</sup> teniendo a la vista tanto la nueva indicación del ejecutivo en la materia que suprimía la anterior, como las diversas opiniones de académicos y expertos vertidas en las sesiones que afirmaban, entre otros aspectos, que imponer el sistema del cuidado personal compartido como sanción “desconocía la naturaleza misma de tal régimen, el que parte del supuesto del entendimiento entre los padres”,<sup>36</sup> se aprobó un texto que excluía dicha posibilidad y sólo consideraba el cuidado compartido por acuerdo de los padres. Dicha redacción se mantuvo en las posteriores propuestas y fue finalmente aprobada.

<sup>33</sup> Primer Informe de la Comisión de Familia, del 23 de mayo de 2011, pp. 79 y 80.

<sup>34</sup> Segundo Informe de la Comisión de Familia del 28 de junio de 2011, pp. 9 y 10.

<sup>35</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en primer trámite Constitucional, del 11 de enero de 2012.

<sup>36</sup> Ignacio Schiappacasse Bofill, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en primer trámite Constitucional, del 11 de enero de 2012, p. 34. También en el mismo informe y en igual sentido entre otros, Nicolás Espejo Yaksic, abogado, encargado de protección legal de Unicef, p. 8; María Sara Rodríguez Pinto para quien ésta forma de tuición sólo funcionaría cuando hay acuerdo, armonía y coordinación entre los padres, no pudiendo ser impuesta contra la voluntad de uno de ellos, ni menos como sanción, p. 12, y Fabiola Lathrop para quien establecer el cuidado compartido como sanción contradice la lógica asociativa que es sustancial a esta modalidad de cuidado personal. asimismo, ignora el mínimo reconocimiento de las aptitudes parentales que este régimen requiere para su buen funcionamiento, p. 15.

MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN

#### **4. Modificaciones a las reglas de atribución del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil**

Conforme a su nueva redacción el artículo 225 del Código Civil hoy señala:

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

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

A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo.

En cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226.

En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres.

Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el artículo 229.

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

Como se puede observar, la norma considera, para los casos de vida separada de los padres tres reglas de atribución del cuidado personal de los hijos, a saber:

a) Atribución convencional. Permite mediante un acuerdo solemne que los padres acuerden el cuidado individual para cualquiera de ellos o para ambos en un ejercicio compartido. Necesariamente, este acuerdo debe contener un pacto sobre la relación directa y regular del padre o madre que no tiene el cuidado personal con los hijos, con lo cual se asegura el derecho del niño a relacionarse siempre con ambos progenitores.<sup>37</sup> La voluntad del legislador es la de respetar la decisión de los progenitores en cuanto a la forma de organizar la convivencia con los hijos. La intervención judicial se reserva para cuando el interés del menor así lo requiera.

b) Atribución legal. Sitúa el cuidado personal de los hijos en aquel de los padres con quien se encuentren conviviendo, sin distinción de sexo o edad de los hijos, ni de sexo de los padres.

c) Atribución judicial. Cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres si existe un cuidado individual, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Puede, también, el juez entregar el cuidado de los hijos a terceras personas conforme al artículo 226.

Del desglose anterior resulta que si bien se ha regulado la custodia compartida no se ha establecido como modalidad prioritaria o preferente, pues no se instituye como una consecuencia legal de la vida separada de los padres, ni está dentro de las opciones de regulación judicial del cuidado personal de los menores.

---

<sup>37</sup> Se alude al derecho del niño a la coparentalidad; es decir, a mantener un contacto frecuente con sus dos progenitores, no obstante la situación de ruptura conyugal o de pareja. Su consagración internacional aparece en el artículo 9o. de la CDN. Sobre su distinción de la corresponsabilidad parental. Lathrop Gómez, Fabiola, "Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos", *Revista Chilena de Derecho Privado*, Chile, núm. 10, 2008, p. 11.

MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN

Obviando aquello, en términos generales hay cuatro avances significativos en la modificación al artículo 225 del Código Civil chileno: 1) se consolida el acuerdo de los padres como mecanismo prioritario en la materia y se amplía el ámbito de los acuerdos posibles, permitiendo expresamente el pacto de cuidado compartido de los hijos; 2) se elimina la regla de atribución legal preferente a la madre y en su reemplazo se considera una regla legal supletoria en ausencia de acuerdos, de carácter neutral que no diferencia por sexo de los padres; 3) se refuerza el rol cautelar del juez, con la entrega de una serie de orientaciones y criterios que permiten que éste haga una revisión de los elementos que son centrales para la verificación del interés superior del menor en el caso concreto, y, finalmente, 4) se vigoriza como principal bien jurídico protegido el interés superior del menor, al cual deben propender tanto los padres como el juez.

Las orientaciones concretas al juez consisten en la fijación del inexcusable deber de evaluar las circunstancias del caso para ver si se requiere un cambio de custodia; si es así, debe ponderar dichas circunstancias a la luz del interés superior del hijo y justificar si resulta conveniente el cambio. En esta evaluación de lo que convenga a los menores, la capacidad económica de los padres no puede ser el fundamento exclusivo de su decisión. En la valoración de las características intrínsecas de la situación, los criterios que el juez debe considerar y ponderar para establecer el régimen y ejercicio del cuidado, son expresamente: a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar; b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad; c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo; d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229; e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades; f) La opinión expresada por el hijo; g) El resultado de los informes periciales que se

haya ordenado practicar; h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio; i) El domicilio de los padres, y j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo,<sup>38</sup> nuevo artículo 225-2 del Código Civil. El margen de apreciación judicial en la valoración de estas circunstancias tiene como límite o criterio corrector el interés superior del menor.

Resalta, en esta norma sustantiva, la imperiosa obligación de motivar los jueces adecuadamente sus decisiones, y en dicha labor no basta la alusión al interés superior del niño en abstracto como una declaración retórica, sino que importa el interés en concreto. Al especificar una variedad de criterios personales y materiales a considerar, el interés del menor ya no podrá ser asimilado automática y mecánicamente a la custodia materna en todos los casos y tampoco tiene que ver exclusivamente con un bienestar económico. El interés del niño es el bien jurídico superior en estas cuestiones y así se estampa como principio ineludible que debe orientar al juez y también a los padres en sus acuerdos y en la forma de ejercicio del cuidado personal individual o compartido.<sup>39</sup>

## 5. Regulación del cuidado personal compartido

### A. *Concepto de cuidado personal compartido*

La Ley 20.680 de 2013 define el cuidado personal compartido como un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de am-

---

<sup>38</sup> En la última sesión de la Cámara de Diputados se señaló que la asunción por el juez de dicho principio lo obligaba a considerar, al momento de determinar la custodia del menor, las disposiciones de la Ley de Violencia Intrafamiliar y las relativas a delitos sexuales contra menores: intervenciones de las diputadas Adriana Muñoz y Mónica Zalaquet y de la ministra directora del Servicio Nacional de la Mujer, en sesión del 11 de junio de 2013.

<sup>39</sup> En opinión del representante de Unicef que participó en las sesiones de las Comisiones de Familia y de Constitución, Legislación Justicia y Reglamento, lo que debería el legislador procurar, es velar porque se resguarde el principio del interés superior del niño por sobre cualquiera otra consideración, sea ésta económica, política o social y, por lo mismo, cuestiones de innegable importancia como los derechos de los padres sobre los hijos o la regulación de los efectos adversos que generan prácticas impropias por parte de los padres que tienen la custodia del hijo respecto de los no custodios, deberían siempre ceder ante tal principio.

MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN

bos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad. Se trata de un concepto que no aparecía en las iniciativas presentadas y que sufrió diversos ajustes y mutaciones durante la tramitación de la Ley.<sup>40</sup> Pese a que en la discusión de las diversas comisiones se hablaba de la custodia compartida como un modelo global de orientación y guía en los aspectos vitales del niño,<sup>41</sup> se observa, en la definición legal, influencia de las ideas de la profesora Fabiola Lathrop, quien participó durante toda la tramitación parlamentaria. Para ella la guarda y custodia compartida, alternada o sucesiva es:

aquel 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 más o menos predeterminados.<sup>42</sup>

La conceptualización aparece como una novedad legal pues no es usual que las legislaciones asuman el desafío de definir la figura; principalmente porque no hay un modelo único de custodia compartida en el mundo, y la comprensión de lo que ella conlleva ya es en sí un asunto complejo. En efecto, en el ordenamiento español, tradicional referente de las reformas al derecho de familia chileno, no se ofrece concepto alguno sobre el ejercicio compartido de la guarda, custodia compartida

---

<sup>40</sup> En la indicación del ejecutivo que consta en el Primer Informe de la Comisión de Familia de Chile, 2011, p. 60, se entendía por cuidado personal compartido 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. El concepto recomendado por la Comisión de Familia consideraba el cuidado personal compartido, acordado por las partes o decretado judicialmente, como 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.

<sup>41</sup> Nicolás Espejo, representante de Unicef en Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en segundo trámite constitucional, Chile, junio 2012, p. 34.

<sup>42</sup> Lathrop Gómez, Fabiola, *Custodia Compartida de los hijos*, Madrid, La ley, 2008, p. 286.

o guarda conjunta como la denomina el artículo 92 del Código Civil español. Se ha entendido, normalmente, que con su consagración legal el legislador ha querido regular un reparto equitativo de los tiempos de convivencia y atención de los hijos con los progenitores.<sup>43</sup>

Si la finalidad del legislador chileno al definir la figura fue ofrecer un panorama más claro, lo cierto es que son pocas las cuestiones que quedan al margen de los cuestionamientos y dudas interpretativas: ¿Cuál es el contenido preciso del cuidado personal y de la custodia compartida? ¿Cómo se ejerce? ¿Se agota la figura en el aspecto residencial que aparece relevado? ¿A qué estabilidad se refiere la norma? ¿A qué continuidad alude? En este punto, resulta interesante señalar que si bien con carácter general, para el caso que los padres vivan separados, lo mejor para el desarrollo integral de los hijos es el mantenimiento de las relaciones con ambos progenitores de la manera más plena e intensa posible y, desde esta perspectiva, el régimen de guarda que garantiza el contacto con los dos padres en forma conjunta o alterna es, en los casos que sea posible, más conveniente que aquel que privilegie el contacto con uno de ellos en detrimento del otro.<sup>44</sup>

Hay que tener presente que los dos principales argumentos esgrimidos en España y otras latitudes, en contra de la guarda alterna son, de una parte, la necesaria estabilidad que precisan los menores para su desarrollo personal y afectivo, con referentes claros y determinados,

---

<sup>43</sup> Así, por ejemplo, en San Segundo Manuel, Teresa, “Maltrato y separación: repercusiones en los hijos”, en *Custodia Compartida y protección de menores*, Madrid, CGPJ, 2010, p. 139; Forcada Miranda, Francisco Javier, “El derecho de familia del Código civil catalán —Ley 15/2010 de 29 de julio— y Ley 2/2010, del 26 de mayo, de las Cortes de Aragón, de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de sus padres. Problemas de competencia y ley aplicable”, en *La nueva regulación del derecho de familia*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 111. Sobre los modelos de custodia compartida y las dificultades de conceptualización en España y las Comunidades Autónomas se puede ver por más actual: Viñas Maestre, Dolors, “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2012, pp. 7 y ss., disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com). Otras ideas y conceptos sobre la custodia compartida se pueden ver en Ortuño Muñoz, Pascual, *El nuevo régimen jurídico de las crisis matrimoniales*, España, Thomson Civitas, 2006, p. 60.

<sup>44</sup> García Rubio, María Paz, “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la ley 15/2005”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, Castilla y León, 2006, núm. 8, p. 95.

MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN

debiendo prevalecer esta estabilidad en defensa de su interés, por sobre el interés de los padres y de su derecho de igualdad en el cuidado de los hijos; por otro lado, la exigencia, para el buen funcionamiento del régimen, de un acuerdo de cooperación activa y de corresponsabilidad entre los progenitores que no se da en los supuestos de ruptura conflictiva.<sup>45</sup>

Uno de los mayores peligros que se observa en la norma chilena es que su tenor literal de lugar a interpretaciones que sólo se enfoquen en las decisiones sobre residencia y su rotación más o menos estricta y simétrica, desconociendo que el cuidado personal de los hijos tiene que ver con una variedad de aspectos relevantes en relación con los hijos, crianza, educación, religión, salud, etcétera.

No se opta en la disposición por un sistema específico de residencia o modalidad de custodia compartida, alternancia física de residencia más o menos preestablecida del menor en los domicilios de cada uno de sus padres o rotación parental en la vivienda asignada;<sup>46</sup> más bien, parece suficientemente flexible en dicho aspecto, lo que permitiría adecuaciones en el tiempo, de acuerdo a las características de los cónyuges, de la estructura de la familia, de la etapa evolutiva de los hijos y de las variaciones sustanciales de las circunstancias que se puedan presentar en el transcurso del régimen. En su concreción, además del interés superior del menor, habrá que tener presente que como forma de cuidado personal, distinto del cuidado individual pero igualmente regido por el principio de corresponsabilidad parental, se pretende proporcionar al hijo el cuidado desde la reciprocidad de roles, para evitar la generación de vínculos asimétricos como consecuencia de la vida separada de los

---

<sup>45</sup> Guilarte Martín-Calero, Cristina, en Guilarte Gutiérrez, Vicente (dir.), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005 del 8 de julio*, Valladolid, Lex Nova, 2005, p. 159.

<sup>46</sup> Lathrop Gómez, Fabiola, *op. cit.*, p. 286. La autora también menciona dentro de las posibilidades la del padre residente principal; sin embargo, en estos casos me parece que más propiamente estamos en presencia de un sistema de cuidado individual con un régimen de relación directa y regular muy flexible y amplio, aunque se le intente denominar de otro modo. En este último sentido, véase Reyes Vallejo Orellana *et al.*, "Separación o divorcio: trastornos psicológicos en los padres y los hijos", *Revista de la Asociación Española de Neurosiquiatría*, Madrid, vol. 24, núm. 94, 2004, p. 99. La fórmula es adoptada por algunas legislaciones como la francesa como una modalidad de corresponsabilidad no de custodia compartida. Ortuño Muñoz, Pascual, *op. cit.*, p. 55.



padres.<sup>47</sup> Esta reciprocidad de roles paterno y materno se sustenta en la apreciación del beneficio que ambos reportan en la formación integral del hijo.

### B. Acuerdo de cuidado personal compartido

La custodia compartida en Chile, sólo puede provenir del acuerdo de los padres. En opinión del representante de Unicef que participó en la tramitación parlamentaria:

la custodia o cuidado personal compartido basa su fuerza como modelo de corresponsabilidad, en la voluntad de ambos progenitores de acceder a ella, es decir, el sistema presupone la existencia de condiciones entre los progenitores que los llevará a cooperar y que van desde la proximidad geográfica entre los respectivos domicilios hasta la similitud de modelos educativos entre ambos (en su opinión) ...este tipo de relaciones surge normalmente de los llamados divorcios o separaciones *no destructivos*, y en los demás casos resulta casi imposible lograr los objetivos del cuidado personal compartido.<sup>48</sup>

En mi opinión, por tratarse de un modelo de cuidado personal cooperativo, su ejercicio y desarrollo será más viable si es voluntario y libremente acordado, respecto de los casos en que pudiera ser impuesto por la ley o por el juez o en que pudiera ser utilizado como sanción. Por otro lado, es necesario tener presente que, la adopción de la custodia compartida por sí sola no logra aumentar la participación del padre reticente; se requiere de un compromiso real de colaboración y participación parental, si este compromiso no existe, será muy difícil que la custodia compartida dé los resultados esperados en relación con el

---

<sup>47</sup> Algunas de estas ideas aparecen recomendadas en el Primer Informe de la Comisión de Familia de 2011, *op. cit.*

<sup>48</sup> En Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en primer trámite Constitucional, del 11 de enero de 2012. En igual sentido, el diputado Gabriel Ascencio había señalado que “la naturaleza del cuidado compartido que se basa en una lógica parental asociativa, estando comprobado que su éxito se basa en un mínimo de entendimiento parental”. *Diario de las Sesiones del Senado*, sesión 41, Chile, 14 de junio de 2011, p. 36.

MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN

menor. En este sentido, está de por medio en Chile un cambio cultural relevante en cuanto a los roles y responsabilidades de los padres; no se puede perder de vista que el contexto óptimo que requiere la custodia compartida no sólo está referido a aspectos materiales como la disposición de vivienda adecuada o las distancias geográficas apropiadas a la alternancia o rotación pactada, sino que es especialmente concerniente a los recursos personales de los padres, en cuanto a sus habilidades parentales individuales y a su capacidad de minimizar la conflictividad con el otro y permitir acuerdos sustentables.

Por lo que respecta al acuerdo, la ley establece que es solemne debiendo otorgarse por escritura pública por acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Para modificarlo o revocarlo se deben cumplir iguales solemnidades y “mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros”. Conforme a ésta última idea, la inscripción sería sólo una solemnidad de publicidad.

El legislador no ha previsto, respecto de estos acuerdos extrajudiciales el requisito de aprobación del Tribunal para la validez y producción de efectos; con lo cual, un alto número de acuerdos quedarán al margen del control judicial respecto del resguardo efectivo del interés superior del menor, quedando latente la pregunta sobre cómo se verifica preventivamente la autonomía de la voluntad o la inexistencia de vicios del consentimiento.

Se posibilita la intervención judicial cuando el acuerdo se dé en el contexto de la separación judicial de los cónyuges o del divorcio. En tales casos, el acuerdo de cuidado personal compartido podrá ser el resultado del proceso previo de mediación obligatoria según el artículo 106 de la Ley de Tribunales de Familia; del llamado a conciliación en la audiencia preparatoria del juicio, artículo 67 de la Ley 19.947 de Matrimonio Civil, o podrá contenerse en el convenio completo y suficiente, también llamado convenio regulador, que deben acompañar los cónyuges que solicitan de común acuerdo la separación o el divorcio por cese de la convivencia, artículo 21 y 55 de la Ley 19.947. Respecto de estos

acuerdos el juez debería pronunciarse sobre el contenido concreto de los pactos de los padres, aprobándolos si resguardan el interés superior de los hijos.

### *C. Modalidades de cuidado compartido*

El legislador no ha querido imponer un modelo general de custodia compartida, sino que recoge la institución, dejando a los padres vía libre para acordar respecto de ella; en consecuencia, el acuerdo podrá presentar variadas modalidades en función de las múltiples circunstancias de cada situación de vida separada de los padres. Sobre el particular y considerando que la crianza y educación de los hijos es compartida, dos cuestiones parecen inmediatamente relevantes: los tiempos de permanencia y la residencia.

Los padres tienen autonomía para repartir el tiempo de permanencia de los hijos con ellos, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso, especialmente las referidas a los menores, como su edad y responsabilidades escolares; no es exigencia de éste tipo de cuidado personal la división matemática del tiempo en porciones iguales. En cuanto a la periodicidad, el reparto del tiempo en que van a convivir los hijos con cada uno de los padres puede hacerse semestralmente, mensualmente o semanalmente; incluso cabría la posibilidad, cuando la buena relación de los padres lo permita y el interés del menor no se vea afectado, de fijar un régimen de custodia compartida sin delimitar estrictamente los periodos de convivencia con base en la libre relación de los menores con sus progenitores, por ejemplo, tratándose de menores adolescentes que además ya tienen una vida social propia más amplia que la de menores en edad infantil.

Por lo que respecta al sistema de residencia, hay que entender que la convivencia con cada uno de los padres se puede materializar básicamente mediante dos posibilidades: que sean los hijos los que alternen su permanencia en los hogares de sus padres o que, sean éstos los que vayan rotando en el domicilio de los hijos, siempre que ello asegure su adecuada estabilidad y continuidad, conforme señala la norma.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> La posibilidad de atribuir el domicilio conyugal a los hijos y a aquél de los cónyuges

MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN

Una cuestión que no aparece en el nuevo artículo 225 es si se acepta o no la modalidad de custodia distributiva o partida, esto es, aquella que permiten separar a los hermanos.<sup>50</sup> En la discusión parlamentaria se vertieron opiniones en contra de esta posibilidad,<sup>51</sup> opiniones que comparto por cuanto, si bien puede ser interesante desde el punto de vista de los padres, muy posiblemente sea una opción que agrave más la situación afectiva y de ruptura o desintegración de los lazos familiares, afectando a los menores; como es sabido, las relaciones entre los hermanos constituyen uno de los pilares básicos de la familia y del normal desarrollo de los mismos.<sup>52</sup> Con todo se tratará de una cuestión que pudiera operar en ciertos casos, según las circunstancias y necesidades de los hijos y con los mecanismos adecuados que permitan la relación entre hermanos y la adecuada estabilidad de los menores con base en su interés superior.

## 6. Principio de corresponsabilidad parental

Una de las aportaciones de la reciente modificación legal es el establecimiento expreso del principio de corresponsabilidad parental como criterio rector de la actuación de los padres, sin importar su situación convivencial; en tal sentido se señala que “toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”, artículo 224 Código Civil.

---

que en cada periodo de tiempo los tenga en su compañía puede ser factible desde el punto de vista de mantener a los hijos siempre en el mismo hogar y que sean los padres los que cambien de domicilio, a los efectos de ofrecerle estabilidad material, pero es observado con recelo por la doctrina por dar lugar a graves conflictos posteriores que lo hacen inviable. Ortuño Muñoz, Pascual, *op. cit.*, p. 55.

<sup>50</sup> Lathrop Gómez, Fabiola, *op. cit.*, p. 276; Rabadán Sánchez-Lafuente, Fuensanta, *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*, España, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, p. 65.

<sup>51</sup> Primer y Segundo informe en Segundo trámite Constitucional, *www.bcn.cl*.

<sup>52</sup> Se estima que la cohesión familiar deviene en un factor importante para garantizar la estabilidad de los menores y para favorecer su normal desarrollo. Viñas Maestre, Dolors, *op. cit.*, p. 41.

Durante toda la discusión parlamentaria fue constante la idea de fijar este principio como el criterio rector de la actuación de los padres,<sup>53</sup> y como justificación de la incorporación de la custodia compartida como régimen de cuidado que busca propiciar dicha corresponsabilidad. Se aludió, frecuentemente, al principio como aquel que conlleva el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer respecto de sus hijos,<sup>54</sup> y al sistema del cuidado personal compartido como el único que cumplía, al mismo tiempo, con los principios de corresponsabilidad parental, igualdad parental y derecho a la coparentalidad.<sup>55</sup>

He afirmado, al inicio de este apartado que la incorporación del principio de corresponsabilidad parental es una de las aportaciones de la modificación legal, pues con su establecimiento expreso y siguiendo la idea matriz del artículo 18 de la CDN, se deja claro que la responsabilidad de los padres, que es común, no cambia por el hecho de divorciarse o vivir separados y tampoco se altera por el régimen de cuidado personal de los hijos que se acuerde o establezca.<sup>56</sup> El enfoque

---

<sup>53</sup> Así, por ejemplo, desde Unicef se consideró importante que la legislación de familia precisará, en forma explícita, el principio de corresponsabilidad en el rol de orientación, cuidado y protección de los niños por parte de los padres o los representantes legales, sobre todo considerando que dicho principio está consagrado en el artículo 18 de la CDN. Primer y Segundo Informe de la Comisión de Familia. Desde el ámbito judicial se enfatizó en la labor educadora de la ley, pues al establecer expresamente que ambos padres son responsables se impulsa la participación del padre hasta ahora excluido. Jueza Gloria Negroni, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia Chile, del 11 de enero 2012, p. 21.

<sup>54</sup> Primer Informe de la Comisión de Familia, Chile, mayo 2011.

<sup>55</sup> En informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, recaído en Primer Trámite Constitucional, p. 33. Una buena explicación de la incidencia de estos tres principios en la custodia compartida se ofrece en Lathrop Gómez, Fabiola, *op. cit.*, p. 20; también, López San Luis, Rocío, "Recientes criterios legislativos y jurisprudenciales sobre la custodia compartida", en Rodríguez López, Rosalía (coord.) *Experiencias jurídicas e identidades femeninas*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 269 y ss. Si bien esta última autora menciona en forma independiente el principio del interés del menor, me parece que éste, para los casos de vida separada de los padres, se concreta normalmente en el de coparentalidad.

<sup>56</sup> El contenido de la guarda o de la custodia debe quedar limitado a la tenencia del menor y debe desaparecer la creencia errónea de que el progenitor custodio es el que ostenta el poder sobre el menor. La guarda y custodia no otorga al progenitor a quien se le atribuye mayores facultades. Viñas Maestre, Dolors, *op. cit.*, p. 5.

MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN

exclusivo en la custodia compartida hubiera sido una visión parcial de la problemática de la responsabilidad de los progenitores, pues si bien la custodia compartida propicia tal principio no es el único sistema de cuidado personal de los hijos que debe respetarlo y permite concretarlo; cuando el cuidado personal de los hijos se radica en uno de los padres, el establecimiento de un régimen amplio y fluido de relación directa y regular con el progenitor que no tiene el cuidado personal puede conducir a similares resultados.<sup>57</sup> A ello se suma, como he señalado líneas atrás, que no se ha establecido la custodia compartida como sistema preferente y que en el plano de la realidad familiar en muchos casos será imposible su adopción.

Para la profesora Andrea Muñoz, la incorporación del referido principio implica avanzar en un proceso que reconoce como necesaria la distribución equitativa entre ambos padres de las distintas funciones propias de la autoridad parental.<sup>58</sup> Desde mi punto de vista, y como la norma expresamente señala, se trata de participar; esto es, de compartir, de asumir en común ciertas funciones en relación con los hijos: las de su crianza y educación. En consecuencia, si los padres se encuentran separados, no sólo mantiene estas funciones o deberes aquél que asume el cuidado personal, sino también aquel que no lo tiene.

El legislador, además, fija unas condiciones para el ejercicio de éstas trascendentales funciones al señalar que la participación de ambos padres debe ser “activa, equitativa y permanente”, con lo cual, la participación en la crianza y educación de los hijos, vivan los padres juntos o separados debe ser de parte de ambos: diligente y eficaz y no pasiva (activa); en igualdad de condiciones y sin exclusiones (equitativa) y en forma constante y estable en el tiempo (permanente). Lo anterior debiera conducir a una transformación en el modo de vivir la paternidad y la maternidad y en la percepción social y judicial de lo que es legalmente exigible a los padres.<sup>59</sup> El real efecto pedagógico y promocional

---

<sup>57</sup> Así, también, fue considerado en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en segundo trámite Constitucional, Chile, 22 de junio 2012, p. 40.

<sup>58</sup> *Idem*.

<sup>59</sup> Acuña San Martín, Marcela, “Cuidado personal de los hijos en base a criterios”, *El Mercurio Legal*, <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2013/03/15/Cuidado-personal-de-los-hijos-en-base-a-criterios.aspx>, 14 de agosto de 2013.

de la corresponsabilidad tendrá que ser analizado cuando transcurran unos años.

Ahora bien, el derecho de los padres debe compatibilizarse con el interés superior del niño, en tanto éste tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores de modo regular según el artículo 9o. de la CDN. El interés de los padres no es superior al del niño cuando entran en conflicto conforme aparece en el artículo 222, inciso primero, del Código Civil,<sup>60</sup> por ello, con toda su relevancia, la corresponsabilidad parental es un principio subordinado al interés del menor. En este sentido, el criterio para determinar la idoneidad de un régimen de cuidado personal de los hijos debe ser el interés superior del niño.

Los derechos de los padres se entienden como derechos-funciones o derechos-deberes, con lo que se quiere resaltar que se trata de facultades o derechos concedidos a los padres en aras de la satisfacción del bien de los hijos.<sup>61</sup> La cuestión del cuidado personal de los hijos y demás aspectos de la relación paterno-filial se deben plantear, no desde la perspectiva de la igualdad del padre y de la madre en cuanto a los derechos, facultades y deberes de que son titulares, sino desde la

---

<sup>60</sup> Declara la norma: “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”.

<sup>61</sup> Rivero Hernández explica que el derecho de familia tiene para sus relaciones jurídicas propias un equivalente o asimilado al derecho subjetivo patrimonial, llamado derecho-deber, con más peso del deber y de la función que el de derecho, lo que se debe a la íntima conexión con obligaciones fundamentales de la relación paterno-filial. Rivero Hernández, Francisco, “Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos (comentario de la STC 141/2000, del 29 de mayo)”, *Derecho Privado y Constitución*, Madrid, núm. 14, 2000, pp. 293-294. La concepción de derecho-deber propia del derecho de familia se caracteriza por una recíproca interpenetración entre derechos y deberes, puesto que los derechos se conceden para cumplir mejor los deberes que corresponden a su titular respecto de otros miembros de la familia; el ejercicio del derecho debe hacerse conforme al deber y en el marco de sus finalidades. San Román, José Ramón, “Criterios judiciales sobre la titularidad del derecho de visita en los diversos supuestos de conflicto matrimonial y familiar”, en Viladrich, Pedro-Juan(coord.), *El derecho de visita de los menores en las crisis. Teoría y praxis*, España, Universidad de Navarra, 1982, p. 279. Se alude, también, a una fusión de derechos y deberes, explicando que muchas veces los derechos se conceden para que su titular pueda cumplir un deber que el ordenamiento pone a su cargo. Martínez de Aguirre, Carlos, *Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia*, 3a. ed., Madrid, Colex, 2011, pp. 28 y 29.

MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN

perspectiva de las necesidades de los hijos, pues si bien es cierto que formalmente ambos progenitores son iguales en derechos y deberes, no siempre esta igualdad formal tiene fiel reflejo en la realidad de cada familia,<sup>62</sup> ni satisface el bienestar del menor.

## 7. Conclusiones

Cuando los padres no viven juntos, un ambiente donde los hijos se relacionen permanentemente con ambos y éstos asuman que sus deberes respecto de los hijos son compartidos es la situación ideal imaginable en beneficio del interés superior de los niños. En la configuración de este ambiente puede contribuir tanto el establecimiento de un régimen de cuidado personal compartido como particularmente la proclamación legal del principio de corresponsabilidad parental en la crianza y educación de los hijos, vivan los padres juntos o separados.

La reforma legal chilena ha reafirmado la relevancia de los acuerdos de los propios padres en materias tan importantes como el cuidado personal y la relación regular con los hijos; ha consagrado la custodia compartida como modalidad de cuidado personal, aunque no con carácter preferente; ha situado los deberes de crianza y educación de los hijos como una responsabilidad permanente de ambos padres en atención al beneficio del menor; ha eliminado toda regla de atribución de cuidado personal que no se sustente en el principio del interés superior del menor y ha fijado unos criterios de orientación de la decisión judicial que propende igualmente al resguardo de aquel interés. A partir de ahí, es posible concluir que en la regulación de las relaciones paterno-filiales el enfoque de los derechos del niño ha logrado situarse, al menos declarativamente, en una posición de predominio.

Si bien la reforma introducida al artículo 225 del Código Civil chileno no es radical, es un avance prudente que permite por un lado, la acomodación de la ley a las actuales realidades de la familia chilena, y por otro, puede impulsar transformaciones culturales más profundas

---

<sup>62</sup> Viñas Maestre, Dolors, *op. cit.*, p. 5.



en la forma de vivir la paternidad y la maternidad, y en esto radica muy probablemente su mayor contribución; el derecho de familia y las leyes públicas que afectan a la familia no son sólo sistemas de reglas y procedimientos, también son portadores de ideales y símbolos constitutivos de la cultura.<sup>63</sup>

*Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época,  
año III, núm. 5, enero-junio 2014

---

<sup>63</sup> Glendon, Mary Ann, "Familia en tiempos turbulentos", *Revista de Antiguos Alumnos*, España, núm. 99, 2005, p. 43.