

COMENTARIOS CRÍTICOS A LA REFORMA
DEL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS
(Ley N° 20.680)

MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ*

La Ley N° 20.680, de 21 de junio de 2013 (*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*), reformó el Código Civil en materia de cuidado personal de los hijos, incorporó las nociones de corresponsabilidad parental y cuidado compartido, además de derogar la denominada "atribución preferente de todos los hijos menores a la madre" (en adelante, la "Reforma").

Este comentario efectúa una revisión crítica de las modificaciones introducidas por la Reforma en nuestra legislación en materia de corresponsabilidad parental, cuidado personal de los hijos, relación directa y regular, y patria potestad.

(i) *Corresponsabilidad. Autoridad parental*

1. La modificación acentúa, como principio general, la igualdad de derechos y deberes en la crianza y educación de los hijos, tanto cuando los padres viven juntos como luego de la separación (art. 224 del Código Civil).

La modificación de este artículo introduce el principio de "corresponsabilidad" de los padres en el ejercicio de estos derechos y deberes, que alude a una distribución equitativa de los mismos, en "virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán de forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos".

Como se sabe, la regulación de los derechos y deberes personales y patrimoniales entre padres e hijos adolece en el derecho chileno de una falencia estructural, que lo aleja de todo el derecho comparado relevante, al establecer un reconocimiento fragmentado de tales derechos y obligaciones que termina perjudicando a los hijos, tal como lo demuestra la experiencia judicial de las últimas décadas.

* Profesor de Derecho Civil. Director del Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

La regulación nacional —antes y luego de la Reforma— pone acento excesivo en la “residencia” del menor luego de la separación de sus padres. Tal aspecto es sólo uno de los derechos-deberes entre padres e hijos, en el marco de un conjunto de potestades que involucra, entre otros, la crianza, educación y establecimiento, participación en decisiones relevantes de la vida del hijo (elección de colegio, elección y dirección en la religión, etc.), mantención o socorro (alimentos), la autorización de salida del país, representación y administración de sus bienes.

El sistema jurídico nacional al centrar las disposiciones en la regulación de la residencia del hijo, menosprecia otros derechos y deberes que son tanto o más importantes, como la participación en las decisiones relevantes de la vida del hijo (por ejemplo, aquellas relativas a la definición del colegio donde estudiará o si practicará alguna religión, y la forma en que ésta se conducirá).

2. En efecto, la reglamentación nacional menciona aisladamente algunos de estos derechos y deberes, pero adolece de las siguientes graves falencias en perjuicio de los hijos (que no se remediaron con la Reforma):

a) La principal falencia es la carencia absoluta de una visión de conjunto, a través de la regulación de la denominada autoridad parental, concepto que en la experiencia comparada engloba este conjunto de derechos y deberes personales y patrimoniales entre padres e hijos.

La expresión hace referencia a un “poder-función” (“autoridad”), esto es, un poder que se emplea para ejercer la función de padre y en beneficio del hijo y no de su titular. Este poder es atribuido —en los sistemas que lo contemplan— siempre a ambos padres. De ahí la utilización de la expresión “parental”, cuyo sentido natural y obvio es “perteneciente o relativo a ambos padres” (que es distinto, evidentemente, a “paternal” o “paterno”, como se hacía referencia antes en el derecho nacional).

La carencia de esta regulación sistemática es en parte la explicación de por qué se percibe socialmente una asimetría tan radical entre la posición del padre y de la madre luego de la separación: el primero es reducido a un aportador de recursos (alimentos) y a un extranjero “visitante” del hijo, desligado de su vida cotidiana, y la segunda, porque carga con todos los cuidados personales diarios, tiende a sentirse “dueña” de los hijos y, por ende, responsable privativa de su dirección y decisiones relevantes.

En cambio, regulando estos derechos y deberes bajo este concepto comprensivo se permite atribuir su titularidad “siempre” (antes y después de la separación) a ambos padres, modelando el ejercicio de algunos de estos derechos y deberes conforme a la solución que más se adapte a la protección del interés preferente del hijo en atención a sus circunstancias (por ejemplo, la cuestión de la residencia).

La atribución de la autoridad parental a ambos tiene, de esta forma, una innegable carga simbólica (ambos padres son titulares de iguales derechos y les gravan idénticos deberes), pero también un evidente efecto práctico. Así, en ese contexto,

la residencia del hijo, que es sólo uno de los aspectos de esta autoridad y que puede ser asignada a uno de los padres, no resta injerencia del otro en el ejercicio de otros derechos y deberes como, por ejemplo, el poder incidir en su educación o en la adopción de otras medidas relevantes (la elección de colegio, la opción por una religión, la participación activa en su formación valórica, etc.).

b) En la materia, como se dijo, la Reforma introduce 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” (art. 224 inc. 1° del Código Civil); agregando que el cuidado personal compartido estimula la “corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes” (art. 225 inc. 2° del Código Civil), y que la relación directa y regular debe “asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo” (art. 229 inc. 4° del Código Civil).

No obstante, en el texto final de la Reforma se eliminó la referencia, que había sido aprobada por el Senado, de que si los padres viven separados, “compartirán la responsabilidad y todos los derechos y deberes respecto de los hijos comunes” (art. 225 inc. 4° del Código Civil).

La incorporación de la noción “corresponsabilidad” puede ser estimada, en principio, un avance en el sentido de ser un alicio de sistematización de nuestra legislación en un sentido similar al indicado, intentando establecer una distribución equitativa de derechos y deberes entre los padres respecto de los hijos, antes y después de la separación.

c) No obstante, esta innovación parece insuficiente y a la vez imprecisa, por las siguientes razones:

Ante todo, porque las nociones que se utilizan (“responsabilidad” y “corresponsabilidad”), son figuras jurídicas que el Código Civil emplea en otro sentido: como el efecto (indemnización de perjuicios) proveniente de la comisión de un hecho ilícito, y cuya regulación sistemática se encuentra en el Título XXXV del Libro IV¹.

¹ En ese título, incluso, existe una disposición que le otorga tal alcance específicamente en los vínculos entre padres e hijos: “Así el padre, y a falta de éste la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habitan en la misma casa” (art. 2320 inc. 2° del Código Civil). En efecto, la “responsabilidad” es una fuente de las obligaciones que ha recibido, en virtud de la ley y del enorme desarrollo jurisprudencial desde la dicitación del Código Civil, un inequívoco sentido en orden a designar la obligación de indemnizar perjuicios por la comisión de actos ilícitos. En el caso preciso de la disposición citada, la responsabilidad de los padres alude a la denominada “responsabilidad por el hecho de los hijos”, que obliga a aquéllos a indemnizar a terceros víctimas de actuaciones de los niños que les causen daños.

Más aún, el propio Libro I del Código Civil, que contiene las disposiciones sobre el cuidado personal y la administración de los bienes de los hijos que se están modificando, contiene referencias a la “responsabilidad” en el mismo sentido indicado. Así acontece con el artículo 236 del

Luego, porque la denominada *corresponsabilidad* parental no se traduce en poderes efectivos para que el juez pueda establecer un cuidado compartido efectivo, en ausencia de acuerdo entre los padres, tal como se mencionará más adelante.

Asimismo, porque la Reforma es particularmente ambigua, al no regular de manera sistemática la autoridad parental, sobre si se comparten efectivamente los derechos y deberes entre los padres luego de la separación y en ausencia de acuerdo. Como se dijo, la referencia expresa en la materia fue borrada del texto final en la última etapa de discusión parlamentaria.

Por otra parte, el sentido que se les asigna en la Reforma a los términos “*responsabilidad*” y “*corresponsabilidad*”, en el contexto de esta regulación sobre el cuidado personal y la relación directa y regular, se presenta como bastante imperfecto e incompleto.

Es una regulación imperfecta, desde el momento que se vincula innecesariamente estos conceptos al establecimiento de la custodia compartida y el establecimiento de la relación directa y regular. En realidad, no sólo en tales casos, sino en todas las circunstancias los padres deben compartir equitativamente los deberes y derechos respecto de los hijos, cualquiera sea el régimen de cuidado o visitas. Es cierto que en el trabajo de la Comisión de Constitución del Senado se morigeró esta conexión entre *corresponsabilidad* y cuidado compartido (en particular, mediante el texto aprobado para el inciso 1° del artículo 224 del Código Civil), pero la ausencia de una regulación sistemática para esta figura, sigue vinculando ambos conceptos.

En ese mismo sentido resulta también ser una regulación incompleta, desde el momento que sólo menciona específicamente algunos de los derechos y deberes

Código Civil que señala que: “El padre o madre es responsable, en la administración de los bienes del hijo, hasta de la culpa leve. La *responsabilidad para con el hijo* se extiende a la propiedad y a los frutos, en aquellos bienes del hijo en que tiene la administración, pero no el goce, y se limita a la propiedad cuando ejerce ambas facultades sobre los bienes”. A lo que alude esta norma es a fijar una regla de *responsabilidad civil* (esto es, pago de indemnización de perjuicios) por mala administración de los bienes del hijo.

Estas normas demuestran de forma elocuente como el Código utiliza el término “*responsabilidad*” en un sentido completamente diverso al que pretende darle la modificación legal en comento. Por ello, de aprobarse esta reforma en los términos propuestos, se introducirá incoherencia en la regulación, desde el momento que el mismo término jurídico (que tiene actualmente un sentido unívoco en la ley, en la doctrina y en la jurisprudencia) se utilizará para describir fenómenos totalmente distintos.

Es cierto que el concepto de “*corresponsabilidad*” o “*responsabilidad parental*” existe en algunos sistemas comparados y documentos internacionales sobre la materia. Pero es cierto también que nuestro derecho civil se ha destacado, desde la época de Andrés Bello, por ser sustancialmente ajeno a la hora de pretender introducir o importar expresiones foráneas, de forma que no rompan el espíritu general de la legislación y que mantengan la debida “*correspondencia y armonía*” que debe existir entre todas sus partes, como ordena el artículo 22 del Código Civil. Por ello, hubiese sido preferible que se empleara la expresión “*autoridad parental*”, cuya titularidad se asigna siempre a ambos padres, aun cuando su modalidad de ejercicio pueda variar.

vinculados a la autoridad parental (crianza y educación). Como se dijo, la regulación de la autoridad parental comprende un universo amplio de derechos y deberes de los padres respecto de los hijos, que usualmente se enumeran al comienzo de tales disposiciones.

Al respecto, es lamentable que algunas indicaciones formuladas en la discusión en la Comisión de Constitución del Senado, que iban en el sentido de introducir una regulación sistemática en la materia (aun cuando también refrinéndose equivocadamente a la “*responsabilidad parental*” y no a la “*autoridad parental*”), fuesen desechadas por acuerdo de mayoría, por considerar que iban más allá de las ideas matrices de la Reforma.

(ii) *Cuidado compartido. Residencia compartida*

3. La Reforma establece expresamente la posibilidad de que los padres “*acuerden*” un régimen de cuidado personal compartido de los hijos (art. 225 inc. 1° del Código Civil). En la materia, la regla introducida por la Reforma dispone lo siguiente: “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” (art. 225 inc. 2° del Código Civil).

El inciso 1° de ese artículo 225 agrega que los padres que viven separados pueden “*de común acuerdo*” determinar que el cuidado personal de los hijos correspondan a “*ambos de forma compartida*”.

Por último, el inciso 4° de ese mismo artículo, aclara que el juez puede atribuir el cuidado personal a uno de los padres, excluyendo la posibilidad de que otorgue una modalidad de custodia compartida en ausencia de acuerdo entre ellos.

4. En síntesis, si uno de los propósitos de esta Reforma era regular la custodia compartida, las disposiciones aprobadas frustran parcialmente ese objetivo, al menos por las siguientes razones:

a) Ante todo, porque el juez carece, según esta regla de la Reforma, de facultades para asignar el cuidado compartido en ausencia de acuerdo entre los padres. Esto es, se otorga a cada padre un derecho de veto, para oponerse y hacer inviable un cuidado personal compartido que pueda beneficiar a los hijos.

Esto es negativo por varias razones. Desde luego, es criticable porque no significa un avance sustancial respecto de la situación anterior a la Reforma, en que los tribunales ya se encontraban aprobando acuerdos de custodia compartida. La única ventaja de este texto es que viene a disipar las dudas acerca de la legalidad de esa medida. Pero tal ventaja se diluye, como se expondrá, por el hecho de que se le reconoce a esta figura una definición restrictiva.

También es objetable porque con esto se priva a los jueces de una poderosa herramienta para estimular los acuerdos entre los padres. En efecto, frente a la eventualidad de que el tribunal pueda, en ausencia de acuerdo, asignar una custodia

compartida, ambos padres se sentirán proclives a mostrarse más "razonables" en la búsqueda de un esquema de cuidado que beneficie al hijo y que logre una participación equitativa en su crianza. En otras palabras, la facultad judicial de asignar el cuidado personal compartido estimula los acuerdos y facilita la participación de ambos progenitores en la cuidado de los hijos.

Por otra parte, la propia experiencia comparada muestra que es perfectamente factible y conveniente que el juez pueda establecer una modalidad de cuidado compartido, bajo tres supuestos. El primero es que tal medida sea solicitada al menos por uno de los padres, cuestión que hace presumir que existe disposición de ambos para cuidar al hijo: respecto del padre reticente, porque confía en que la custodia se le asignará, y respecto del padre solicitante, porque precisamente su pretensión es participar activamente en el cuidado del hijo. El segundo supuesto es que la asignación de este cuidado compartido se haga por el juez sobre la base de ciertos criterios, cuestión que ya se hace en la Reforma, pues el nuevo artículo 225.2 del Código Civil señala criterios para el establecimiento de todo régimen de cuidado personal (con esto, también se erradica todo riesgo de otorgarlo en casos de violencia familiar, conflictos exacerbados y otras situaciones que pondrían en riesgo el interés del menor). El tercer supuesto es que de alguna forma se constate el funcionamiento del régimen decretado, por ejemplo, estableciéndolo de forma provisoria y sujeto a una revisión por el tribunal en un breve plazo.

Cabe destacar que con estas prevenciones el sistema de asignación del cuidado personal compartido por el juez ha funcionado adecuadamente en Francia, de cuyo derecho es históricamente tributario y cercano el sistema nacional.

b) Luego, también la definición propuesta para el cuidado personal es ambigua y restrictiva, por varias razones:

—Porque entiende el cuidado personal compartido como un "régimen de vida" determinado en esencia por la "residencia" del hijo, para incidir en su crianza y educación. Esto es erróneo, pues, como se explicó, los deberes y derechos de los padres respecto de los hijos son muchos más amplios. Así, por ejemplo, la disposición nada dice acerca del derecho de ambos padres de participar en la adopción de decisiones importantes para el hijo, vacío que también se vincula a la crítica expuesta más arriba sobre la ausencia de una regulación sistemática en la Reforma de la "autoridad parental".

—Porque parece vincular, como también se dijo, la "corresponsabilidad" (concepto, por lo demás, impropio como lo expuse) a la existencia de un cuidado compartido, cuando es evidente que en todo escenario, cualquiera sea el régimen de cuidado del hijo, ambos padres deben ser titulares de iguales derechos y deberes respecto del hijo.

—Porque introduce en la definición una restricción que puede hacer inoperante el régimen, al exigir que el cuidado compartido deba pasar por un "sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad".

Es evidente que toda forma de cuidado compartido exige una cierta alternancia en la residencia del menor (aunque puede ser en proporción variable), cuestión que se opone a la definición de la Reforma que exige "continuidad" y "estabilidad" en la residencia.

Resulta particularmente grave que no se haya aclarado en la discusión parlamentaria el alcance de esta disposición, defendida por el SERNAM, pues da la impresión, a partir de sus términos, que en realidad con ello se excluye cualquier alternancia en la residencia del menor, elemento que es consustancial a un cuidado y residencia compartida. Esto es, con esta norma en verdad se estaría negando todo cuidado y residencia compartida.

En otros términos, mediante esta definición, incluso las decisiones que actualmente pronuncian los jueces, autorizando cuidados compartidos con residencia alternativa, podrían estarse ilegalizando.

Paradójicamente, en consecuencia, esta definición puede significar un retroceso en relación al actual estado de cosas, negando toda posibilidad de que los padres puedan acordar un cuidado compartido que involucre alternancia en la residencia del menor. Todo dependerá de la forma en que la interpreten los tribunales, pero efectivamente existe un riesgo de restricción en tal sentido.

—Porque, por último, tampoco define en términos generales las modalidades de custodia y residencia compartida, entre las cuales se encuentra la residencia alternativa y la modalidad con residencia principal. Este vacío priva al juez de criterios para establecer, en razón de las circunstancias del caso y del interés de los hijos, modalidades adaptadas de cuidado compartido.

5. En síntesis, en esta materia la Reforma no asegura un efectivo cuidado compartido desde el momento que: a) No permite que el juez pueda conceder esta modalidad de cuidado personal y residencia a petición de uno de los padres, conforme a los criterios legales de tutela del interés superior del hijo y por un período de prueba sujeto a revisión de su funcionamiento. La experiencia comparada muestra que esta medida es una buena forma de estimular los acuerdos y asegurar una participación equitativa de los padres en el cuidado de los hijos. b) Introduce la prevención de que esta modalidad de cuidado debe efectuarse por "un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad"; que puede transformar en letra muerta esta disposición, pues por definición un cuidado compartido requiere cierta alternancia en la residencia de los hijos. Esta restricción de la Reforma puede considerarse como un retroceso en relación al estado actual de nuestro derecho, y podría terminar por obstaculizar acuerdos de custodia compartida que actualmente se aprueban por los tribunales. c) No enuncia las modalidades principales de cuidado personal y residencia compartida, como aquella con residencia alternativa y residencia principal, de forma de aportar criterios a los jueces en la búsqueda de soluciones adaptadas para tutelar el interés de los hijos.

(iii) *Desaparición de la atribución preferente a la madre. Regla provisoria: ciudadano personal a cargo del padre o madre con quien conviven los hijos menores*

6. Como se sabe, en la materia, la norma vigente hasta la Reforma disponía lo siguiente: “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos” (art. 225 inc. 1° del Código Civil).

Esta era quizá la mayor falencia de la ley chilena, pues envolvía una regla abiertamente perjudicial para los hijos y discriminatoria contra el padre, que ha sido impugnada en el Tribunal Constitucional por ser contraria a la Constitución, que envuelve un sesgo ideológico contra la mujer, y que la mayoría de la doctrina nacional también consideraba contraria al principio de igualdad.

Más aún, esta regla se percibía socialmente como una disposición de clara arbitrariedad contra los padres y que perjudica sobre todo el interés de los hijos, a quienes se termina por privar total o parcialmente de la presencia de uno de sus progenitores en su crianza y educación.

La regla era también contraria al interés superior del hijo, porque si bien con frecuencia puede ser conveniente que los niños (particularmente los lactantes) residan con la madre, ello no ocurre en todos los casos.

La disposición permitía, por el contrario, que las madres sintieran en todo evento a los hijos como “de su propiedad”, lo que reducía la posibilidad de acuerdos que beneficiaran una repartición equitativa de los derechos y deberes entre los padres, y la presencia de ambos en su crianza y educación.

En efecto, una disposición de esta naturaleza no hacía más que confirmar una distribución estandarizada de roles entre el hombre y la mujer, que provoca en definitiva una reducción de la participación de ambos padres en la crianza y educación de los hijos: la madre parece relegada a la función de custodio y el padre a la función de proveedor.

Tal perspectiva perjudicaba ante todo a los hijos, y era inconsistente con los modelos actuales de relación filial, donde es posible a simple vista percibir una participación mayor del hombre en el cuidado y educación de los hijos, por una parte, y una incorporación creciente de la mujer en actividades remuneradas, por otra. Basta con constatar cómo han proliferado las organizaciones sociales que luchan por una mayor participación de los padres en el cuidado cotidiano de los hijos, reflejo de un cambio progresivo de cultura y una revisión de tales roles.

Además, la preferencia legal otorgada a la madre, como ha sostenido reiteradamente la doctrina nacional y como es posible constatar en la práctica, envolvía una ventaja procesal estratégica, de tal suerte que los padres llegaban al proceso en un claro pie de desigualdad en relación a su pretensión sobre la custodia del hijo: la madre invocando una atribución que le viene concedida por la ley por el hecho de ser tal, y el padre intentando demostrar por qué razones el juez debería desestimar tal preferencia jurídica.

La regla era, además, abiertamente inconstitucional, pues no resistía ningún análisis desde la perspectiva del principio de igualdad, presentándose como una discriminación arbitraria contra el padre.

En este punto no es necesario ahondar, pues la doctrina mayoritaria en Chile ha insistido—como también se ha hecho en los países donde existía esa regla— que esta disposición establecía una discriminación sobre un criterio arbitrario (pues no obedece a ningún patrón de proporcionalidad).

7. Debe recordarse que esa regla era absoluta: se ordenaba que “todos” los hijos debían residir y estar al cuidado de la madre. Ni siquiera se hacía la distinción—como originalmente se hacía en la legislación nacional— entre hijos hombres y mujeres, y tomando en cuenta su edad.

Debe recordarse también que esa regla nacional era completamente excepcional en el concierto mundial y, porque se opone a varios instrumentos internacionales, era bastante probable que, de mantenerse, nuestro país habría recibido nuevas condenas internacionales por afectar el principio de igualdad (de la CIDH, en particular).

Así también, fundada una supuesta “aptitud natural” de la mujer para cuidar a los hijos, esta regla materializaba una concepción prejuiciada y estereotipada de ésta, que no se condice con la creciente repartición equitativa entre el hombre y la mujer de las labores de cuidado de los hijos y del hogar común, por una parte, y de obtención de recursos y de desarrollo profesional, por otra.

8. Esta norma discriminatoria subsistió prácticamente durante toda la tramitación parlamentaria de la Reforma.

No obstante, en su último trámite constitucional fue sustituida por la siguiente: “A falta de acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo” (art. 225 inc. 3° del Código Civil).

Esto es, luego de la separación de los padres, para determinar el cuidado personal de los hijos menores debe estarse a lo siguiente:

a) Ante todo, prevalece el acuerdo de los padres, quienes pueden otorgar el cuidado personal a uno de ellos u otorgarlo a ambos de manera compartida (art. 225 inc. 1° del Código Civil). Este acuerdo debe referirse a todos los hijos menores (antes, la ley permitía la separación de los hermanos, hoy no), y debe determinar de inmediato el régimen de relación directa y regular que beneficiaría al padre que no tenga el cuidado de los hijos.

Debe tenerse en cuenta lo expuesto más arriba acerca de la definición restrictiva que se le otorgó al cuidado personal compartido, y los problemas que ello podría provocar cuando el acuerdo se efectúa ante el Tribunal de Familia (en el marco del “acuerdo completo y suficiente”).

b) A falta de acuerdo, el juez sólo puede otorgar el cuidado personal de los hijos a uno de los padres (art. 225 incs. 4° y 6° del Código Civil), sobre la base de

los criterios incorporados por la Reforma en el artículo 225-2 del Código Civil, analizados más adelante en este comentario.

c) Ahora bien, mientras no exista acuerdo, y no se pronuncie el tribunal, la Reforma establece una regla de alcance provisorio, en orden a que los hijos menores seguirán al cuidado del padre o madre con quien estén conviviendo (art. 225 inc. 3° del Código Civil).

La regla propuesta obedece a un consenso logrado en la Comisión Mixta (última etapa del proceso legislativo de la Reforma), entre quienes propendían a la eliminación de la atribución preferente a la madre de todos los hijos y quienes estaban por su mantención, insistiendo en la necesidad de una regla “supletoria” o “provisoria”, que resolviera el cuidado de los hijos mientras no existiera acuerdo o decisión judicial.

Finalmente, se optó por esta regla transaccional que borra la preferencia materna, pero que de todas formas contiene una norma supletoria (haciéndose eco de las afirmaciones —erróneas en mi parecer— de que la ausencia de una norma de esta naturaleza aumentaría la litigiosidad).

9. No obstante, la disposición plantea nuevas interrogantes.

En primer lugar, ¿cómo se acreditará la convivencia para estos efectos? Usualmente los hijos conviven con ambos padres antes de la separación. En tal caso, ¿con quién de los padres se estimará convivir?; ¿hasta que la convivencia se radique por unas semanas o días en uno de los padres para que éste logre la preferencia legal?

En segundo lugar, la misma noción que se utiliza (“convivencia”) no tiene una acepción precisa en este sentido. De hecho, etimológicamente sólo significa “vivir en compañía de otro”, y las escasas utilizations que tiene en el derecho nacional le atribuyen un significado vinculado a una relación estable de pareja sin vínculo matrimonial (tal como se hizo presente en la misma discusión parlamentaria por el propio SENAM). Así, es posible anticipar dudas de interpretación. ¿Qué sucede, por ejemplo, en casos en que la relación de pareja está rota pero ambos padres siguen viviendo con los hijos, o cuando ellos viven con los abuelos? ..

Por último, es posible también sostener que esta norma envuelve ciertos riesgos, pues si ella atribuye una preferencia (aunque sea transitoria) al padre o madre que convive con los hijos, es lógico que podría ello envolver un incentivo implícito a convertirse en el único padre que convive con los hijos, tratando de conservar el hogar común y presionar para que el otro parta. La regla, por esto, puede traer aparejado un incentivo implícito a la violencia intrafamiliar.

De todas formas, y en lo que importa para los efectos de este comentario, esta regla funciona como una medida supletoria y provisorio, mientras no exista acuerdo o decisión judicial, y en el caso en examen ya existe un convenio sobre la materia y debe entenderse que prima por sobre esa regla.

(iv) Criterios para la atribución del cuidado personal de los hijos menores

10. En la materia, la Reforma introduce una serie de criterios copulativos que deben ponderarse judicialmente para la definición del régimen y atribución del ejercicio del cuidado personal, tales como la vinculación afectiva entre padres e hijos, la aptitud de los padres para proporcionarles un entorno adecuado, la aptitud de cada padre a cooperar con el otro y asegurar la relación directa y regular, la opinión expresada por el hijo, entre otros (art. 225-2 del Código Civil).

Cabe destacar la acertada decisión de introducir estos criterios en el Código Civil, y no en la Ley de Menores, como venía propuesto por la Cámara de Diputados, cuestión que incluso se oponía a sugerencias formuladas a nuestro país por organismos internacionales.

11. Estos criterios son los siguientes:

a) “La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar”.

Cabe destacar sobre este criterio que se incorporó expresamente la consideración del vínculo del hijo con los restantes integrantes del grupo familiar del padre o madre que solicita su cuidado personal.

b) “La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad”.

Sobre este criterio se destaca que en otra disposición (art. 225 inc. 5° del Código Civil), se aclara que las decisiones judiciales sobre la atribución del cuidado personal no pueden fundarse “exclusivamente” en la capacidad económica de los padres. Evidentemente, es un factor que deben tener en cuenta los jueces al momento de decidir, pero no por ello deben prescindir de otras consideraciones que puedan llevar a concluir que uno de los padres asegura de mejor forma que el otro el interés preferente del hijo.

c) “La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo”.

Este fue un criterio largamente debatido, pues el SENAM pretendía introducir una sanción en orden a impedir que el padre que no hubiese hecho tal contribución pudiese optar por el cuidado personal (norma que se quería introducir en el artículo 225 del Código Civil). Finalmente, sólo se reguló como un criterio, sin asignarle tal sanción, cuestión que es consistente con el hecho de que no existe tampoco en la Reforma una sanción equivalente a la obstaculización de la relación directa y regular.

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”.

Esta disposición es riesgosa, por cuanto por su intermedio pueden adoptarse decisiones sobre un esquema de relaciones familiares que ya no existe y que es completamente diverso al que sucede a la separación. Durante la armonía familiar es usual que los padres se distribuyan roles, y que uno de ellos dedique mayor tiempo al cuidado cotidiano del hijo, mientras que el otro asigne una mayor parte de su jornada a obtener los recursos para la familia. Luego de la ruptura, los roles necesariamente se alteran, y es natural que el padre que estaba a cargo del cuidado cotidiano pretenda acceder a un trabajo remunerado y que el padre que esencialmente tenía un rol de proveedor deba y quiera tener una mayor participación en el cuidado del hijo.

Si la decisión del juez se toma sobre la base del pasado, es evidente que uno de los padres puede ser perjudicado. En otros términos, la decisión sobre el cuidado personal debe ser enfocada hacia el futuro, hacia aquello que asegure de mejor forma el interés del menor y la aptitud de los padres, y no hacia un esquema pasado que necesariamente ya no se prolongará.

Estas aprehensiones, planteadas en la Comisión de Constitución, al menos lograron incorporar la expresión “especialmente” en esta regla.

f) “La opinión expresada por el hijo”.

Se destaca también el haber generalizado la regla de considerar la “opinión expresada por el hijo”, y no especialmente cuando el hijo haya alcanzado los 14 años de edad, cuestión que también habría ido en contra de instrumentos internacionales en la materia.

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”.

j) “Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo”.

Cabe destacar, finalmente, que es una modificación favorable el que se hayan establecido criterios para la asignación del cuidado personal, que pongan atención en su interés superior, desvinculándose con ello el cambio de atribución del cuidado personal del carácter sancionatorio que tenía antes de la Reforma.

(f) *Modificaciones en materia de relación directa y regular*

12. La Reforma efectúa varias modificaciones en la materia:

a) Ante todo, invierte la redacción de la regla fundamental en materia de relación directa y regular, que antes señalaba: “El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber...” (art. 229 inc. 1° del Código Civil). La nueva norma, acertadamente, le otorga una nueva redacción que pone en evidencia que tal relación directa y regular no es excepcional, sino que es una regla generalísima: “El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular...”

b) No se incluyó la referencia a que esta relación directa y regular debe ser “personal”, que venía en el texto aprobado por la Cámara de Diputados (repetido en varios incisos de los artículos 225 y 229 del Código Civil). Esta exigencia pretendía efectuar una restricción innecesaria, que no se condice con las posibilidades materiales de muchos padres de mantener contacto permanente con el hijo y participar en su crianza —en beneficio de su interés superior—, a pesar de que razones labores o de otra índole le impidan residir en la misma ciudad.

c) Se eliminaron algunos sesgos ideológicos, que provenían del texto aprobado por la Cámara de Diputados, y que hacían una expresa referencia de que esta relación directa y regular se refería al “vínculo paterno filial” entre el padre no custodio y el hijo (o “relación paterno filial”, como se señalaba también más adelante en el texto), suponiendo con ello que es siempre el padre (y no la madre) a quien se priva del cuidado personal y a quien se le otorga la relación directa y regular (art. 229 incs. 2° y 3° del Código Civil).

En su lugar, el texto de esa disposición alude, en la redacción aprobada por la Reforma, al “vínculo familiar”.

d) Se dispone claramente que el juez, cuando establezca el cuidado personal del hijo a cargo de uno de los padres, debe necesariamente, de oficio o a petición de parte en la misma resolución, fijar la relación directa y regular que le corresponde al otro (art. 225 inc. 4° del Código Civil).

e) Se aclara que la relación directa y regular tiene por propósito mantener la relación familiar entre el padre que no ejerce el cuidado personal y el hijo, median- te un contacto “periódico y estable”, de forma de fomentar una “relación sana y cerna”, velando por su “interés superior”, su “derecho a ser oído” y la “evolución de sus facultades” (art. 229 incs. 2°, 3° y 4° del Código Civil).

f) Tal como en el caso del cuidado personal, la Reforma introduce criterios pertinentes para acordar o fijar por el juez la relación directa y regular, como la edad del hijo, su vínculo con el padre o madre (según corresponda), la relación con parientes cercanos, el régimen de cuidado personal, entre otros (art. 229 del Código Civil). Asimismo, cabe destacar que estos criterios se introducen en el mismo texto del Código, y no en la Ley de Menores, cuestión que parece consistente con el derecho común que expresan y con la relevancia de su contenido.

g) Se acentúa que, al acordar o fijar por el juez el régimen de relación directa y regular, se debe velar por asegurar la “mayor participación y corresponsabilidad” de los padres en la vida del hijo (art. 229 inc. 4° del Código Civil). Si bien la expresión “corresponsabilidad” es discutible, como ya se expuso, al menos deja en evidencia la necesidad de que la autoridad parental sea ejercida por ambos padres, en toda su amplitud, con independencia de la residencia del hijo.

h) Se establece expresamente el deber del padre que ejerza el cuidado personal de no obstaculizar la relación directa y regular del otro con el hijo (art. 229 inc. 5° del Código Civil). No se le asigna una sanción específica a la infracción a este deber, en particular, la atribución del cuidado personal del hijo al otro padre.

(v) Otras modificaciones

13. La Reforma introduce otras modificaciones relevantes:

a) Dispone que la modificación del régimen de cuidado personal acordado o fijado por el juez no procede cuando se hace “indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa justificada”, sino “cuando las circunstancias lo requieran y el interés del hijo lo hagan conveniente” (art. 225 inc. 4º del Código Civil).

Esta modificación presenta varias ventajas: i) Sustituye la norma que planteaba la sustitución del titular del cuidado personal como una “sanción” a conductas culposas (maltrato, descuido, etc.), centrando el análisis sobre la conveniencia para el interés del hijo (es decir, en la pregunta ¿con quién se encuentra asegurado de mejor forma el interés superior del niño?); ii) Deroega el carácter excepcional de esta medida (graficada en la expresión “indispensable”) y, por último, iii) Se desvincula esta norma de las “inhabilidades” de los padres, previstas en el artículo 42 de la Ley de Menores, las que se aclaran que “sólo” se aplican respecto del artículo 226 del Código Civil (esto es, cuando el cuidado personal es solicitado por un tercero), suprimiendo con ello una práctica judicial errónea en la materia.

b) Introduce una medida de apremio, claramente definida, para obligar a hacer entrega del hijo si se hubiere decretado ello por sentencia judicial (art. 227 inciso 3º del Código Civil).

c) Deroega el artículo 228 del Código Civil, que establecía una odiosa disposición que obligaba a solicitar autorización del cónyuge para tener en el hogar común al hijo no nacido de ese matrimonio.

d) Asimismo, constituye un gran avance el que se haya reconocido expresamente la posibilidad de que los “abuelos” puedan solicitar al juez el establecimiento de un régimen de relación directa y regular con el niño (art. 229-2 del Código Civil). Si bien este derecho se podía entender implícito en disposiciones de leyes especiales, resulta particularmente simbólico y efectivo el que se reconozca abiertamente este derecho en el texto de la legislación común.

e) Por último, en materia de mejoras a la legislación, cabe mencionar el que se haya perfeccionado en parte la “patria potestad”.

No obstante, resulta lamentable que no se haya aprovechado esta oportunidad para unificar el tratamiento de los derechos y deberes personales y patrimoniales respecto de los hijos (como ocurre en prácticamente todo el derecho comparado), eliminando la institución de la “patria potestad”, que es una noción que, debe recordarse, nació para discriminar a la mujer.

En todo caso, entre las mejoras a este texto está el asignar, en el inciso 2º del artículo 244 del Código Civil, de consuno la patria potestad al padre y a la madre “a falta de acuerdo”.

Asimismo, resulta destacable el que se haya hecho la distinción entre actos de “mera conservación”, donde los padres pueden actuar separadamente (aunque ejerzan la patria potestad conjuntamente) y los otros actos (que involucran dispo-

sición, y donde deben actuar conjuntamente, o con intervención judicial a falta de acuerdo). Con ello, se desestima la equívoca redacción que venía aprobada por la Cámara de Diputados, que aludía a una actuación conjunta sobre actos de “representación legal que no menoscaben los derechos del hijo ni le impongan obligaciones” (art. 244 inc. 3º nuevo del Código Civil). Era evidente, en efecto, que tal disposición daría lugar a serios problemas de interpretación (¿qué actos de representación prescriben absolutamente de envolver la afectación de derechos y obligaciones?), resultando, por lo demás, ajena a nuestra tradición jurídica.