

El concebir procesalmente los juicios en comento como distintos permite evitar la triquiñuela forense de modificar en lo accesorio y rediseñar los hechos del juicio anterior con el objetivo de darle la apariencia de nuevos a fin de evitar la excepción de cosa juzgada. Dicha práctica indefectiblemente determina una revisión de los hechos innecesaria, pues de apostarse por la verdad se podría obviar la fase probatoria permitiendo centrar la discusión en lo realmente importante, es decir, determinar el padre que otorga mejores condiciones de cuidado a sus hijos.

En suma, postulamos la posibilidad de revisión de aquellas sentencias judiciales que atribuyeron judicialmente el cuidado de los hijos al amparo del antiguo artículo 225 mediante la improcedencia de la excepción de cosa juzgada por falta de identidad en la causa (legal) de pedir, entendida ésta no solo como el otorgamiento de una nueva oportunidad para litigar, sino como una ampliación del sujeto activo y, más importante aún, como una valiosa oportunidad de revisar situaciones juzgadas y solucionarlas, como siempre debió haber sido, es decir, en atención al interés superior del niño y no en una dinámica de sanción al padre/madre inerte²⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- Lepín Molina, Cristián (2013), "Reforma a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley N° 20.680", *Revista de Derecho Escuela de Postgrado Facultad de Derecho Universidad de Chile*.
- Mosquera, Mario y Maturana, Cristián. (2005). *Breves nociones de la cosa juzgada*. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Rodríguez Pinto, María Sara (2009), "El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia", *Rev. Chil. Derecho*, vol. 36, N° 3.
- Romero Seguel, Alejandro (2002), *La cosa juzgada en el proceso civil chileno*. Doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

NUEVAS NORMAS SOBRE CUIDADO PERSONAL, RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR, Y PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO.
REFORMAS INTRODUCIDAS POR LA LEY N° 20.680 DE 2013

MARÍA SARA RODRÍGUEZ PINTO*

INTRODUCCIÓN

El 21 de junio de 2013 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.680 sobre modificaciones al Código Civil y otros cuerpos legales con el objeto de proteger a los niños de padres separados. La reforma surgió de dos iniciativas parlamentarias posteriormente refundidas en un solo proyecto, impulsado también por el Ejecutivo en diversas formas y etapas de su tramitación¹. En este estudio ofrezco una visión global de la reforma desde la perspectiva de su resultado final, pues durante su tramitación un proyecto que pretendía objetivos limitados va extendiéndose y comprimiéndose hasta llegar a lo que vemos hoy convertido en ley².

La reforma incide en tres grandes frentes: cuidado personal de los hijos en situación de vida separada de sus padres; relación directa y regular entre los hijos y el padre o madre que no vive con ellos, y patria potestad, en el sentido del Derecho chileno, es decir, derechos de los padres sobre los bienes de los hijos. Pero además, sin proponérselo muy explícitamente al principio, la ley introduce un nuevo concepto en el Código Civil con relación a la crianza de los hijos: el principio de corresponsabilidad de los padres. Abordaremos estas cuatro temáticas a continuación.

* Doctora en Derecho (Universidad Autónoma de Madrid); I.L.M. (Northwestern University); Abogada; Licenciada en Derecho (Universidad Católica de Chile); Profesora de Derecho Civil (Universidad de los Andes). Dirección: Avenida Alvaro del Portillo 12.422, Las Condes, Santiago. Correo electrónico: msrodriguez@uandes.cl. Teléfono de contacto: 2618 1204.

¹ Boletines N° 591.7-18 y N° 7007.18 (refundidos). Cfr. Historia de la Ley N° 20.680, texto disponible en línea en el siguiente lugar: <http://www.leychile.cl/Navegar?dNorma=1052090>. Se cita por referencia a la etapa de tramitación del proyecto y la página del texto en que puede encontrarse.

² Otros análisis de esta ley publicados recientemente son: Lepín Molina, Cristián (2013), "Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley N° 20.680", *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, N° 3, [Facultad de Derecho, Universidad de Chile], pp. 285-308.

²⁹ Padre "inerte": aquel que incurre en las circunstancias previstas en el antiguo artículo 225 (maltrato, descuido y otras causas calificadas).

1. EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

La Ley N° 20.680 pretende reforzar la responsabilidad de ambos padres en la crianza, educación y establecimiento de los hijos, vivan juntos o separados. No podemos olvidar que “[l]os padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos” (artículo 19, N° 10 de la Constitución Política de la República). El fortalecimiento de este derecho-deber, que se traduce en una responsabilidad de ambos padres, parece exigir opciones más explícitas del legislador. Para esto se introducen dos modificaciones que tienen un efecto más de hermenéutica que de regla imperativa. La primera se refiere a la inversión de los incisos primero y segundo del artículo 222 del Código Civil. La segunda es la elevación al plano imperativo legal del principio de corresponsabilidad, antes tal vez implícitamente presente en el artículo 224. A continuación se exponen estas tres ideas.

1. Responsabilidad de los padres antes que deberes de los hijos

Una primera reforma de la Ley N° 20.680 es darle prioridad a la responsabilidad de los padres por sobre los deberes de los hijos. Esta es la finalidad por la que se invierte el orden de los dos incisos que forman el artículo 222. Antes de la reforma esta norma mantenía una redacción histórica. Inciso primero: “Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres”. Inciso segundo, de nueva facción por la Ley N° 19.585 de 1997, decía: “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”. A partir de la nueva Ley N° 20.680 de 2013 el artículo 222, que abre el Título IX del Libro I del Código Civil sobre Derechos y deberes entre padres e hijos, manda a los padres velar por el interés de sus hijos y procurar su mayor realización espiritual y material posible antes que a los hijos respetar y obedecer a sus padres. Es decir, entre los derechos y deberes entre padres e hijos, el legislador quiere reforzar los deberes de los padres. Dicho de otro modo, sus responsabilidades. Esto conecta con la idea de *corresponsabilidad*, que aparece por primera vez en el artículo 224, un concepto que sugiere la repartición de responsabilidades o el ejercicio mancomunado del cuidado personal, crianza y educación de sus hijos. Es decir, la responsabilidad de *ambos* padres en la crianza y educación, deber que obviamente perdura aunque no exista vida en común, pero que se ha querido reforzar con esta ley. La separación o el divorcio interrumpen deberes y derechos entre marido y mujer, pero no en cuanto son padre y madre. Aunque el matrimonio y la vida en común se disuelvan, la filiación paterna y materna es indisoluble. De aquí emerge un derecho de los hijos a que sus padres velen por ellos aun durante su vida separada.

El legislador ha juzgado necesarias estas reformas por un motivo simbólico o cultural: el fenómeno que muestra la indiferencia e incluso el abandono de hijos

de matrimonios o uniones anteriores por parte de padres o madres, con quienes no se tiene una vida en común. Los padres, es decir padre y madre, tienen respecto de sus hijos responsabilidades irrenunciables, anteriores a su situación matrimonial y que perduran aun después de una separación o divorcio. Estas responsabilidades consisten en procurar la mayor realización espiritual y material posible de los hijos y guiarlos en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades, esfuerzo que corresponde a ambos padres y que el legislador define como una “preocupación fundamental” (cfr. artículo 222, inciso 1°). Es evidente que el cumplimiento de estas responsabilidades exige los esfuerzos mancomunados de ambos padres; e innegable que cumplidos en circunstancias de separación es problemática. Esta dificultad debería tenerse más en cuenta al momento de decisiones radicales entre los padres, como la separación permanente. Los hijos tienen derechos y necesitan los cuidados cotidianos y la presencia física de ambos padres, en todas las etapas de su vida, especialmente en la niñez. Este hecho y los deberes consiguientes deberían considerarse especialmente cuando se busca la separación para salir de situaciones que se van con insanables. La separación frecuentemente no es solución sino principio de duras experiencias que afectan inevitablemente a los padres y, especialmente, a los hijos.

2. Función de la corresponsabilidad: es principio y no regla de atribución?

El artículo 224 del Código Civil era y sigue siendo regla de atribución *legal* del cuidado personal en supuestos de vida familiar común; es decir, padres casados o no, que hacen vida en común con sus hijos. Puede afirmarse que el cuidado personal que la ley atribuye a ambos padres de consuno es, efectivamente, la *corresponsabilidad* de los padres puesta en ejercicio: “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos” (artículo 224). De la misma manera, el artículo 224 disponía y continúa haciéndolo que faltando uno de los padres por muerte, toca al otro este deber. Esta interpretación es la que justificó el reconocimiento de la *corresponsabilidad* en esta norma y no en otra⁴.

Este es el contexto en que se inserta la acotación de la nueva ley: “Este [es decir, el cuidado personal] 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

³ Cfr. Acuña San Martín, Marcela (2013), “El principio de corresponsabilidad parental”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 20-N° 2, pp. 21-59.

⁴ Cfr. Lathrop Gomez, Fabiola (2008), “La corresponsabilidad parental”, *Estudios de Derecho Civil IV*, Carlos Pizarro Wilson (Coord.), Santiago, Abelardo Perroti, pp. 207-232.

224, inciso primero, segunda parte). El cuidado personal de la crianza y educación de los hijos exige participación "activa, equitativa y permanente" de ambos padres.

3. CORRESPONSABILIDAD Y TUTICIÓN COMPARTIDA

La *corresponsabilidad* en cierta forma fundamenta las formas de cuidado personal compartido, alternado o sucesivo. "El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que vivan separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad". Así define el cuidado personal compartido la Ley N° 20.680 en el nuevo inciso segundo del artículo 225 del Código Civil. Podría decirse, con otras palabras, que el cuidado personal compartido pretende mantener viva, activa, la participación del padre y de la madre en la crianza y educación de sus hijos durante la vida separada. La finalidad es evitar que los hijos se vean privados de la presencia y cuidados del padre o la madre por causa de su separación.

Cuidado personal compartido y *corresponsabilidad* tienen una estrecha relación. La tución compartida es una forma de ejercer la *corresponsabilidad* parental después de la separación. Pero ambos conceptos no se identifican. La corresponsabilidad no exige cuidado compartido como único régimen posible de tución durante la separación. La corresponsabilidad puede ejercitarse de diversas formas. Por ejemplo, mediante tución exclusiva (del padre o la madre) y patria potestad conjunta. Mediante tución exclusiva (del padre o la madre), relación directa y regular (del hijo con el padre o madre privado del cuidado personal), y patria potestad conjunta o exclusiva.

El principio de corresponsabilidad no autoriza al juez para atribuir judicialmente el cuidado personal a ambos padres separados (cfr. artículo 225, inciso 1°). El cuidado personal compartido solamente puede establecerse por convención entre ambos padres. La corresponsabilidad parental es un principio adoptado por el legislador: no es un régimen legal de cuidado personal. Por tanto, en caso de vida separada de los padres, el cuidado personal puede estar atribuido al padre o a la madre, por convención o por decisión judicial, pero esta atribución exclusiva no desvincula al padre o madre privado del cuidado personal de su parte de responsabilidad, o *corresponsabilidad*, en la crianza y educación de los hijos.

II. EL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS

DURANTE LA VIDA SEPARADA DE SUS PADRES

El objetivo más importante de la reforma de la Ley N° 20.680 era modificar el artículo 225 del Código Civil. Primero, para dar cabida legal al régimen de cuidado personal o tución compartida. En segundo lugar, la reforma apuntaba a corregir la forma como se interpretaba la preferencia materna, que era regla supletoria legal

hasta antes de esta reforma. Un tercer objetivo de la reforma apuntaba a eliminar todo vestigio de criterio de inhabilidad de uno o de ambos padres en la atribución judicial de la tución para privilegiar, como ya hizo la Ley N° 19.585, el interés superior del niño. A continuación ofrezco un comentario de estos tres aspectos.

1. Tución compartida y otros arreglos sobre el cuidado personal de los hijos

a) Concepto de tución compartida

Para analizar los cambios legales en este terreno conviene volver a leer el nuevo inciso 2° del artículo 225 del Código Civil: "cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que vivan separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad". La Ley N° 20.680 opta por dar amplitud a las convenciones posibles de tución compartida, dando margen a la autonomía de los padres y a las soluciones extrajudiciales de resolución de conflictos. Puede pactarse tución alternada o sucesiva; puede pactarse tución compartida⁵.

Sin embargo, los sistemas que dividen el tiempo en dos, para que la mitad de la semana, del mes o del año los hijos estén con uno de los padres y la otra mitad con el otro no gozaron de especial prestigio durante la discusión de la ley. A esto obedece la exigencia de establecer en estas convenciones "un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad" (artículo 225, inciso 2°). La ley se refiere a la estabilidad y continuidad en la crianza del hijo. A pesar de esto, los pactos que distribuyen el tiempo de crianza por partes iguales entre el padre y la madre que viven separados no parecen estar directamente prohibidos. Sin embargo, la inestabilidad del hijo podría ser una circunstancia sobrevenida para que en función del interés superior del hijo el juez radique en uno de los padres el cuidado personal del niño (cfr. artículo 225, inciso 4°). Por otra parte, cualquier pacto sobre tución compartida debe resguardar la *corresponsabilidad* de los padres en la crianza y educación de los hijos (cfr. artículo 224, inciso 1°, segunda parte).

Esto permite que puedan hacerse diversos arreglos sobre la forma en que los padres van a compartir el cuidado personal de sus hijos. Por ejemplo, se puede pactar residencia de los hijos con uno de los padres, pero cuidado personal compartido por ambos u otras formas. Cualquier pacto debe favorecer "un sistema

⁵ Cfr. Lathrop Gómez, Fabiola (2008), *Custodia compartida de los hijos*, Madrid, La Ley, p. 582; Rodríguez Pinto, María Sara (2008), "La tución compartida o alternada en Chile. Conflictos entre el interés superior del niño y los intereses de padres separados", *Estudios de Derecho Civil* IV, Carlos Prieto Wilson (Coord.), Santiago, AbeledoPerroti, pp. 233-240; Rodríguez Pinto, María Sara (2010), *El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo derecho chileno de familia*, Santiago, AbeledoPerroti, p. 123.

de residencia que asegure [la] adecuada estabilidad [de los hijos] y continuidad” (artículo 225, inciso 1°).

b) Admisibilidad de los pactos sobre tución compartida y sus formalidades

Antes de esta reforma, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585, el Código Civil ya admitía las convenciones entre el padre y la madre sobre el cuidado personal de sus hijos. Se permitía en concreto que por convención entre padre y madre, el padre tuviera la tución de todos o de algunos de los hijos (antiguo inciso 2° del artículo 225). Pero nada decía la ley sobre el cuidado personal compartido, por lo que se dudaba de la legalidad de estos arreglos. Por eso uno de los objetivos de la ley fue autorizar o legitimar lo que en la práctica ya ocurría: diversas formas de tución compartida alcanzadas por mutuo acuerdo entre los padres que se separan. La Ley N° 20.680, por tanto, autoriza que por convención entre ambos padres pueda pactarse el cuidado personal compartido (nuevo artículo 225, inciso 1°).

Por tanto, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.680 se amplía el espectro de los pactos posibles en estos acuerdos: (1) cuidado personal exclusivo del padre; (2) cuidado personal exclusivo de la madre, y (3) cuidado personal compartido. Este último pacto puede establecerse con residencia del hijo con uno de los padres, o con residencia compartida en una forma compatible con la estabilidad y continuidad en la crianza y educación del hijo, deseada por el legislador, una cuestión de hecho que tocará a los jueces verificar caso por caso si el acuerdo es impugnado posteriormente o sometido a aprobación judicial.

Una cuestión en la que el Senado adoptó una postura inflexible es la separación de los hermanos. Al sustituir en el inciso 1° del artículo 225 la frase “de uno o más hijos” por “de los hijos”, la Ley N° 20.680 parece haberse eliminado la posibilidad de que algunos hijos queden bajo el cuidado de la madre y otros bajo el cuidado del padre, por acuerdos extrajudiciales entre ambos. Se buscó introducir esta enmienda para “evitar cualquier interpretación que favorezca la separación de los hermanos”⁶. Sin embargo, la separación entre hermanos por convención entre los padres estaba permitida antes de esta reforma. Parece correcto que la ley propicie la unidad de la familia. Pero impedir estos acuerdos no se concilia con la idea de una reparación igualitaria de cargas entre los padres. Aún más, la decisión de que algunos hermanos vivan con su padre y otros con su madre puede ser aconsejable según la edad y sexo de los hijos, tomando especialmente en cuenta su opinión (artículo 225-2, literal f)). En los hechos, si un hijo quiere vivir con el otro de sus padres, me parece que ni aun la judicatura podría impedirlo.

⁶ Cfr. Segundo informe de la Comisión de Constitución del Senado, Valparaíso, 8 de enero de 2013, Historia de la Ley N° 20.680, p. 490.

Al igual que antes de la reforma, los pactos del artículo 225, inciso 1° son *formales y extrajudiciales*. En cuanto a la forma, los acuerdos deben consignarse por escritura pública o por acta extendida ante oficial civil, instrumentos de los que se debe tomar nota al margen de la inscripción de nacimiento de cada uno de los hijos dentro de los 30 días subsiguientes a su otorgamiento (artículo 225, inciso 1°). Estos pactos son completamente extrajudiciales. Es decir, se alcanzan directamente entre las partes y no requieren aprobación judicial.

La misma clase de convenciones puede alcanzarse en el contexto de la preparación de una vía judicial o dentro de ésta. Por ejemplo, en un proceso de mediación obligatoria (artículo 106, Ley N° 19.968 de Tribunales de Familia, en adelante LTF), con aprobación judicial (artículo 111 LTF); o en las convenciones reguladoras de una separación o divorcio (artículo 21, Ley N° 19.947, en adelante LMC), que también requieren aprobación judicial (artículos 31 y 55 LMC). Al efecto la Ley N° 20.680 modificó el artículo 21 de la LMC para autorizar expresamente que una de las convenciones admisibles sea el cuidado personal compartido, con lo que se autoriza también al juez para aprobar estos arreglos.

La Ley N° 20.680 introdujo otro elemento importante en estos pactos: la exigencia de establecer de mutuo acuerdo un régimen de relación directa y regular entre el hijo y el padre o madre que queda privado de la tución, cuando se ha pactado alguna forma de atribución exclusiva. Con esto se refuerza el deber de sostener vínculos con los hijos después de la separación, evitando que el padre o madre privado de la tución deba acudir a la justicia para obtener su regulación. También sale reforzada la *corresponsabilidad* de los padres en la crianza y educación de sus hijos.

c) Cuidado personal compartido y alimentos

El derecho de alimentos exige: (1°) título; (2°) necesidad del alimentario, y (3°) facultad del alimentante (artículos 321, 323 y 329). Una de las cuestiones complejas del régimen de tución compartida es la prueba de la necesidad del alimentario mientras está bajo el cuidado del padre o madre por cuya intermediación se piden los alimentos; y la prueba de la mayor facultad del demandado para proveerlos. El cuidado personal compartido descansa sobre el supuesto de que ambos padres comparten también los gastos que engendra la crianza y educación del hijo; y que, al menos en lo que se refiere a necesidades básicas de alimento, alojamiento y vestido, cada uno soporta su parte en proporción al tiempo que el hijo está bajo su cuidado. Surge la dificultad de cómo se provee respecto de otros gastos, como seguros de salud o escolarización pagada del hijo, si alguno de los padres tiene facultades para enfrentar estos gastos y el otro no. E incluso cómo se enfrentan los gastos más necesarios en la misma situación: es decir, si uno de los padres tiene facultad y el otro no. Por ejemplo, si uno tiene trabajo y el otro no; o si uno gana significativamente más que el otro.

Estas cuestiones pueden sobrevenir a un régimen de cuidado personal compartido alcanzado en el marco del divorcio o separación de los padres. En este caso, los alimentos estarán pactados conjuntamente con el régimen de cuidado personal (cfr. artículos 21 y 23 LMC). Las convenciones reguladoras de una separación o divorcio solamente son *completas* si regulan todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21, es decir, alimentos, tuición, relación directa y regular con los hijos; y son *suficientes* si aseguran el interés superior de los hijos y la protección del cónyuge más débil (artículo 27 LMC). Por tanto, se trataría de una necesidad o cambio de circunstancias, en el alimentario, en el o los alimentantes, sobreviniente al pacto, cuya decisión (aumentar o disminuir los alimentos pactados) se pretenda ante un tribunal.

También puede ocurrir que el régimen de cuidado personal compartido se haya pactado extrajudicialmente, fuera de un proceso de separación o divorcio (artículo 225, inciso 1°). El artículo 225 no exige que se pacten conjuntamente con la tuición y relación directa y regular los alimentos debidos. Por tanto, puede ocurrir que con posterioridad a este pacto se demande la regulación de alimentos antes no determinados por convención o por decisión judicial.

En ambos casos la pregunta que surge es si el régimen de tuición compartida podría constituir una forma de pago de alimentos debidos, recibiendo y manteniendo al hijo cada uno en su propia casa. Fuera de otros gastos que se hacen en consideración a las facultades económicas del padre o madre (como seguros de salud o escolarización pagada), pienso que, efectivamente, los pactos de tuición compartida suponen la satisfacción de necesidades por las que ya no se tiene derecho de alimentos, en la medida que consisten en que el hijo comparte alternada o sucesivamente la vivienda con su padre y madre.

Respecto de otras necesidades, pueden intervenir los tribunales para regular (determinar, aumentar o disminuir) las prestaciones alimenticias que obedecen a las facultades del padre o madre alimentante. En Chile no sería lógico, por ejemplo, que el hijo de un padre o madre pudiente deba estar en el sistema público de salud por no haber provisto los progenitores su adscripción a un seguro de salud. La escolarización pagada es otro asunto de envergadura semejante. Los gastos que supongan los estímulos superiores del hijo pueden ocasionar nuevas intervenciones judiciales para regular la contribución de cada uno de los padres mediante alimentos, en proporción a sus facultades (artículo 326) y a las necesidades objetivamente determinadas del hijo.

d) *Divorcio por mutuo acuerdo y tuición compartida*

El divorcio mal denominado "por mutuo acuerdo" no exige tuición compartida. Esta proposición exige demostrar que en el ordenamiento chileno no hay un divorcio por mutuo acuerdo y que, aun así, en el supuesto en que ambos cónyuges piden de común acuerdo el divorcio no exige que pacten cuidado personal compartido.

La LMC establece un divorcio con causales. Estas son las del artículo 54 (faltas imputables a uno de los cónyuges) y la del artículo 55 (cese efectivo de la convivencia). El artículo 55 exige, por tanto, que se acredite *cese efectivo de la convivencia*, que es precisamente la causal del divorcio. Si los cónyuges piden de común acuerdo el divorcio, el cese debe haber durado a lo menos *un año*; si no hay acuerdo entre ellos, para que el juez pueda decretar el divorcio el demandante debe acreditar cese de la convivencia por un lapso de a lo menos *tres años*. Cuando ambos cónyuges piden de común acuerdo el divorcio, la LMC exige que se acredite la causal y que los peticionarios presenten un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos (artículo 55 LMC). El acuerdo es completo si considera cada una de las materias mencionadas en el artículo 21 LMC: alimentos, cuidado personal (exclusivo o compartido) y relación directa y regular entre el padre o madre privado de la tuición y el o los hijos. Es suficiente si asegura adecuadamente el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil.

En materia de tuición, antes de la reforma de la Ley N° 20.680 el artículo 21 solamente exigía que los demandantes hubieran regulado esta materia. La Ley N° 20.680 agrega que "en este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido". Es decir, el cuidado compartido *puede* convenirse en las convenciones reguladoras del divorcio. La Ley N° 20.680 no dice que *deba* convenirse. Por tanto, en el acuerdo completo y suficiente que los cónyuges deben presentar para solicitar el divorcio por cese de la convivencia que haya durado un año, pueden pactar cuidado compartido de los hijos; pero la ley no les exige hacerlo. También pueden pactar otras formas de tuición; siempre que regulen directamente esta materia y el acuerdo sea suficiente en cuanto a esto.

2. *Atribución supletoria de la tuición al padre o madre que de hecho viva con el hijo*

a) *Necesidad de una regla supletoria*

La necesidad de mantener una regla de atribución supletoria, que opere a falta de acuerdo entre los padres sobre el cuidado personal de sus hijos, quedó ya consagrada en el primer trámite constitucional de la reforma. La Cámara de Diputados aprobó el siguiente texto: "Mientras no haya acuerdo entre los padres o decisión judicial, a la madre toca el cuidado personal de los hijos menores, sin perjuicio de la relación directa, regular y personal que deberán mantener con el padre"⁷. Se reforzaba el carácter supletorio de la regla de atribución legal. Se mantenía certeza

⁷ Cfr. Oficio de cámara de origen a cámara revisora. Valparaíso, 12 de marzo de 2012. Historia de la Ley N° 20.680, p. 252.

sobre aquel de los progenitores que quedaba con el cuidado personal de los hijos. Se reforzaba la idea de que esta atribución supletoria legal no impedía la relación directa y regular del hijo con el padre o madre privado de la tución.

La Comisión de Constitución del Senado hizo suyas estas ideas agregando al texto anterior la idea de *corresponsabilidad*, que continuaba vigente después de la separación. La regla supletoria de atribución legal a la madre debía ser además “transitoria” y de ningún modo podía constituir una “preferencia legal”. Además, si en la época de la separación los hijos residían de hecho con el padre, se mantenía este estado de cosas mientras no mediara acuerdo o resolución judicial sobre la tución. De esta manera se mantenía la existencia de una regla clara de atribución supletoria a falta de acuerdo entre los padres.⁸

b) *El abuso judicial y cultural del privilegio de la madre*

La resistencia, en cierta forma transversal al espectro político, que despertaba la preferencia materna tiene explicaciones históricas y culturales. La explicación histórica consiste en que bajo la antigua legislación, anterior a la Ley N° 19.585, la madre tenía preferencia *legal y judicial*. Es decir, la ley atribuía a la madre el cuidado personal de los hijos. Esta preferencia solamente podía ser modificada por el juez por inhabilidad física o moral de la madre. La prueba de la inhabilidad correspondía al que pedía la tución; y la judicatura hacía de esta prueba un asunto de estricto escrutinio. Solo por graves circunstancias podía perder la madre el cuidado personal de sus hijos.

La Ley N° 19.585 intentó moderar esta preferencia en dos sentidos. Primero, bajando su categoría a la de regla supletoria de la voluntad de las partes. Segundo, modificando el criterio de inhabilidad por el del interés superior del niño para cambiar por intervención judicial situaciones establecidas de cuidado personal de hijos de padres separados.

Sin embargo, es posible suponer que el artículo 225, en la redacción que le dio la Ley N° 19.585, no reflejó adecuadamente esta intención del legislador por varias razones. Lo primero es una cuestión de sistemática legal: las convenciones sobre cuidado personal de los hijos ocupaban el inciso 2° del artículo 225, mientras que la regla que se aplicaba cuando faltaban estos acuerdos ocupaba el inciso 1°. Algunos jueces se inclinaban por pensar que esto tenía el significado de que la preferencia materna continuaba siendo una regla legal. Por otra parte, el inciso 3° del artículo 225 tenía señales de ser una norma de transacción, pues a la vez que introducía el interés superior del niño como criterio de atribución judicial de la tución, mantenía el “maltrato, descuido u otra causa calificada” como presupuesto de intervención judicial. Esto conducía nuevamente a que algunos interpretaran

esto como una señal de subsistencia del criterio de inhabilidad de la madre. En la práctica, frecuentemente las sentencias de los tribunales invocaban tanto razones de inhabilidad como de interés superior del niño para acoger o desestimar pretensiones de tución. No hubo una interpretación lineal de la judicatura; ni consistente con otra reforma de la Ley N° 19.585, la que vinculaba el artículo 42 de la ley de menores al artículo 226 del Código Civil (hipótesis de inhabilidad física o moral de ambos padres para atribuir judicialmente la tución a terceros). En definitiva, muchos padres se enfrentaban con una práctica judicial en que la madre tenía privilegios excesivos con relación al padre.

La Ley N° 20.680 tuvo el impulso de grupos de interés formados por asociaciones o grupos de padres separados, cuya influencia se apreciaba en toda la tramitación de la ley y, especialmente, en el título “ciudadano”. “Ley amor de papá”. Estos grupos encontraron eco en legisladores de ambas cámaras. El “caballo de Troya” de todos estos fueron los mal entendidos *privilegios* de la madre.

c) *Solución de compromiso: atribución supletoria de la tución del hijo al padre o madre con quien conviva*

La subsistencia de una regla de atribución supletoria se justificaba en la necesidad de evitar la prematura judicialización de las rupturas matrimoniales. Cualquier mecanismo que pudiera precaver el litigio o postergarlo se veía como adecuado para los conflictos sobre cuidado personal de los hijos. Además, estaba el hecho de un número importante de mujeres solas que tenían hijos reconocidos por el padre bajo su cuidado. Se anticipaba una posible avalancha de pretensiones judiciales de estas madres que, sorpresivamente, por una reforma legal, se verían privadas del cuidado personal de sus hijos.

Sin embargo, se continuaba discutiendo la preferencia materna, que subsistía en esta regla, aunque mitigada con contrapesos y correctivos. Esta discusión se manifestó con particular fuerza en la discusión en sala del proyecto, el día 12 de marzo de 2013. En esa oportunidad la unanimidad de los senadores presentes aprobó un texto que eliminaba definitivamente la preferencia. El texto disponía lo siguiente: “Si los padres viven separados y no hubiere acuerdo entre ellos, compararán 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 60 días quién tendrá a su cargo del cuidado del hijo. En el intertanto, éste continuará bajo el cuidado de la persona con quien esté residiendo, sea éste el padre, la madre, o un tercero⁹.”

⁸ Cfr. Segundo informe de la Comisión de Constitución del Senado. Valparaíso, 8 de enero de 2013. Historia de la Ley N° 20.680, p. 536.

⁹ Texto despachado a tercer trámite constitucional. Cfr. Oficio (de aprobación de proyecto con modificaciones) de cámara revisora (Senado) a cámara de origen (Diputados). Valparaíso, 13 de marzo de 2013. Historia de la Ley N° 20.680, p. 583.

La indicación reflejaba un consenso político en torno a eliminar toda preferencia por la madre¹⁰. El texto aprobado por la sala del Senado, sin embargo, introducía diversos aspectos de incertidumbre. El primero de ellos se refería a lo que parecía o podía entenderse como un régimen *legal* de cuidado personal compartido. Durante la discusión de la ley llegó a ser claro que el cuidado personal compartido sólo era un sistema viable en los hechos si existía acuerdo entre los padres. Ni la ley ni la jurisprudencia podía imponer este régimen de cuidado de los hijos, sin el consentimiento y colaboración de los padres. El segundo tema que se prestaba a incertidumbres era el mandato que el legislador daba a la judicatura para que en el plazo de 60 días resolviera sobre el cuidado personal de los niños. Esto forzaba lo que la ley quería evitar: la intervención del juez. Por lo que en esta parte la indicación no podía prosperar. La eventual atribución *supletoria legal* del cuidado personal a un tercero, que no era el padre ni la madre, tampoco era compatible con preceptos constitucionales y legales. La norma suponía desplazar a los padres, como responsables preferentes y titulares de un derecho al cuidado de sus hijos (cfr. artículo 19, N° 10 CPR), para atribuir supletoriamente la tuición a un tercero, pariente o extraño, en circunstancias que el artículo 226 del Código Civil, inmediatamente a continuación de la norma intervenida, entregaba esa atribución exclusivamente al juez. Además, se pensaba que esta disposición creaba un incentivo equivocado al atribuir demasiados efectos legales a una situación de hecho. Lo que la ley buscaba era fortalecer la *corresponsabilidad*, no la irresponsabilidad.

La Cámara de Diputados no aprobó esta modificación. El diferendo debió zanjarse en Comisión Mixta. La solución de compromiso consistió en reconocer la necesidad de una regla supletoria legal; pero cuyo contenido evitara cualquier preferencia, paterna o materna. El artículo 156 del Código Civil español vino en socorro del legislador chileno¹¹: "Si los padres viven separados, la patria potestad (es decir, el cuidado personal y todos los demás deberes) se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva".

El procedimiento era dejar los hijos al cuidado del padre o madre con quien estuvieran conviviendo al momento de la separación. Esto es lo que actualmente expresa el texto del artículo 225, inciso 3°: "A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo". La fórmula salva la existencia de una regla de atribución supletoria, que opera a falta de acuerdo entre los padres. Por otra parte, reserva el cuidado de los hijos a su padre o a su madre, quienes tienen el deber y

¹⁰ Cfr. Discusión en la sala del Senado por la que se aprueba en particular el proyecto propuesto por la Comisión de Constitución. Valparaíso, 12 de marzo de 2013. Historia de la Ley N° 20.680, p. 544.

¹¹ Cfr. Informe de Comisión Mixta. Valparaíso, 10 de junio de 2013. Historia de la Ley N° 20.680, p. 633.

la responsabilidad primera y preferente de este cuidado. No correspondía que la ley permitiera que, automáticamente, por el hecho de la separación, algún tercero, aunque fuera pariente cercano, tuviera que asumir el cuidado personal de los hijos existiendo padres hábiles y aptos para cumplir esta responsabilidad. Queda por analizar el tercer criterio de atribución de la tuición entre padres separados: el interés superior del niño.

3. Interés superior del niño como único

criterio de atribución judicial de la tuición entre padres

a) El principio como criterio de atribución judicial

La modificación del antiguo inciso 3° del artículo 225 del Código Civil era probablemente el desarrollo que generaba mayor consenso entre los legisladores y grupos de interés. El compromiso de la Ley N° 19.585 en torno a la sustitución del anterior criterio de atribución judicial del cuidado personal de hijos de padres separados no fue afortunado en su repercusión judicial. El texto del inciso 3° del artículo 225 se prestaba para interpretaciones que sostenían que según vigente la inhabilidad de la madre como criterio de cambios en el cuidado personal, pues la norma disponía que la intervención judicial debía hacerse "por maltrato, des-cuido u otra causa calificada" de la madre. No quedaba claro que la intención del legislador había sido superar este criterio de inhabilidad y sustituirlo por el del interés del hijo. Se seguía exigiendo al demandante prueba de la inhabilidad de la madre; y no tanto del interés del hijo. Algunos jueces exigían satisfacer ambos criterios, exigiendo al demandante (usualmente el padre) un esfuerzo casi imposible de cumplir: probar la inhabilidad de la madre y demostrar que el interés del hijo era mejor servido con un cambio en la tuición.

Esta situación permitía satisfacer en todos la convicción de que había que eliminar toda referencia a causas de inhabilidad de alguno de los padres, para afirmar claramente que el interés superior del niño es el criterio de atribución judicial de la tuición. Se alcanzó un acuerdo en el siguiente texto:

[Art. 225, inciso 4°] En cualesquier (sic) de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requirieron y el interés 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.

Por tanto, es presupuesto de intervención judicial en asuntos de tuición "circunstancias" que la requirieran. Esto es una referencia a un cambio de circunstancias en el estado de cosas anterior que el padre o madre que pide que se le atribuya exclusivamente la tuición debe hacer presente al tribunal. El solo hecho de la separación puede ser suficiente circunstancia sobrevenida a un estado de hechos anterior. La regla de atribución supletoria del actual inciso 3° del artículo 225 es

esencialmente provisional, pues rige a falta de acuerdo y antes o mientras no opere una intervención judicial. El cambio se refiere a hechos posteriores al acuerdo vigente o a la situación provisional del inciso 3° que atribuye la tución al padre o madre con quien conviven los hijos.

Ahora bien, para decidir entre padre y madre, el juez debe atender al interés del hijo. Esto distribuye equitativamente la carga de la prueba; y obliga a las partes y al juez a concentrarse en el bienestar de los hijos. No son decisivas de la litis ninguna de las circunstancias de inhabilidad mencionadas en el artículo 42 de la ley de menores; sino el bien del hijo. Dicho de otro modo. Podría afirmarse que cualquiera de las inhabilidades físicas o morales enumeradas en el artículo 42 puede incidir en la decisión en la medida que afecte el interés de hijo. Más que acreditar faltas de idoneidad que afecten a los padres, la prueba debe satisfacer el interés del hijo. Para facilitar este juicio, la Ley N° 20.680 introduce una lista de criterios en un nuevo artículo 225-2 del Código Civil.

Es interesante destacar que la Ley N° 20.680 elimina la inhabilidad especial que existía en el antiguo artículo 225, inciso 3°: "Pero no podrá confiarse 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". Esta inhabilidad se trasladó al artículo 225-2, ya no como tal, sino como uno de varios criterios o circunstancias que el juez debería considerar para resolver una demanda de tución conforme al interés del hijo. Es decir, el que no proveer pudiendo hacerlo ya no queda inhabilitado para tener la tución; pero este hecho debería ponderarse dentro del conjunto de criterios y circunstancias que configuran el interés superior del niño. A esta lista me refiero a continuación.

b) Herramientas judiciales para integrar el criterio

El artículo 225-2 consiste en una lista de "criterios y circunstancias" que el juez debería ofrecer a las partes litigantes como elementos de prueba e integración del interés del niño. La lista de diez factores termina con una referencia de clausura abierta a "cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo". Queda claro que el legislador no presenta una lista cerrada ni taxativa. Según el caso, las partes pueden ofrecer y el tribunal pedir otros elementos de prueba idóneos para integrar el criterio indeterminado interés superior del niño. El interés del hijo es un estándar que mira hacia el presente y hacia el futuro. Todos los criterios y circunstancias que sirvan para fundamentar una decisión de atribución exclusiva de la tución al otro de los padres en motivaciones y razonamientos sirve para integrar el criterio interés superior del niño.

Los "criterios y circunstancias" del artículo 225-2 deben ponderarse conjuntamente. Esto no significa que deba darse igual peso a cada uno de ellos. El uso del vocablo ponderar tiene aquí el significado de sopesar, medir. Al ponderar el tribunal también puede descartar algunas circunstancias y dar mayor gravitación a otras. La

lista pretende colaborar en la función de fundamentar razonada y motivadamente una sentencia, mediante consideraciones que se apoyen en mayor medida en el interés del hijo y en menor medida en los intereses (a veces contrapuestos) de sus padres. El interés del hijo exige "su mayor realización espiritual y material posible" y el acompañamiento que solo los padres pueden hacerle en orden al "ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades" (cfr. artículo 222, inciso 1°).

Es en este contexto que el artículo 225-2 pide al tribunal preguntarse por (a) los vínculos afectivos entre el hijo y sus padres y otras personas de su entorno familiar, (b) la aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo, (c) la contribución del padre o madre que pide la tución a la mantención del hijo mientras ha estado bajo el cuidado del otro, (d) la actitud de cada uno de los padres para cooperar entre ellos de forma que se asegure su corresponsabilidad en la crianza y educación del hijo, (e) las posibilidades reales de dedicación al cuidado del hijo del que pide la tución, (f) la opinión del hijo, (g) los informes de peritos, (h) los acuerdos alcanzados por los padres antes o durante el juicio, (i) el domicilio de los padres, y (j) cualquier otro antecedente relevante en orden a satisfacer el interés superior del niño. Entre estos últimos pueden considerarse, por ejemplo, (1°) la probabilidad de que las necesidades materiales, educativas y emocionales del niño sean cubiertas por quien pide la tución, (2°) la capacidad y condiciones del solicitante para tener el cuidado personal del niño, (3°) el efecto probable de cualquier cambio en la vida actual del menor, (4°) el daño sufrido o el riesgo de sufrirlo como consecuencia de la decisión que se adopte.¹²

4. Inhabilidad física o moral de ambos padres para atribuir el cuidado personal a terceros

La eliminación de toda preferencia materna en la atribución de la tución y la eliminación del criterio de inhabilidad materna para atribuir la tución al padre parecían hacer necesaria la reforma del artículo 226 del Código Civil. Pero las vicisitudes de la política también contribuyeron a esta reforma. Como se ha explicado anteriormente, la indicación introducida en la sala del Senado para sustituir el inciso 4° del artículo 225 hacía referencia a terceros, entre los que se pensaba especialmente en los abuelos. La Comisión Mixta determinó asegurar el deber preferente y la responsabilidad de los padres en el cuidado personal de los hijos, atribuyendo suplencia y provisionalmente el cuidado de los hijos al padre o la madre con quien estos conviven. Los terceros fueron excluidos de esta atribución supletoria. Sin embargo, como contrapartida, se consideró necesario moderar la regla del artículo 226, que exige inhabilidad física o moral de ambos padres para

¹² Cfr. Resolución de fecha 01/09/2004, en causa Rol 4105-2004, de la Corte de Apelaciones de Santiago.

atribuir *judicialmente* el cuidado personal a terceros, con una referencia al interés superior del niño, conforme al *text* del artículo 225-2¹³.

Igual como ocurrió con el texto del antiguo inciso 3° del artículo 225, según el compromiso de la Ley N° 19.585, vemos en el nuevo artículo 226 una ambigüedad: el criterio para separar a los hijos del cuidado de sus padres es la inhabilidad física o moral de ambos padres; pero, a la vez, el juez debe hacerlo “velando primordialmente por el interés superior del niño, conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2”. La modificación parece justificarse en la necesidad de atender siempre al interés superior del niño en cuestiones relativas al cuidado personal de los niños¹⁴. Pero se mantiene la reforma al principio del artículo 42 de la Ley de menores, que en consecuencia expresa: “*Para el solo efecto del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral: [...] Es decir, la referencia al interés superior del niño no elimina la exigencia de inhabilidad física o moral de ambos padres para separar a los hijos de su cuidado personal y entregarlos a terceros. En conclusión, la reforma al artículo 226 no parece tener más efecto que el que ya tenía antes la obhgación del juez de atender siempre al interés superior del niño en este tipo de resoluciones, según los artículos 242, inciso 2° del Código Civil y 16 de la LTF.*”

Por último, antes de pasar al siguiente punto, es importante destacar que la patria potestad corresponde siempre al padre o a la madre (artículo 243). Por tanto, si estos resultan inhabilitados para tener el cuidado personal de los hijos, también, consecuentemente, deben quedar privados de la patria potestad por decisión judicial (artículo 271). Corresponde, entonces, que el tribunal constituya una guarda y la defiera a los parientes llamados a ejercitarla (artículo 367), eligiendo entre ellos al que parezca más apto. Si alguno de estos tiene también el cuidado personal de los hijos, por ejemplo, los abuelos, el juez podrá entregarles conjunta o separadamente también la guarda del hijo. Si el cuidado personal ha sido dado a un tercero y no hay parientes llamados por ley a ejercer la guarda, o estos están inhabilitados, el juez podrá darla al tercero como tutor o curador interino (artículo 371) o dativo (372). El tutor o curador deberá prestar fianza u otra garantía antes de entrar en la administración de los bienes, a menos que el llamado sea un ascendiente, un interino o los bienes fueren escasos (artículos 375, 376). El tutor o curador deberá también hacer inventario solemne (artículo 378), a menos que los bienes sean demasiado exigüos, en cuyo caso se podrá exigir solo un apunte privado de los bienes (artículo 380). Si la guarda se constituye solamente por la menor edad del hijo, dura hasta alcanzada por éste la mayoría de edad.

¹³ Cfr. Informe de Comisión Mixta. Valparaíso, 10 de junio de 2013. Historia de la Ley N° 20.680, p. 633

¹⁴ Cfr. *Ibid.*

5. Apremios por incumplimiento de resoluciones judiciales en materias de tutela

Las resoluciones judiciales pronunciadas en el contexto del artículo 225 (juicios entre padre y madre por el cuidado personal de sus hijos; restitución inmediata por vías de hecho imputables al otro de los padres) o del artículo 226 (juicios entre terceros, parientes o extraños, y ambos padres para separar de estos últimos el cuidado personal de los hijos), son reforzadas por el nuevo inciso 3° del artículo 227, agregado al Código Civil por la Ley N° 20.680:

El juez podrá apremiar en la forma establecidas por el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil (multas o arresto hasta por 15 días) a quien fuere condenado por resolución judicial que cause ejecutoria a hacer entrega del hijo y no lo hiciere o se negare a hacerlo en el plazo que se hubiere determinado para estos efectos. En igual apremio incurrirá el que retuviere especies del hijo y se negare a hacer entrega de ellas a requerimiento del juez.

Se trata de apremios autorizados por el artículo 66 de la Ley de Menores que se replican en el Código Civil para darles mayor visibilidad y fuerza.

III. EL DERECHO-DEBER DE MANTENER CON LOS HIJOS UNA RELACION DIRECTA Y REGULAR

Corresponde referirse a las reformas de la Ley N° 20.680 en materia de relación directa y regular con los hijos. Voy a referirme a lo que me parece que inspira la reforma en esta materia. A continuación voy a ofrecer una caracterización de la relación directa y regular con el hijo, y de las facultades judiciales en esta materia. Destinaré una última parte a un tema que la ley no trata pero que conviene recordar: la salida de menores al extranjero.

1. Principios que inspiran la reforma en este campo

La nueva ley parece querer dar un paso más en las normas que tienden a que los vínculos entre padres e hijos se mantengan durante la vida separada. Dicho de otra manera, se pretende que la separación de los padres no prive a los hijos de la cercanía del padre y de la madre (el artículo 229 emplea en dos ocasiones la expresión “relación sana y cercana”). Para esto se le confiere un contenido al derecho-deber de mantener con los hijos una relación directa y regular. Se aspira a fortalecerlo y diferenciarlo definitivamente de las antiguas visitas.

Este concepto ha tenido un itinerario en nuestra legislación. La Ley N° 19.585 de 1997 cambió el hasta entonces “derecho de visitas” por un concepto más amplio, inspirado en el artículo 9.3 de la Convención de Derechos del Niño (1990). La Convención reconoce un derecho del niño a mantener “relaciones personales con ambos padres y contacto directo de modo regular” cuando vive separado de uno o de ambos padres. El artículo 229 refleja esta idea al sustituir el derecho de-

visitas por un derecho-deber de "relación directa y regular" con los hijos. La Ley N° 19.711 de 2001 fortaleció esta obligación mediante reformas que permitían al juez determinar incluso de oficio esta obligación, exigir su cumplimiento bajo el apercibimiento de suspender o restringir su ejercicio, incluso mediante apremios. La Ley N° 19.947 de 2004 introduce el principio de reunir en un solo juicio, como materias conexas, las siguientes: alimentos, tutela y relación directa y regular con los hijos. Varias de estas reformas pasan ahora al Código Civil¹⁵.

En efecto, la actual reforma expande el artículo 229 con una definición, que podemos proponer con las siguientes palabras: "Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable" para lo cual se fomentará "una *relación sana y cercana* entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades". Se agrega un poco más adelante que llamado a intervenir en este asunto, el juez "deberá asegurar la mayor participación y *corresponsabilidad* de [los padres] en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una *relación sana y cercana*" del hijo con su padre y su madre. Se fortalecen también los vínculos con la familia extendida trasladando al Código Civil la posibilidad de que los abuelos también puedan tener regulada judicialmente una relación directa y regular con el nieto (nuevo artículo 229-2).

Estas reformas fortalecen la idea de que la vida separada de los padres no debería impedir ni debilitar los vínculos entre padres e hijos, y los vínculos de los hijos con su familia extendida. Se trata de un objetivo encomiable pero difícil de satisfacer en una realidad de resquebrajamiento de familias por la separación, que no sabemos si una ley como esta podría detener.

Por esto, me parece que esta aspiración de la ley debería tener diversas concreciones a nivel judicial, según las circunstancias de cada caso. Los supuestos se reducen básicamente a dos: (1°) los padres han tenido vida en común con el hijo antes de la separación; y (2°) los padres no han tenido vida en común entre ellos ni en común con el hijo. La concreción judicial de una relación directa y regular con el hijo debería ser distinta en uno y otro caso. Si no ha habido vida en común, este derecho-deber es el medio a través del cual el progenitor separado del hijo debería ir estableciendo y fortaleciendo vínculos reales. Si hubo vida en común, el objetivo debería ser mantener esos vínculos ya vividos a través del tiempo, en función de la edad y madurez del hijo.

Las reformas reflejan, por otra parte, la convicción de experiencia común de que el desarrollo armónico de la personalidad exige la presencia de padre y madre

en la vida del hijo. La sola necesidad de esta ley, que comparo, nos debería hacer reflexionar como sociedad sobre la estabilidad del matrimonio y de la familia como el contexto óptimo para el desarrollo de nuestros hijos. Esto no es ideología sino evidencia social, de experiencia común. Son muchas las carencias que se sufren cuando ha faltado el padre o la madre.

2. Titulares, algunos caracteres relevantes y facultades judiciales

a) Titulares del derecho deber de mantener una relación directa y regular con el hijo

Son titulares de este derecho-deber el padre o madre privado del cuidado personal de los hijos por alguna de las siguientes circunstancias: (1°) por convención (artículo 225, inciso 1°); (2°) por simple separación de hecho (artículo 225, inciso 3°); o (3°) por decisión judicial (artículo 225, inciso 4°). También son titulares: (4°) los abuelos (nuevo artículo 229-2)¹⁶; y (5°) otros parientes (artículo 48, Ley N° 16.618 de menores) "cuando aparezca de manifiesto la conveniencia para el menor", después de oír a los padres y a la persona que tenga al niño bajo su cuidado, si no es ninguno de los padres (artículo 48, Ley de Menores).

La ley no se pronuncia sobre la titularidad del padre o madre "cuya filiación ha sido determinada judicialmente contra [su] oposición" (cf. artículo 203) o cuya filiación ha sido presumida judicialmente (cf. artículos 199 y 199 bis). En el primer caso me parece claro que el padre o madre no tiene derecho alguno sobre el hijo (como el de mantener una relación directa y regular con él) sino solo obligaciones (como la de dar alimentos). El segundo caso se debería assimilar al primero, pues la paternidad presumida por negativa injustificada del demandado a someterse a pruebas periciales biológicas supone oposición a la demanda.

b) Caracteres que definen una relación directa y regular

De entre los caracteres de este derecho-deber, es importante destacar algunos rasgos que la Ley N° 20.680 ha reforzado. (1°) Es un derecho-deber personalísimo del padre o madre separado del cuidado personal por convención, decisión judicial, e incluso de hecho. Recordemos que esto último se discutió antes de la Ley N° 19.585 pues el antiguo artículo 229 expresaba que este derecho correspondía al padre o madre de cuyo cuidado personal "se sacaban" los hijos por intervención judicial. (2°) La relación directa y regular se extiende a todos los momentos de la vida; debería ser una "relación personal" de "contacto directo, en forma regular"

¹⁵ Cfr. Pinochet Clave, Ruperto (2011), "La relación directa y regular de abuelos y nietos en el ordenamiento jurídico chileno", *Estudios de Derecho Civil 2004-2009*, Hernán Corral Talcahuano et al. (Coords.), Santiago, AbogadoFerro, t. V, pp. 579-594.

¹⁵ Para un estudio de estas reformas Cfr.: Rodríguez Pinto, María Sara (1999), "Derecho a mantener una relación directa y regular con los hijos", *Gaceta Jurídica* 252, Santiago, p. 31.

(cfr. artículo 9.3 Convención). No se limita al momento de la visita. (3°) Este derecho-deber se regula informalmente en forma directa con la persona que tiene el cuidado del hijo; o formalmente, por convención (artículo 225, inciso 1°). Si no hay acuerdo, la justicia establece el régimen (artículo 229). En este campo, la Ley N° 20.680 exige que se pacte por escrito una forma de cumplimiento de este derecho-deber si los padres acuerdan también extrajudicialmente cualquier forma de tuición que no sea compartida (artículo 225, inciso 1°).

c) Tuición compartida y relación directa y regular

Esto nos lleva a plantearnos qué ocurre con la relación directa y regular si los padres tienen establecido un sistema de tuición compartida (artículo 225, inciso 1°). Me parece que un sistema de tuición compartida no exige que se establezca formalmente un régimen de relación directa y regular. Los padres comparten los cuidados y tienen contacto directo con los hijos de modo regular.

La demanda de uno de los padres para que se establezca judicialmente un régimen de relación directa y regular con el hijo supone, a mi juicio, el fracaso del sistema de tuición compartida que previamente haya estado en vigencia por mutuo acuerdo. La demanda, en cierta forma, es reconocimiento tácito de que la tuición la tiene de hecho el otro de los padres. En este caso, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal que determine sobre el cuidado personal del hijo, según el artículo 48 ter de la Ley de Menores.

La Ley N° 20.680 reitera la obligación de los jueces de establecer, incluso de oficio, un régimen de relación directa y regular cuando las partes no han acordado un sistema en las convenciones reguladoras de la separación o divorcio (artículo 21 y relacionados LM C) o en los avenimientos alcanzados en un proceso de mediación obligatoria por demanda de tuición (artículo 106 LITF); y siempre que no establezcan en estos acuerdos un sistema de tuición compartida.

d) Facultades y criterios judiciales

Al efecto, el artículo 229, inciso 3°, de la Ley N° 20.680 da al juez los siguientes criterios para resolver sobre una demanda de relación directa y regular: (1°) la opinión del niño y la evolución de sus facultades, juntamente con su edad (artículo 229, inciso 3°, letra a)); (2°) La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, y la relación con sus parientes cercanos (letra b)). Se refiere la ley a la vinculación que exista entre el padre o madre que pide la regulación de un régimen de relación directa y regular y el hijo. Esto ratifica mi opinión de que es distinto el caso de hijos que han hecho vida en común con ambos padres y el caso contrario. (3°) El régimen de cuidado personal acordado o determinado judicialmente pues, a nuestro juicio, un régimen de tuición compartida hace innecesario uno de relación directa y regular. Esto me inclina por pensar,

como espuse más arriba, que la demanda de relación directa y regular debería provocar una determinación sobre el cuidado personal del niño. Especialmente si se encontraba vigente un sistema de tuición compartida. (4°) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del niño. Este criterio de cierre abierto da bastante amplitud al juez para considerar otros aspectos, como violencia intrafamiliar, como actitud negativa del progenitor que tiene el cuidado personal con relación al otro, etc.

3. Sanción por el incumplimiento de un régimen comunicacional

Los jueces mantienen atribuciones para decretar (1°) la recuperación del tiempo perdido (artículo 48 Ley de Menores), para aplicar (2°) apercibimientos de multas y arrestos por incumplimiento de un régimen formalmente establecido, convencional o judicialmente (artículo 66 Ley de Menores), y (3°) para suspender o restringir el ejercicio de este derecho "cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo" (artículo 229, inciso 6°). La suspensión podrá decretarse provisoriamente con la sola presentación de la demanda si se acompañan "antecedentes graves y calificados" (artículo 48 Ley de Menores). En esta materia el Código Civil manda respetar ("no obstaculizar") el ejercicio de este derecho-deber (artículo 229, inciso 5°).

4. Incoercibilidad de la tuición compartida

Me inclino por pensar que un sistema de cuidado personal exclusivo por uno de los padres, y relación directa y regular de los hijos con el otro progenitor tiene mayores mecanismos de coercibilidad que uno de tuición compartida. Los sistemas de tuición compartida, a mi juicio, no son coercibles. Si no hay cumplimiento voluntario y colaboración entre los padres, debe intervenir la justicia atribuyendo el cuidado personal a uno de los padres y estableciendo un régimen de comunicación libre o regulada con el otro de los padres, mediante resoluciones que admitan la coercibilidad que permite la ley.

5. La salida de menores al extranjero

Queda por tocar brevemente el problema de la salida de menores al extranjero, asunto del que la Ley N° 20.680 no se ocupa. Por tanto, se mantiene sin modificaciones la vigencia del artículo 49 de la Ley de Menores.

Los menores bajo el cuidado de ambos padres porque están casados o viven juntos, o tienen la tuición compartida, no pueden salir del país sin la autorización (notarial) o en compañía de ambos padres.

Los menores que viven bajo el cuidado de uno de sus padres no pueden salir del país sino en compañía o con la autorización del padre o madre que lo tiene

bajo su cuidado. Si hay un régimen de comunicación establecido por convención o judicialmente en favor del otro progenitor, el menor no puede salir del país sin la autorización de este último.

Si el padre o madre está impedido o niega la autorización sin justificación, ésta puede ser suplidida por el juez en consideración al beneficio del viaje y fijando un plazo por el que se debe dar la autorización.

Hay dos circunstancias de inhabilidad para dar la autorización. El padre o madre que no cumple un régimen de relación directa y regular con el hijo, establecido convencional o judicialmente está inhabilitado para dar su autorización (artículo 49 bis, Ley de Menores). El padre o madre que ha sido apremiado por dos o más veces para el cumplimiento de pensiones alimenticias está inhabilitado para dar la autorización (artículo 19, Ley N° 14.908).

En estos casos, el juez puede autorizar salidas libres hasta por dos años, sin que el menor pueda permanecer fuera de Chile más de quince días en cada ocasión. La salida de menores para ser adoptados en el extranjero está regulada por los artículos 29 a 36 de la Ley N° 19.620.

IV. REFORMAS A LA PATRIA POTESTAD

Para concordar las reformas anteriores, especialmente la tuiición compartida, con el sistema chileno de patria potestad fue preciso reformar los artículos 244 y 245 del Código Civil. Resumidamente, los cambios son los siguientes: (1°) si los padres viven juntos y tienen, por tanto, de consuno el cuidado personal de sus hijos, tienen también conjuntamente el ejercicio de la patria potestad (artículo 244); (2°) si los padres viven separados, el que tiene el cuidado personal de los hijos tiene también la patria potestad; pero si han pactado alguna forma de cuidado personal compartido, consecuentemente tienen la patria potestad conjunta; (3°) el ejercicio conjunto de la patria potestad admite algunas actuaciones indistintas o separadas de los padres.

1. *Atribución legal de la patria potestad en el caso de padres que viven juntos*

Hasta antes de la Ley N° 20.680 si los padres ejercen de consuno el cuidado personal de sus hijos, porque la familia hace vida en común, los padres podían pactar el ejercicio conjunto de la patria potestad. A falta de pacto, la regla era que el ejercicio de la patria potestad correspondía al padre. La reforma modifica esta regla supletoria de la voluntad de las partes, eliminando la preferencia paterna en el ejercicio de la patria potestad. El nuevo inciso 2° del artículo 244 señala: "A falta de acuerdo, toca al padre y a la madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad". Los acuerdos por los que se modifique esta atribución legal deben hacerse por acta extendida ante un oficial civil o por escritura pública, subscritas en la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento.

2. *Atribución consecencial de la patria potestad por separación de los padres*

Algo semejante ocurre en el caso de padres que viven separados o hijos que están bajo el cuidado de solo uno de sus progenitores, que nunca ha hecho vida en común con el otro. La regla general sigue siendo la misma que existía anteriormente: la patria potestad será ejercida por aquel de los padres que tenga el cuidado personal del hijo. La modificación importante en esta materia consiste en que si se ha pactado alguna forma de tuiición compartida (artículo 225, inciso 1°, artículo 21 LMC y demás normas), la patria potestad será ejercida por ambos padres en conjunto. Es decir, el pacto de tuiición compartida acarrea consecuentemente patria potestad conjunta. También se puede alcanzar patria potestad conjunta por convención entre los padres (artículo 245, inciso 2°), con las mismas formalidades expresadas anteriormente. Antes de la Ley N° 20.680 solamente se podía pactar patria potestad conjunta; esta no era una regla de atribución legal.

De todas formas, estas reglas son supletorias de la voluntad de los padres y de alguna intervención judicial, que pueden modificar la forma de ejercicio de la patria potestad en función del interés del hijo entregando exclusivamente a uno de ellos el ejercicio de esta función (artículo 245 inciso 2°).

3. *Cambios en el ejercicio de la patria potestad conjunta*

El ejercicio conjunto de la patria potestad se permitía antes de esta reforma solamente por convención entre los padres, hecha por acta extendida ante un oficial civil o por una escritura pública, ambas subscritas en el registro de nacimiento del hijo. La ley nada indicaba sobre la forma de ejercer la patria potestad conjunta, por lo que se entendía que los padres debían actuar conjunta o mancomunadamente en negocios de cualquier especie (administración o disposición de bienes, representación legal). La Ley N° 20.680 intenta facilitar el ejercicio conjunto de la patria potestad, autorizando algunas actuaciones representativas hechas indistintamente por cualquiera de los padres. El texto de la Ley N° 20.680 agrega que en este caso (es decir, patria potestad conjunta) "los padres podrán actuar indistintamente en los actos de mera conservación. Respecto del resto de los actos se requerirá actuación conjunta" (nuevo inciso 3° del artículo 244). No hay demasiada claridad sobre qué se pretendió con esta cláusula.

La Cámara de Diputados había aprobado un texto de efectos distintos, que decía lo siguiente: "En el ejercicio de la patria potestad conjunta los padres podrán actuar indistintamente cuando cumplan funciones de representación legal que no menoscaben los derechos del hijo ni le impongan obligaciones."¹⁷ Es decir, la actuación indistinta quedaba restringida exclusivamente a funciones representa-

¹⁷ Cfr. Oficio de cámara de origen a cámara revisora, Valparaíso, 10 de marzo de 2012. Historia de la Ley N° 20.680, p. 252.

tivas; y, además, sólo a aquellas que no supusieran menoscabo de los derechos del menor ni le impusieran obligaciones.

Este concepto, inspirado en las reglas sobre administración de los tutores y curadores (artículo 390), facilitaba la representación legal de los niños evitando la comparación de ambos padres para todo tipo de actos: personales, patrimoniales y de cualquier especie. El Senado optó por sustituir este concepto por otro, tomado del Derecho de bienes¹⁸. Este segundo criterio solo permite la actuación indistinta para efectuar actos de "mera conservación". Es decir, se acude a la distinción conceptual entre actos de disposición y de mera conservación, que procede del Derecho de Bienes y supone la existencia de éstos. Por lo que si no hay bienes, situación que es la regla general tratándose de menores, el resultado es que se exige siempre actuación conjunta, para todo tipo de actos.

Es decir, parece que la actuación conjunta afecta el ejercicio de todos los atributos de la patria potestad: administración y goce de los bienes del hijo, y representación legal. Sin embargo, me inclino por pensar que esta decisión del legislador no impide la actuación indistinta en funciones representativas, que no supongan administración ni disposición de bienes. La razón es esta: a diferencia de lo que ocurre con la administración y goce de los bienes del hijo, la representación legal funcionaría aunque el hijo no tenga bienes. Por esto, la representación legal parece ser el atributo de mayor relevancia práctica de la patria potestad. Lo que queda por demostrar es que a pesar de esta exigencia de actuación conjunta, en los hechos, la representación legal solo se ejerce conjuntamente cuando corresponde sustituir o representar al hijo. En todos los demás casos o bien está excluida la representación legal o bien puede complementarse o suplir la incapacidad relativa del hijo cualquiera de los padres actuando indistintamente. Por tanto, hay numerosos supuestos en que por la materia o por la ley se autoriza el ejercicio indistinto de la representación legal por cualquiera de los padres¹⁹.

BIBLIOGRAFÍA

Acuña San Martín, Marcela (2013), "El principio de corresponsabilidad parental", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 20, N° 2.

Lathrop Gómez, Fabiola (2008), *Custodia compartida de los hijos*, Madrid, La Ley.

¹⁸ Cfr. Segundo informe de la Comisión de Constitución del Senado, Valparaíso, 8 de enero de 2013. Historia de la Ley N° 20.680, p. 415. Cfr. también Oficio de modificaciones, Valparaíso, 12 de marzo de 2013. Historia de la Ley N° 20.680, p. 582.

¹⁹ Cfr. "La representación legal en el ejercicio conjunto de la patria potestad", ponencia presentada en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Valdivia, 3 al 5 de octubre de 2013), para editarse en *Estudios de Derecho Civil IX* (2013).

Lathrop Gómez, Fabiola (2008), "La corresponsabilidad parental", *Estudios de Derecho Civil IV*, Carlos Pizarro Wilson (Coord.), Santiago, AbeledoPerrot.

Lepin Molina, Cristián (2013), "Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley N° 20.680", *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, N° 3, [Facultad de Derecho, Universidad de Chile].

Pinochet Olave, Ruperto (2011), "La relación directa y regular de abuelos y nietos en el ordenamiento jurídico chileno", *Estudios de Derecho Civil 2004-2009*, Hernán Corral Talciani, et al. (Coords.), Santiago, AbeledoPerrot, t. V.

Rodríguez Pinto, María Sara (1999), "Derecho a mantener una relación directa y regular con los hijos", *Gaceta Jurídica* 232, Santiago.

Rodríguez Pinto, María Sara (2008), "La tución compartida o alternada en Chile. Conflictos entre el interés superior del niño y los intereses de padres separados", *Estudios de Derecho Civil IV*, Carlos Pizarro Wilson (Coord.), Santiago, AbeledoPerrot.

Rodríguez Pinto, María Sara (2010), *El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo derecho chileno de familia*, Santiago, AbeledoPerrot.

Jurisprudencia citada

Resolución de fecha 01/09/2004, en causa Rol 4105-2004, de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Normas legales citadas

Código Civil chileno, artículos 199, 199 bis, 203, 222, 224, 225, 225-2, 226, 227, 229, 229-2, 243, 244, 245, 271, 321, 323, 329, 326, 242, 367, 371, 372, 375, 376, 378, 380, 390.

Ley N° 19.497 de 2004, sobre Matrimonio Civil, artículos 21, 23, 27, 31, 54, 55.

Ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia, artículos 16, 106, 111.

Ley N° 16.618, de Menores, según texto refundido, coordinado y sistematizado fijado por el artículo 6° del D.F.L. N° 1, de Justicia, de 2000, artículos 42, 48, 48 ter, 49, 49 bis, 66.

Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, según texto refundido, coordinado y sistematizado fijado por el artículo 4° del D.F.L. N° 1, de Justicia, de 2000, artículo 19.

Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 1°, 9, 3.