

REFORMAS A LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES. ANÁLISIS DE LA LEY N° 20.680*

PARENT-CHILD RELATIONSHIPS AND THE REFORMS TO THEIR LEGAL
REGULATION. AN ANALYSIS OVER ACT N° 20.680

AMENDEMENTS À LA RELATION PARENT-ENFANT.

ANALYSE DE LA LOI N° 20.680

CRISTIÁN LEPIN MOLINA**

INTRODUCCIÓN

El día 21 de junio del presente año, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.680 que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados.

Esta ley es fruto de dos iniciativas parlamentarias: el Boletín N° 5917-18 que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, presentado el 12 de junio de 2008, y del Boletín N° 7007-18 que introduce modificaciones en el Código Civil, en relación al cuidado personal de los hijos, presentado el 29 de junio de 2010¹.

Esta ley constituye la transformación más importante en materia de efectos de la filiación desde la dictación de nuestro Código Civil, modificando las normas sobre el cuidado personal de los hijos, la relación directa y regular y la patria potestad.

En materia de cuidado personal establece cambios en las formas de atribución del cuidado personal y en el ejercicio de este derecho-deber, inspirados en los principios de autonomía de la voluntad, igualdad de los padres y en el principio rector del interés superior del niño.

* El artículo fue aprobado para su publicación el 11 de julio de 2013.

** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Magíster en Derecho por la Universidad de Chile. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, de pre y postgrado. Subdirector de la Escuela de Postgrado, de la misma Universidad. Correo electrónico: clepin@derecho.uchile.cl.

¹ HISTORIA DE LA LEY N° 20.680 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. Disponible en: <<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/44153/7/HL20680.pdf>> [consulta: 5 julio 2013].

Con respecto a la relación directa y regular la ley establece un concepto, criterios para determinar el régimen que guiarán la labor del juez, y además consagra en forma expresa el derecho de relación directa y regular respecto de los abuelos.

En cuanto a la patria potestad se consagra el ejercicio compartido de la misma, en el artículo 244 del Código Civil, y se incorpora el principio del interés superior del hijo para la determinación judicial. Ambas modificaciones resultan ser uno de los grandes aportes de la Ley N° 20.680, ya que, en los aspectos relacionados con la administración y la representación de los hijos deben, a partir de la publicación de la ley, ejercerse de consuno por los padres, velando por el mejor bienestar de sus hijos.

Resulta imperioso referirse al principio rector en materia de familia y especialmente en las relaciones paterno-filiales, como es el interés superior del hijo, a efectos de recoger los cambios introducidos por la Ley N° 20.680 y avanzar en la inteligencia y utilidad del principio rector.

1. CUESTIÓN PREVIA. PRINCIPIO RECTOR, EL INTERÉS SUPERIOR DEL HIJO

Cuando hablamos de principios nos estamos refiriendo, siguiendo a Dworkin, a “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad”². En el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que los principios son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos³.

Para Alexy, los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”⁴.

Enrique Alcalde distingue entre principio y norma⁵, señalando que la diferencia esencial “radica en la circunstancia de que mientras la segunda supone un marco definido que deslinda su aplicación, aquél, en cambio, al carecer de una descripción precisa del ‘hecho típico’, destinado a regular podría decirse que en sí misma lleva envuelta su indeterminación”. Luego agrega “por ello, este último constituye una guía, pauta, criterio o, incluso, la causa y justificación de una norma o precepto en particular, pero en ningún caso una ‘instrucción’ exhaustivamente acabada”⁶.

² DORWIKIN, Ronald (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona, Editorial Ariel Derecho, p. 72.

³ CILLERO BRUÑOL, Miguel (1998). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”. En: *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, Editorial Temis-Ediciones Depalma, p. 70.

⁴ ALEXY, Robert (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª Edición, p. 67.

⁵ Sobre la distinción entre principio y reglas Cfr. ALEXY (2008), pp. 63 y ss.

⁶ ALCALDE, Enrique (2003). *Los principios generales del derecho*. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 55.

Desde nuestro punto de vista, un principio es un mandato dirigido al juez para darle contenido a la ley en el caso concreto, es decir, para que en base a una determinada orientación resuelva la controversia, por decirlo de una manera, legislando en cada caso en particular. Lo que implica un reconocimiento, por parte del legislador de sus limitaciones, en el sentido que no puede prever todas las situaciones, y que debe depositar la confianza en el juez para que adopte la decisión más conveniente⁷.

Por otra parte, para que este mandato no se transforme en arbitrio, debe el juez reproducir su razonamiento⁸. Evitando de esta forma las frases sacramentales que mencionan el principio en la resolución sin fundamentar la decisión⁹.

En consecuencia, el juez debe atenerse a los principios establecidos en la ley cuando interprete y aplique las materias reguladas en ella¹⁰.

El principio rector en esta materia¹¹ es sin duda el interés superior del niño, que de acuerdo al artículo 222, es lograr “*la 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*”.

En un sentido similar, Cillero señala que “es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derecho en este caso se identifican. Es decir, el principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que en ella no construye soluciones jurídicas desde la nada, sino en estricta sujeción, no sólo en la forma también en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente”¹².

⁷ LEPIN MOLINA, Cristián (2013). “El principio de protección al cónyuge más débil en el moderno Derecho de Familia”. *Revista Chilena de Derecho*, agosto 2013, en prensa.

⁸ Las exigencias de fundamentación de las resoluciones judiciales se encuentran en la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, a propósito de la valoración de la prueba en conformidad a las reglas de la sana crítica, artículos 32 y 66 N°s. 4 y 5 que señalan el contenido de la sentencia.

⁹ LEPIN MOLINA (2013).

¹⁰ LEPIN MOLINA (2013).

¹¹ En este sentido, sentencia de la Corte Suprema, 31 de mayo de 2004, Rol N° 1193-2003, LegalPublishing CL/JUR/4748/2004, señala que “*el ejercicio de las potestades y la ejecución de los deberes que comprende la tuición debe llevarse a cabo en el marco del principio básico que orienta en la materia el ordenamiento jurídico nacional y que recoge, entre otros preceptos, el inciso segundo del artículo 222 del mismo Código Civil al declarar que ‘la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo...’ y al que responden igualmente las disposiciones de los párrafos primeros de los artículos 3° y 9° de la ‘Convención Internacional sobre Derechos del Niño’ ratificada por Chile, según las cuales en todas las medidas que le conciernan, es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de los padres*”. Agrega que “*los tribunales están obligados a considerar ese principio esencial al resolver los asuntos relacionados con derechos y obligaciones de padres e hijos, tanto porque esa noción representa el espíritu general de la legislación en la materia, cuanto porque así lo manda el legislador*”. En el mismo sentido, sentencia de la Corte Suprema, 16 de agosto de 2010, Rol N° 4307-2010, LegalPublishing CL/JUR/16829/2010.

¹² CILLERO BRUÑOL (1998), pp. 26 y 69. En un sentido similar, sentencia de la Corte Suprema, 24 de junio de 2010, Rol N° 608-2010, LegalPublishing CL/JUR/3505/2010, en el Considerando 10° que señala “*en*

Para Encarna Roca “el *interés del menor* se identifica con la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico atribuye, con la categoría de *fundamentales* a las personas. Por ello, la regulación que implemente este principio, las resoluciones judiciales que deban decidir en relación con problemas planteados por menores, no se encuentra con un concepto vacío, puesto que su contenido consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que por sus condiciones de madurez, no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para reclamar su efectividad”¹³.

Este principio encabeza el título IX del Código Civil, “*De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos*”. Pero se encuentra presente en todo nuestro ordenamiento jurídico.

Es un principio inspirador de diversas disposiciones del Código Civil, como los artículos 222 inciso 2°, 225, 225-2, 226, 229, 234, 240, 242, 244, 245, 268 y 272.

La Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴, en su artículo 3°, señala que “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

La ley que crea los Tribunales de Familia N° 19.968, señala en su artículo 16 inciso 2°, que el “*interés superior del niño, niña o adolescente, es el principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento*”.

En la Ley N° 19.620, que Dicta Normas sobre Adopción de Menores, establece explícitamente, al señalar en el artículo 1°: “*la adopción tiene por objeto velar por el interés del adoptado*” y reiterarlo en los artículos 3° y 15, inciso 3°.

estas materias debe tenerse siempre en consideración el interés del niño, como dispone el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia. Aun cuando constituye un concepto indeterminado, cuyo alcance se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que consiste en el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, para procurar el cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales. El interés superior del niño aporta, también, en el ámbito de la interpretación, al constituir una norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna. En este sentido, cobran especial interés los efectos que el referido principio produce en el marco de las relaciones parentales, en las que, por un lado, se encuentra el derecho y responsabilidad de los padres de cuidar y educar a los hijos y, por otro, la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, lo que limita las facultades o roles de los padres, precisamente por interés superior de los menores, en aras de la satisfacción integral de sus derechos”.

¹³ ROCA, Encarna (1999). *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*. Madrid, Cuadernos Civitas, p. 220.

¹⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, vigente en Chile desde el 12 de septiembre de 1990, Decreto N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Diario Oficial*, 27 de septiembre de 1990.

En la Ley N° 19.947 Nueva Ley de Matrimonio Civil¹⁵, se consagra como uno de sus principios informadores, en su artículo 3º, según el cual “*Las materias reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos...*”. Además, lo reitera la misma idea en los artículos 27 inciso 2º, 36 y 85 inciso 2º.

La Ley N° 20.084, que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, también incorpora el principio en su artículo 2º, al señalar que “*en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos*”.

De esta forma, el interés superior inspira toda la normativa sobre las relaciones paterno-filiales, pero también es fuente de orientación, para la interpretación de las normas y para resolver conflictos de normas o colusión de derechos.

En este sentido, Cillero ha señalado que este principio tiene una triple función: “es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no sólo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática”¹⁶.

Un avance en esta materia será el contenido que la jurisprudencia pueda dar a los criterios establecidos en el artículo 225-2 del Código Civil¹⁷, para el establecimiento y ejercicio del régimen de cuidado personal y para determinar el régimen de relación directa y regular, en el artículo 229 del Código Civil¹⁸.

2. MODIFICACIONES AL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS

Nos interesa analizar, en primer lugar, las principales modificaciones al cuidado personal de los hijos cuando los padres viven separados, a la luz del nuevo artículo 225 del Código Civil¹⁹.

Primero debemos determinar qué se entiende por cuidado personal de los hijos y luego analizar sobre la reforma.

¹⁵ En adelante LMC.

¹⁶ CILLERO BRUNOL, Miguel (2007). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, Unicef, N° 9, p. 141.

¹⁷ Ver cuadro anexo al final de este artículo.

¹⁸ Ver cuadro anexo al final de este artículo.

¹⁹ Ver cuadro anexo al final de este artículo.

Nuestro legislador no lo define, sin embargo, estimo absolutamente imperioso determinar un concepto, a efectos de delimitar el ámbito de aplicación de las normas y el grado de conflicto que puede existir entre los padres, y eventualmente, el determinar cómo y quién resuelve las diferencias o conflictos²⁰.

En este sentido, se puede sostener que el cuidado personal “se refiere al conjunto de obligaciones y facultades derivadas de convivir o compartir la vida cotidiana de los hijos”. Como por ejemplo, determinar su residencia, convivir con él, cuidarlo, educarlo, etc.

Desde luego, cuando los padres viven juntos, este conjunto de derechos y obligaciones se ejercen de consuno, según lo prescrito en el artículo 224 del Código Civil²¹.

Sin embargo, cuando los padres viven separados es necesario establecer quién va ejercer estos cuidados y cómo los va a ejercer. En este sentido, se trata de determinar el titular del derecho-deber y su forma de ejercicio.

En ambas materias la Ley N° 20.680 incorpora importantes modificaciones.

2.1. *Sobre la atribución del cuidado personal a uno de los padres*

La reforma mantiene el esquema de atribución del cuidado personal en base a tres fuentes: convencional, legal y judicial²².

2.1.1. *Atribución convencional*

La Ley N° 20.680 permite pactar estos acuerdos sobre el cuidado personal de los hijos en dos oportunidades: en cualquier momento en base al artículo 225 inciso 1°, y en los juicios de separación y divorcio mediante el denominado acuerdo completo y suficiente de los artículos 27 y 55 de la LMC.

Los padres pueden regular la atribución y forma de ejercicio del cuidado personal de sus hijos, en conformidad al artículo 225 inciso 1° del Código Civil, pudiendo atribuir su ejercicio de modo exclusivo a uno de ellos, o pactar alguna forma de ejercicio compartido.

Se trata de una manifestación de la autonomía de la voluntad de los padres, acuerdo que se va a manifestar por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento. No se requiere aprobación judicial, como en el caso de las pensiones de alimentos.

²⁰ En el proyecto de Reforma del Código Civil argentino se define el cuidado personal en el artículo 648, que señala “se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo”. En: *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires: Editorial Infojus, agosto 2012.

²¹ Ver cuadro anexo al final de este artículo.

²² Cfr. RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2010). *Cuidado personal de niños y adolescentes. En el Nuevo Derecho Chileno de Familia*. Santiago: Editorial AbeledoPerrot-LegalPublishing.

También se puede regular en el acuerdo completo y suficiente, según prescribe el artículo 21 de la Ley N° 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil, que señala “*en todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado. En este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido*”.

De esta forma, nuestra legislación incorpora la figura del cuidado personal compartido, en similares términos que el Código Civil español. Digo similares, toda vez que nuestra norma es menos exigente que la ley española.

Los españoles en el artículo 92 N° 5 consagran esta opción sólo en el convenio regulador o en un acuerdo durante el transcurso del procedimiento. Además, de acuerdo al mismo artículo, pero en su N° 6 señala “*deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio*”. Incluso, en el N° 7 excluye este régimen para los casos de abuso sexual o violencia intrafamiliar.

En los casos del acuerdo completo y suficiente, si se presenta para aprobación del tribunal una propuesta de régimen de custodia compartida será necesario oír a los hijos, en virtud de lo dispuesto en los artículos 3°, 27, 55 y 85 inciso 2° de la LMC, el artículo 16 de la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, y el artículo 242 inciso 2° del Código Civil.

2.1.2. Atribución legal

La segunda forma de atribución es la regla supletoria legal, que opera en el silencio de las partes, es decir, a falta de acuerdo el hijo continuará bajo el cuidado del padre o madre con quien estén conviviendo, de acuerdo a la nueva redacción del artículo 225 inciso 3° del Código Civil²³.

Es una norma de atribución supletoria, que deja en igualdad de condiciones a los padres, eliminando la preferencia materna, y que protege el interés superior de los hijos al mantener su situación, priorizando su estabilidad material y espiritual.

Esta regla supletoria presenta importantes beneficios; por una parte, permite una continuidad en la vida del menor, en aquellos casos en que los padres estén separados y uno de ellos se hace cargo de los hijos y el otro desaparece o se desentiende de sus responsabilidades; o en aquellos casos en que ambos padres se encuentran presentes en la vida de su hijo, pero no han firmado un acuerdo.

Por otro lado, evita tener que judicializar todos los casos a efectos de que el Tribunal de Familia atribuya el cuidado personal, reconociendo la situación de hecho existente.

²³ Esta norma es similar a la que existe en el Código Civil español en el artículo 156 inciso final, que señala: “*Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva*”.

Es necesario advertir sobre una interpretación, que estimamos errónea, en cuanto considera esta regla como una norma transitoria o provisoria. Consideramos errónea esta interpretación, ya que como consta en la historia de la ley, es necesario diferenciar entre las distintas formas de atribución del cuidado personal (convencional, legal y judicial), y en este caso estamos frente a una regla de atribución legal, distinta de la regulación provisoria que correspondería, en todo caso, a los Tribunales de Familia, mediante la atribución judicial, a través de su potestad cautelar del artículo 22 Ley N° 19.968²⁴.

En este último caso, los Tribunales de Familia pueden decidir sobre el cuidado provisorio, mediante una medida cautelar, conservativa para mantenerlo con uno de los padres, o innovativa para entregárselo al otro padre que no lo tiene a su cargo.

De esta forma, resulta evidente que es necesario el establecimiento de una regla supletoria legal, que brinde un mínimo de certeza, ya que en tercer trámite constitucional se pretendió establecer la custodia compartida como régimen supletorio. Sin considerar que la custodia compartida tiene distintas variantes y que requiere una base mínima de acuerdo para funcionar, menos aún, se consideró el interés superior del hijo, ya que la custodia compartida, tiene según sus seguidores, una serie de ventajas, pero también una serie de desventajas que van contra el mejor interés del niño.

Es claro, que una regla de ese tipo pretendía resolver mediante decreto el mejor bienestar del hijo, en consecuencia que lo que puede ser mejor para un niño, puede que para otro no lo sea.

2.1.3. *Atribución judicial*

La tercera forma de atribución es la judicial, es decir, la ley establece que a falta de acuerdo de los padres o para modificar el acuerdo de los padres o porque no están de acuerdo con la regla supletoria pueden solicitar al juez de familia la atribución del cuidado personal del hijo, en igualdad de condiciones, ya que por

²⁴ Ley N° 19.968, artículo 22: “Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.

Las medidas cautelares podrán llevarse a efecto aun antes de notificarse a la persona contra quien se dicten, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene expresamente. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El juez de familia podrá ampliar este plazo por motivos fundados.

En todo lo demás, resultarán aplicables las normas contenidas en los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil.

Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del procedimiento previsto en el Párrafo primero del Título IV de esta ley, sólo podrán adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71”.

esta reforma se eliminó la causal calificada, debiendo el juez otorgar el cuidado al padre o madre que dé garantías de satisfacer mejor el interés de su hijo.

Se elimina la causal calificada consagrada en el antiguo inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, al exigir que el cambio de titularidad sólo procediera en casos de maltrato, descuido u otra causa calificada. Dicha situación exigía un estándar de prueba muy elevado y difícil de satisfacer.

La atribución materna era una diferencia arbitraria entre el padre y la madre, sin duda contraria a la Constitución y a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, como lo señala la STC 2306-2012, 30 de mayo de 2013.

Por tanto, el juez deberá considerar quién de los padres garantiza mejor la mayor realización espiritual y material posible de los hijos, o si se quiere quién garantiza el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales. En otros términos, se trata de probar cuán buen padre o madre es y si ello es lo más conveniente para los hijos.

De acuerdo al artículo 227 inciso 2° *“las resoluciones que se dicten, una vez ejecutoriadas, se subinscribirán en la forma y plazo que establece el artículo 225”*. Es decir, dentro de los treinta días subsiguientes que la sentencia quede firme y ejecutoriada.

2.1.4. Consideraciones generales

Los padres son libres de establecer cualquier régimen, ya sea de modo exclusivo o compartido, lo que se desprende claramente del artículo 225 inciso 1° del Código Civil.

En cambio, la atribución legal supletoria supone el ejercicio exclusivo del padre o madre que convive con el hijo. Situación distinta a la regla de atribución materna, que ofrecía un grado de certeza mayor y facilidades para su acreditación, bastaba el certificado de nacimiento para saber quién era la madre.

Respecto a si esta circunstancia de convivir con un hijo deberá acreditarse en un juicio, en principio sólo será necesario en aquellos casos en que se solicite la tuición declarativa o en que se solicite la entrega inmediata. Ambas acciones no están expresamente consagradas, no obstante, estimo que se trata de hacer cumplir un mandato legal, por lo que los jueces no deberían excusarse, máxime si existe una norma de interpretación e integración como el interés superior del hijo.

La prueba en esos casos se refiere a las circunstancias domésticas, que van más allá de la residencia, como llevar a los niños al médico, ser apoderado en el colegio, vivir con ellos, preocuparse de sus cuidados, de su vestuario, etc.

El nuevo artículo 225-2 del Código Civil²⁵, establece una serie de criterios para orientar la labor del juez en la atribución del cuidado personal de los hijos,

²⁵ Norma similar al artículo 373-2-11 del Código Civil francés, que señala: *“Cuando se pronuncie sobre las modalidades del ejercicio de la patria potestad, el juez tendrá especialmente en cuenta:*

1° La práctica seguida anteriormente por los padres o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad;

2° Los sentimientos expresados por el niño en las condiciones previstas en el artículo 388-1;

como la vinculación afectiva, aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo, su contribución a la mantención del hijo, la opinión del hijo, entre otros. La ley señala que dichos criterios se deben considerar además para el ejercicio del cuidado personal, no vemos cómo se podría materializar dicha consideración, salvo para alterar el cuidado personal ya determinado, situación que se refiere sólo a la atribución. No existe una forma de control o vigilancia sobre la labor del padre o madre custodio, que permita la revisión señalada.

La Ley N° 20.680 también deroga el artículo 228 del Código Civil que prescribía que “*la persona casada a quien corresponda el cuidado personal de un hijo que no ha nacido de ese matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común, con el consentimiento de su cónyuge*”. Norma que no tuvo aplicación y que constituía un atentado contra el interés superior del niño y las normas de protección a la familia.

Por último, la reforma incorpora expresamente una sanción de multa o arresto de acuerdo al artículo 543 del Código de Procedimiento Civil para quien fuere condenado por resolución judicial que cause ejecutoria, a hacer entrega del hijo y no lo hiciera o se negare a hacerlo en el plazo que se hubiere determinado para estos efectos²⁶.

Esta norma consagra lo que en práctica judicial se denomina “entrega inmediata”, que es aquella acción que permite que el padre custodio recupere la tenencia del hijo de la que ha sido arbitrariamente o injustificadamente privado.

No obstante, esta ley sólo se refiere a la sanción o más exactamente al apremio, con lo cual se mantienen las dudas en cuanto al procedimiento aplicable. Considero, sin embargo, que se trata de un incidente relacionado con el cumplimiento del acuerdo (en los casos de los artículos 225 del Código Civil o 21 de la LMC), o de la regla supletoria o de la atribución judicial, en su caso, por lo que acreditado por el solicitante que es el titular del cuidado personal, el juez debe ordenar bajo apercibimiento de arresto o multa la entrega del menor al padre custodio.

De igual forma se debe proceder para obtener la entrega de los bienes o especies del hijo y en caso que se niegue a entregarlas.

2.2. Ejercicio del cuidado personal

Según el artículo 224 Código Civil el ejercicio del 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*”.

^{3º} La aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro;

^{4º} El resultado de los informes periciales que hayan podido efectuarse, teniendo en cuenta particularmente la edad del niño;

^{5º} Los datos de las encuestas y contra-encuestas sociales previstas en el artículo 373-12 que hayan podido llevarse a cabo”.

²⁶ Ver cuadro anexo al final de este artículo.

Lo que significa que siempre los padres deben estar presentes en la vida de sus hijos, más allá de la relación o vínculo entre sus padres. Se refiere claramente a los aspectos de la vida cotidiana de un hijo, ya que los otros efectos de las relaciones paterno-filiales están regulados por nuestro ordenamiento jurídico, como los alimentos, la relación directa y regular y la patria potestad.

El problema es que la reforma no señala cómo se materializa este principio de corresponsabilidad parental, sólo lo circunscribe a los aspectos de la vida diaria o cotidiana. En este sentido, el padre no custodio no tiene acción para oponerse a los actos o decisiones del padre custodio sobre los aspectos ya mencionados.

El asunto cobra importancia cuando los padres no están de acuerdo, por ejemplo, respecto al colegio en que van a estudiar sus hijos.

En este caso, lo aconsejable sería aplicar un criterio similar al del artículo 244 inciso 3° del Código Civil, en materia de patria potestad, estableciendo que ciertos actos, los más trascendentes como los relacionados con la educación, la salud, la religión o un cambio de residencia del menor requieren actuación conjunta o autorización judicial en caso de ausencia, impedimento o negativa injustificada.

Obviamente, no será necesaria dicha autorización para las situaciones cotidianas, ni mucho menos para aquéllas de carácter urgente.

Esta situación no está resuelta por la Ley N° 20.680, quedará pendiente para otra reforma, a menos que la jurisprudencia resuelva el tema caso a caso.

Todo lo anterior se aplica al ejercicio exclusivo por uno de los padres, sin embargo, la ley autoriza que los padres pacten alguna forma de ejercicio compartido, con las formalidades y en las oportunidades señaladas.

El artículo 225 inciso 2° define cuidado compartido como “*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*”.

Lamentablemente, nuestro legislador basa la definición exclusivamente en la residencia alternada, ya que señala expresamente “*mediante un sistema de residencia*”, lo que se denomina por la doctrina comparada como régimen de custodia compartida alternada. A diferencia de lo que hace el proyecto de Código Civil argentino, que define el régimen de custodia compartida alternada y el régimen de custodia indistinta, en que se mantiene de manera principal el domicilio de uno de los padres, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado²⁷.

²⁷ Proyecto de Código Civil argentino, artículo 650: “*Modalidades del cuidado personal compartido. El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado*”.

Incluso, el proyecto agrega que el juez debe otorgar como primera alternativa este último régimen²⁸.

No obstante la definición, las partes no quedan limitadas a la fórmula de custodia compartida alternada, pueden perfectamente, por aplicación de la autonomía privada, pactar el modelo de custodia compartida indistinta.

Una de las principales dificultades que se puede presentar en la determinación del régimen de custodia compartida será, sin duda, qué sucede con otras obligaciones como el derecho de alimentos. ¿Es posible regular alimentos? Será necesario distinguir si se trata de un acuerdo (del artículo 225 del Código Civil o del artículo 21 LMC) en base al principio de autonomía de la voluntad, no se observa ningún inconveniente para que los padres puedan pactar alimentos, sólo que en el caso del artículo 225 requiere además de autorización judicial (artículos 11 inciso 3° Ley N° 14.908²⁹ y 2451 del Código Civil).

El principal problema se encuentra en la posibilidad de que uno de los padres demande al otro de pensión de alimentos respecto de un hijo sobre el que tiene un régimen de custodia compartida. No veo inconveniente para que esto pueda ocurrir, nuestra legislación señala expresamente que los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de acuerdo a su posición social³⁰. Dicha situación podría ocurrir en los casos de mujeres que no realizan una actividad remunerada o de realizarla sus ingresos son ostensiblemente inferiores a los del padre de su hijo, y que impliquen que el hijo no pueda mantener su estándar de vida.

Por último, es importante no confundir el principio de corresponsabilidad con el cuidado compartido, ya que el primero puede aplicarse tanto a la custodia unilateral o exclusiva como en los casos de custodia compartida³¹.

2.3. *Atribución a un tercero*

Respecto a la posibilidad de que un tercero, pariente o extraño, solicite el cuidado personal de un niño, se mantiene la regla que debe primero inhabilitar a

²⁸ Proyecto de Código Civil argentino, artículo 651: “*Reglas generales. A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo*”.

²⁹ Ley N° 14.908, artículo 11 inciso 3°: “*El juez sólo podrá dar su aprobación a las transacciones sobre alimentos futuros, a que hace referencia el artículo 2451 del Código Civil, cuando se señalare en ellas la fecha y lugar de pago de la pensión, y el monto acordado no sea inferior al establecido en el artículo 3° de la presente ley. La mención de la fecha y lugar de pago de la pensión será necesaria, asimismo, para que el tribunal apruebe los avenimientos sobre alimentos futuros*”.

³⁰ Código Civil, artículo 323 inciso 1°: “*Los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social*”.

³¹ Sobre la custodia compartida Cfr. LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2008). “*Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos*”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 10, pp. 9-37.

ambos padres, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 226 del Código Civil³² y el artículo 42 de la Ley de Menores.

Sin embargo, la Ley N° 20.680 agrega que el juez debe velar primordialmente por el interés superior del niño, en la atribución del cuidado personal a un tercero, lo que se deberá considerar como un punto de prueba en los nuevos juicios sobre esta materia.

En consecuencia, sigue considerando el legislador que es un derecho-deber prioritario de los padres, que sólo en casos que no estén en condiciones de asumir dicha obligación, el juez puede atribuirla a un tercero, prefiriendo a los consanguíneos de grado más próximo, y en especial a los ascendientes.

Será de rigor inhabilitar a ambos padres y acreditar la conveniencia para el niño que el tercero demandante detente el cuidado personal del niño, niña o adolescente.

3. MODIFICACIONES A LA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR

A diferencia del cuidado personal, la ley sí define relación directa y regular, y señala que “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” (artículo 229 inciso 2° del Código Civil).

Las formas de determinación del régimen comunicacional son la vía convencional o la vía judicial, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 229 del Código Civil³³.

En el primer caso, los padres pueden determinar la frecuencia y libertad con que el padre no custodio se relacionará con el hijo, mediante un acuerdo que debe constar por escritura pública y debe subinscribirse dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento³⁴.

Dicho acuerdo se puede regular en conformidad al artículo 225 inciso 1° o de acuerdo a los artículos 21, 27 y 55 de la LMC, caso en el cual queda sujeto al control judicial de suficiencia, es decir, respecto de esta materia sí protege el interés superior del niño.

En los casos de determinación judicial, será competente el juez de familia, quien deberá velar por el interés superior del hijo, deberá oír al niño, niña o adolescente dependiendo de su edad y madurez, y considerar los criterios establecidos en el

³² Ver cuadro anexo al final de este artículo.

³³ Ver cuadro anexo al final de este artículo.

³⁴ Se trata de días corridos, de acuerdo a lo prescrito en el Código Civil artículo 50: “En los plazos que se señalaren en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República, o de los tribunales o juzgados, se comprenderán aun los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así, pues en tal caso no se contarán los feriados”.

inciso 3° del artículo 229 del Código Civil, cuya enumeración no es taxativa, dado que utiliza la expresión “considerando especialmente”, y en lo establecido en la letra “c) *Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo*”.

Se establece en el artículo 229 del Código Civil ciertos criterios que se deben considerar en la regulación del régimen, como la edad de los hijos, la vinculación afectiva, los acuerdos sobre la materia.

En cuanto a su ejercicio del derecho-deber de relación directa y regular, se debe fomentar una relación sana y cercana entre el padre que no tiene el cuidado personal y el hijo. Además, el juez debe asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de los padres.

El considerar que el vínculo debe ser sano y cercano, sin duda obsta a comportamientos de los padres tendientes a descalificar al otro, inocular maliciosamente o alienar al hijo en contra del otro padre por una disputa del cuidado personal o del régimen de visitas³⁵. Refuerza esta idea los antecedentes de la historia de la ley (específicamente del Boletín N° 5917-18), y lo dispuesto en los artículos 225-2 letra d)³⁶ y 229 inciso 5°, este último señala “*el padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo*”.

Una de las principales innovaciones es la posibilidad que, por acuerdo o por decisión judicial, se establezca un régimen de visitas entre los abuelos y los nietos, regulado en el artículo 229-2 del Código Civil³⁷. Tradicionalmente, son los abuelos quienes contribuyen de manera directa en la labor de los padres de criar y educar a sus hijos; sin embargo, nuestra legislación sólo le reconocía obligaciones como la de otorgar alimentos en casos de falta o ausencia de los padres³⁸.

En este caso, también se establecen dos formas de atribución: convencional y judicial.

La atribución convencional se refiere a un pacto o acuerdo, sobre el cual no se exigen solemnidades, tampoco se señalan si deben suscribir dicho acuerdo ambos padres y el o los abuelos. Las situaciones más complejas que se pueden presentar

³⁵ En países como Brasil se sanciona la alienación parental por la Ley N° 12.318, 26 de agosto de 2010. En cambio, en Argentina se tipifica el delito de impedimento u obstrucción de contacto de menores de edad con sus padres no convivientes, por la Ley N° 24.270.

³⁶ Ver cuadro anexo al final de este artículo.

³⁷ Ver cuadro anexo al final de este artículo.

³⁸ Ley N° 14.908, artículo 3° inciso final: “*Cuando los alimentos decretados no fueren pagados o no fueren suficientes para solventar las necesidades del hijo, el alimentario podrá demandar a los abuelos, de conformidad con lo que establece el artículo 232 del Código Civil*”.

Código Civil, artículo 232: “*La obligación de alimentar al hijo que carece de bienes pasa, por la falta o insuficiencia de ambos padres, a sus abuelos, por una y otra línea conjuntamente*”.

son aquellas en que, viviendo los padres separados, uno de ellos pacte un régimen de visitas con los abuelos (paternos o maternos) y el otro no esté de acuerdo.

En ningún caso se puede utilizar este sistema para obstaculizar o impedir el vínculo con el padre o madre que no tiene el cuidado personal (artículos 225-2 letra d) y 229 inciso 5° del Código Civil).

Por último, se mantiene la antigua discusión respecto al derecho de relación directa y regular respecto de otros terceros (distintos de los abuelos), los que pueden ser parientes o extraños.

Seguirá siendo la base del debate el artículo 48 inciso final de la Ley de Menores N° 16.618³⁹, que autoriza al juez para conferir el derecho a visitar al niño, niña o adolescente a los parientes que individualice, en la forma y condiciones que determine. Pudiendo suprimir o restringir el derecho si perjudica el interés superior del niño.

Resulta fácil advertir la expresión utilizada por el legislador en esta disposición “derecho de visitas”, que fue abandonada por nuestro legislador optando por “relación directa y regular”.

No obstante, creo que se puede distinguir entre el derecho-deber de los padres y ahora de los abuelos, a mantener una relación directa y regular con el hijo o nieto, del derecho de terceros a visitar al niño.

En este sentido, la relación directa y regular es un derecho-deber de origen legal que protege el derecho a la identidad y una manifestación del principio de corresponsabilidad. Se trata de mantener el vínculo con el padre o madre, por lo que debe ser permanente y no se puede restringir al contacto físico, sino también fomentar la comunicación a través de otros medios como teléfono, correo electrónico o skype.

En cambio, el derecho de visitas de otros parientes, no es un derecho-deber, su origen va estar determinado por una resolución judicial, y el contenido también debería ser diverso.

En cambio, si se trata de otros parientes, parece razonable que se restrinja a una vez a la semana o cada quince días, habida consideración que probablemente deberá coexistir con el régimen de relación directa y regular respecto de un de los padres, e incluso de los abuelos, con lo que se podría terminar en el absurdo que el padre que tiene el cuidado personal al hijo lo vea un par de veces.

4. MODIFICACIONES A LA PATRIA POTESTAD

Para María Sara Rodríguez “los derechos de los padres sobre los bienes de los hijos no emancipados, denominados por la doctrina atributos de la patria

³⁹ Ley N° 16.618, artículo 48 inciso final: “El juez, luego de oír a los padres y a la persona que tenga el cuidado personal del menor, podrá conferir derecho a visitarlo a los parientes que individualice, en la forma y condiciones que determine, cuando parezca de manifiesto la conveniencia para el menor; y podrá, asimismo, suprimirlo o restringirlo cuando pudiera perjudicar su bienestar”.

potestad, son tres: el derecho legal de goce (antes denominado usufructo legal) sobre los bienes del hijo; el derecho de administrar estos bienes y, por último, la representación legal del hijo⁴⁰.

La forma de atribución será la convencional, legal o judicial. En el primer caso se requiere un acuerdo entre los padres para atribuir el ejercicio a uno de ellos o ejercerlo en forma conjunta, mediante escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento, dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.

A falta de acuerdo, opera la regla supletoria legal que determina la atribución a ambos padres del ejercicio de la patria potestad, de acuerdo a lo prescrito, en el artículo 244 del Código Civil⁴¹, antes de la modificación el ejercicio correspondía al padre.

La regla supletoria se refiere a los casos en que los padres viven separados, y que de acuerdo a lo prescrito en el artículo 245 del Código Civil⁴², la patria potestad, sigue la suerte del acuerdo sobre cuidado personal (artículo 225 del Código Civil), por lo que será ejercida por el padre o madre que tenga el cuidado personal o por ambos si tienen la custodia compartida.

En caso de no existir acuerdo, cualquiera de los padres podrá recurrir al juez de familia, a efectos que éste determine en función del interés superior del hijo, quien ejercerá la patria potestad, el padre la madre o en forma conjunta. La sentencia debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días desde quede firme y ejecutoriada.

Esta modificación resuelve algunos problemas del ejercicio conjunto y distingue entre actos de mera conservación y los demás actos de disposición. Respecto de los primeros se permite a los padres actuar indistintamente, en cambio respecto de los otros, requiere que actúen conjuntamente, en caso de desacuerdo, impedimento o negativa injustificada se podrá solicitar autorización judicial.

No obstante, la modificación no resuelve que se entienda por actos de mera conservación, deberíamos considerar los actos ordinarios de administración, en contraposición a los de enajenación o de disposición⁴³.

⁴⁰ RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2010). “Una relectura de la patria potestad como una función tuitiva sobre la persona y bienes del hijo”. *Ius et Praxis*, Año 16, N° 1, p. 67.

⁴¹ Ver cuadro anexo al final de este artículo.

⁴² Ver cuadro anexo al final de este artículo.

⁴³ Como, por ejemplo, en el mandato, artículo 2132 del Código Civil: “*El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración; como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra; y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas, u otros objetos de industria que se le hayan encomendado. Para todos los actos que salgan de estos límites, necesitará de poder especial*”.

Por último, la reforma no resuelve el problema de la representación de los hijos en los casos de patria potestad conjunta, por lo que estimo que se debería aplicar la regla general del artículo 43 del Código Civil⁴⁴. Es decir, el padre o la madre indistintamente pueden asumir la representación legal.

CONCLUSIONES

En conclusión, el legislador ha priorizado los acuerdos entre los padres para la determinación de los efectos de las relaciones paterno-filiales, si nada señalan en los casos de cuidado personal y patria potestad opera la regla supletoria legal, y si existe conflicto, pueden recurrir al juez de familia, para que en virtud exclusivamente del interés superior del hijo atribuya el cuidado personal, la relación directa y regular o la patria potestad a uno de ellos en forma exclusiva.

Sin duda, la reforma representa un gran avance al establecer como principio rector el interés superior del hijo, reconoce la situación de hecho o convivencia y deja en igualdad de condiciones a los padres para ejercer todos los derechos emanados de las relaciones paterno-filiales, y como última ratio recurrir ante la justicia de familia.

TEXTO ANTERIOR	LEY N° 20.680
CÓDIGO CIVIL LIBRO PRIMERO DE LAS PERSONAS	
Título IX <i>De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos</i>	
Artículo 222	Artículo 222
<p>Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres.</p> <p>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.</p>	<p>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.</p> <p>Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres.</p>

⁴⁴ Código Civil, artículo 43: “Son representantes legales de una persona el padre o la madre, el adoptante y su tutor o curador”.

Artículo 224	Artículo 224
<p>Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.</p> <p>El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez.</p>	<p>Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.</p> <p>El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez.</p>
Artículo 225	Artículo 225
<p>Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.</p> <p>No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.</p> <p>En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.</p> <p>Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.</p>	<p>Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, y deberá ser subscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.</p> <p>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.</p> <p>A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo.</p> <p>En cualesquier de los casos establecidos en este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 226.</p>

Artículo 225	Artículo 225
	<p>En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres.</p> <p>Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el artículo 229.</p> <p>Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.</p>
	<p align="center">Artículo 225-2</p>
	<p>En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar. b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad. c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo. d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229. e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades, f) La opinión expresada por el hijo. g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.

	Artículo 225-2
	<p>Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.</p> <p>El domicilio de los padres.</p> <p>Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.</p>
Artículo 226	Artículo 226
<p>Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.</p> <p>En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes.</p>	<p>Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2.</p> <p>En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes.</p>
Artículo 227	Artículo 227
<p>En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oír a los hijos y a los parientes.</p> <p>Las resoluciones que se dicten, una vez ejecutoriadas, se subinscribirán en la forma y plazo que establece el artículo 225.</p>	<p>En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oír a los hijos y a los parientes.</p> <p>Las resoluciones que se dicten, una vez ejecutoriadas, se subinscribirán en la forma y plazo que establece el artículo 225.</p> <p>El juez podrá apremiar en la forma establecida en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, 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.</p>
Artículo 228	Artículo 228
<p>La persona casada a quien corresponda el cuidado personal de un hijo que no ha nacido de ese matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común, con el consentimiento de su cónyuge.</p>	<p>Derogado.</p>

Artículo 229	Artículo 229
<p>El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.</p> <p>Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.</p>	<p>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, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado según las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.</p> <p>Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable.</p> <p>Para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán 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, y considerando especialmente:</p> <ol style="list-style-type: none"> La edad del hijo. La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos. El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado. Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo. <p>Sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana.</p> <p>El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo.</p> <p>Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.</p>

	Artículo 229-2
	El hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con sus abuelos. A falta de acuerdo, el juez fijará la modalidad de esta relación atendido el interés del hijo, en conformidad a los criterios del artículo 229.
TÍTULO X DE LA PATRIA POTESTAD	
<i>1. Reglas Generales</i>	
Artículo 244	Artículo 244
<p>La patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.</p> <p>A falta de acuerdo, al padre toca el ejercicio de la patria potestad.</p> <p>En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente. Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá dentro del mismo plazo señalado en el inciso primero.</p> <p>En defecto del padre o madre que tuviere la patria potestad, los derechos y deberes corresponderán al otro de los padres.</p>	<p>La patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.</p> <p>A falta de acuerdo, toca al padre y a la madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad.</p> <p>Con todo, los padres podrán actuar indistintamente en los actos de mera conservación. Respecto del resto de los actos, se requerirá actuación conjunta. En caso de desacuerdo de los padres, o cuando uno de ellos esté ausente o impedido o se negare injustificadamente, se requerirá autorización judicial.</p> <p>En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente. Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá dentro del mismo plazo señalado en el inciso primero.</p> <p>En defecto del padre o madre que tuviere la patria potestad, los derechos y deberes corresponderán al otro de los padres.</p>

Artículo 245	Artículo 245
<p>Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, de conformidad al artículo 225.</p> <p>Sin embargo, por acuerdo de los padres, o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse al otro padre la patria potestad. Se aplicará al acuerdo o a la sentencia judicial, las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente.</p>	<p>Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, o por ambos, de conformidad al artículo 225.</p> <p>Sin embargo, por acuerdo de los padres o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse la patria potestad al otro padre o radicarla en uno de ellos si la ejercieren conjuntamente. Además, basándose en igual interés, los padres podrán ejercerla en forma conjunta. Se aplicarán al acuerdo o a la resolución judicial las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente.</p> <p>En el ejercicio de la patria potestad conjunta, se aplicará lo establecido en el inciso tercero del artículo anterior.</p>
LEY DE MENORES N° 16.618	
Artículo 42	Artículo 42
<p>Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.º Cuando estuvieren incapacitados mentalmente; 2.º Cuando padecieren de alcoholismo crónico; 3.º Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo; 4.º Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio; 5.º Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; 6.º Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad; 7.º Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material. 	<p>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:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.º Cuando estuvieren incapacitados mentalmente; 2.º Cuando padecieren de alcoholismo crónico; 3.º Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo; 4.º Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio; 5.º Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; 6.º Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad; 7.º Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.

NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL N° 19.947	
Capítulo III De la separación de los cónyuges Párrafo 1° <i>De la separación de hecho</i>	
Artículo 21	Artículo 21
<p>Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio.</p> <p>En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado.</p> <p>Los acuerdos antes mencionados deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables.</p>	<p>Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio.</p> <p>En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado. En este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido.</p> <p>Los acuerdos antes mencionados deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables.</p>