

Santiago de Chile, 18 de diciembre de 2012

INFORME

Avances y falencias del Proyecto de ley que introduce modificaciones en el Código Civil y en otros cuerpos legales con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados (Boletines N°s 5.917-18 y 7.007-18, refundidos).

Mauricio Tapia R.

Profesor de derecho civil
Director
Departamento de Derecho Privado
Universidad de Chile

INTRODUCCIÓN

Este informe analiza los aspectos positivos y negativos de la redacción actual del Proyecto de ley que introduce modificaciones en el Código Civil y en otros cuerpos legales con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados (Boletines N°s 5.917-18 y 7.007-18, refundidos).

De esta forma, el informe examina, en particular, las mejoras introducidas en el texto del Proyecto por la Comisión de Constitución del Senado, en el segundo trámite constitucional (en las sesiones que tuvieron lugar durante el 2º semestre de 2012).

En el Capítulo III se incluye una síntesis de las modificaciones y correcciones pendientes.

Ante todo, debe destacarse que este Proyecto es de trascendental importancia, pues incide en una de las demandas de igualdad más sensibles y urgentes en materia de derechos civiles, esto es, la eliminación de la discriminación entre los padres en el cuidado personal de los hijos luego de la separación y la posibilidad de que ambos asuman el deber de criarlos y educarlos mediante un régimen de cuidado compartido. Ambas medidas impulsadas teniendo en cuenta, ante todo, la búsqueda de soluciones que prioricen el interés de los hijos.

I. AVANCES INCORPORADOS POR LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN AL PROYECTO

El Proyecto fue sustancialmente mejorado por el trabajo de la Comisión de Constitución, en relación al texto que había sido aprobado en la Cámara de Diputados¹.

Entre tales **aspectos positivos**, se pueden destacar los siguientes:

(i) Acentúa, como principio general, la igualdad de derechos y deberes en la crianza y educación de los hijos, tanto cuando los padres viven juntos como luego de la separación (art. 224 del Código Civil²). La modificación de este artículo, propuesta por la Comisión con ese propósito, introduce el principio de “corresponsabilidad” de los padres en el ejercicio de estos derechos y deberes, que si bien alude a una distribución equitativa de los mismos, envuelve un término (“responsabilidad” o “corresponsabilidad”) que -tal como se dirá más adelante- en el contexto del Código Civil es utilizado sistemáticamente en otro sentido. Por ello, como también se expondrá, hubiese sido preferible no afectar la coherencia interna del Código Civil y emplear la expresión “autoridad parental”, cuyo ejercicio es entregado conjuntamente a los padres (vivan o no juntos), noción más consistente con el derecho nacional y con sus fuentes materiales.

(ii) Establece expresamente la posibilidad de que los padres “acuerden” un régimen de cuidado personal compartido de los hijos (art. 225 inc. 1º del Código Civil). Si bien en la práctica existen tribunales que han aprobado esta modalidad de cuidado compartido, acordada por los padres, la modificación legal tiene la virtud de disipar las dudas en orden a la legalidad de esta medida.

No obstante, tal como se expondrá más adelante, la definición de “cuidado personal compartido” no se alteró en relación al texto propuesto por la Cámara de Diputados (art. 225 inc. 2º del Código Civil), que es criticable por cuanto reduce el cuidado personal a una mera cuestión de residencia e introduce restricciones y ambigüedades (a través de la exigencia de que la residencia debe

¹ Me referiré en lo sucesivo al texto aprobado por la Cámara de Diputados, que fue, a su vez, aprobado en general por el Senado.

² Todas las referencias a los artículos del Código Civil se refieren al texto aprobado por la Comisión de Constitución del Senado.

asegurar “estabilidad y continuidad”) que ponen en duda si verdaderamente podrán dar lugar a un régimen de custodia compartida.

Incluso, puede estimarse que significará un retroceso en relación al actual estado de cosas, pues la restricción en orden a que la residencia deba ser “estable” y “continua” debería impedir acuerdos de custodia compartida con residencia alternativa, que en la práctica actualmente se aprueban por los tribunales.

Más aún, como también se señalará, el Proyecto no permite que el juez decrete un sistema de cuidado compartido en ausencia de acuerdo entre los padres (a petición de uno de ellos y bajo ciertos supuestos que garanticen la protección del interés del hijo), cuestión que se presenta como verdaderamente crucial para perseguir su bienestar y superar la desigualdad entre los padres.

(iii) El Proyecto afirma que durante la separación los padres comparten los derechos y deberes respecto de los hijos (art. 225 inc. 4º del Código Civil). El texto agrega que también deben compartir la “responsabilidad”, término, como se dijo, que el Código utiliza con otra acepción y por ello es criticable su inclusión en este contexto.

Sin embargo, como también se expondrá, este inciso no altera la atribución preferente del cuidado personal de los hijos a la madre durante la separación, discriminación que ha sido objetada por ser contraria a la Constitución, envolver un sesgo ideológico contra la mujer, fomentar la odiosidad y las disputas entre los padres y, en definitiva, por ser perjudicial para los hijos.

(iv) Dispone que la modificación del régimen de cuidado personal acordado o fijado por el juez no procede cuando se hace “indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa justificada”, sino “cuando las circunstancias lo requieran y el interés del hijo lo hagan conveniente” (art. 225 inc. 6º del Código Civil).

Esta modificación presenta varias ventajas: **a)** Sustituye la norma actual que plantea la sustitución del titular del cuidado personal como una “sanción” a conductas culposas (maltrato, descuido, etc.), centrando el análisis sobre la conveniencia para el interés del hijo (es decir, en la pregunta ¿con quién se encuentra asegurado de mejor forma el interés superior del niño?); **b)** Deroga el carácter excepcional de esta medida (graficada en la expresión “indispensable”); y, por último, **c)** Se desvincula esta norma de las “inhabilidades” de los padres,

previstas en el artículo 42 de la Ley de Menores, las que se aclaran que se “sólo” se aplican respecto del artículo 226 del Código Civil (esto es, cuando el cuidado personal es solicitado por un tercero), suprimiendo con ello una práctica judicial errónea en la materia.

(v) Aclara que las decisiones judiciales sobre la atribución del cuidado personal no pueden fundarse “exclusivamente” en la capacidad económica de los padres (art. 225 inc. 7º del Código Civil). Evidentemente, es un factor que deben tener en cuenta los jueces al momento de decidir, pero no por ello deben prescindir de otras consideraciones que pueden llevar a concluir que uno de los padres asegura de mejor forma que el otro el interés preferente del hijo.

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

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

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

Por último, también es destacable que la Comisión haya mejorado la redacción de varios de estos criterios, sustituyendo, por ejemplo, la expresión “la ubicación geográfica del domicilio de las padres”, por la expresión “domicilio de los padres”, que a todas luces es suficiente y evita una innecesaria redundancia.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta sumamente criticable que se haya confirmado como criterio para la atribución del cuidado personal la “dedicación efectiva” y las “tareas que efectivamente desarrollaba” cada padre respecto del hijo antes de la separación (art- 225-2 letra d) del Código Civil). Como se expondrá más

adelante, una regla de esta naturaleza puede conducir a perpetuar situaciones de discriminación sobre la base de un escenario anterior a la ruptura, donde es evidente que el acuerdo de los padres definía un régimen de atención personal del hijo determinado por la propia distribución de tareas y roles que, necesariamente, debe cambiar luego de la separación.

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

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

(ix) Invierte la redacción de la regla fundamental en materia de relación directa y regular, que actualmente señala: "El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber..." (art. 229 inc. 1º del Código Civil). La norma propuesta por la Comisión, acertadamente, le otorga una nueva redacción que pone en evidencia que tal relación directa y regular no es excepcional, sino que es una regla generalísima: "El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular...".

(x) Asimismo, también en materia de relación directa y regular, el trabajo de la Comisión de Constitución mejoró ostensiblemente la redacción que venía aprobada por la Cámara de Diputados, en particular, en los siguientes sentidos:

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

b) Se eliminan algunos sesgos ideológicos (otros lamentablemente permanecen, como se expondrá más adelante), que provenían del texto aprobado por la

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

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

c) Se dispone claramente que el juez, cuando establezca el cuidado personal del hijo a cargo de uno de los padres, debe necesariamente, de oficio o a petición de parte en la misma resolución, fijar la relación directa y regular que le corresponde al otro (art. 225 inc. 6º del Código Civil).

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

e) Tal como en el caso del cuidado personal, el Proyecto aprobado por la Comisión de Constitución introduce criterios pertinentes para acordar o fijar por el juez la relación directa y regular, como la edad del hijo, su vínculo con el padre o madre (según corresponda), la relación con parientes cercanos (este último punto también incorporado por la Comisión), el régimen de cuidado personal, entre otros (art. 229 inc. 3º del Código Civil). Asimismo, cabe destacar que estos criterios se introducen en el mismo texto del Código, y no en la Ley de Menores, cuestión que parece consistente con el derecho común que expresan y con la relevancia de su contenido.

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

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

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

(xii) Por último, en materia de mejoras a la legislación, cabe mencionar el que se haya perfeccionado la redacción de las modificaciones propuestas al artículo 244 del Código Civil, en materia de patria potestad.

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

En todo caso, entre las mejoras a este texto está el asignar, en el inciso 2º del artículo 244 del Código Civil, de consuno la patria potestad al padre y a la madre “a falta de acuerdo” (el texto aprobado por la Cámara de Diputados señalaba “a falta de suscripción de acuerdo”, explicación que resultaba innecesaria).

Asimismo, resulta destacable el que se haya hecho la distinción entre actos de “mera conservación”, donde los padres pueden actuar separadamente (aunque ejerzan la patria potestad conjuntamente) y los otros actos (que involucran disposición, y donde deben actuar conjuntamente, o con intervención judicial a falta de acuerdo). Con ello, se desestima la equívoca redacción que venía aprobada por la Cámara de Diputados, que aludía a una actuación conjunta sobre actos de “representación legal que no menoscaben los derechos del hijo ni

le impongan obligaciones” (art. 244 inc. 3º nuevo del Código Civil). Era evidente, en efecto, que tal disposición daría lugar a serios problemas de interpretación (¿qué actos de representación prescinden absolutamente de envolver la afectación de derechos y obligaciones?), resultando, por lo demás, ajena a nuestra tradición jurídica.

II. ASPECTOS CRÍTICOS Y FALENCIAS DEL PROYECTO

Conforme a lo ya adelantado, a pesar de estos avances, subsisten en el texto del Proyecto sancionado por la Comisión de Constitución ciertas disposiciones - provenientes del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados o de indicaciones introducidas en la Comisión-, que pueden estimarse contrarios al interés del hijo y a la igualdad ante la ley.

Cabe tener presente que prácticamente todos estos reparos obedecen a disposiciones aprobadas por mayoría al interior de la Comisión de Constitución.

Con el propósito de contribuir al perfeccionamiento de este Proyecto, en respeto de tales principios de interés superior del hijo y de igualdad ante la ley, me permito hacer presente lo siguiente:

(i) Ausencia de regulación sistemática de la “autoridad parental”.

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

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

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

En efecto, la reglamentación nacional menciona aisladamente algunos de estos derechos y deberes, pero adolece de las siguientes graves falencias en perjuicio

de los hijos (varias de ellas, expuestas en la discusión de este Proyecto en la Comisión de Constitución):

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

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

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

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

La atribución de la autoridad parental a ambos tiene, de esta forma, una innegable carga simbólica (ambos padres son titulares de iguales derechos y les gravan idénticos deberes), pero también un evidente efecto práctico. Así, en ese contexto, la residencia del hijo que es sólo uno de los aspectos de esta autoridad y que puede ser asignada a uno de los padres, no resta injerencia del otro en el ejercicio de otros derechos y deberes, como, por ejemplo, el poder incidir en su

educación o en la adopción de otras medidas relevantes (la elección de colegio, la opción por una religión, la participación activa en su formación valórica, etc.).

b) En la materia, debe tenerse en cuenta que el Proyecto aprobado por la Comisión introduce el “principio de **corresponsabilidad**, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos” (art. 224 inc. 1º del Código Civil); agregando que el cuidado personal compartido estimula la “**corresponsabilidad** de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes” (art. 225 inc. 2º del Código Civil); que si los padres viven separados, “compartirán la **responsabilidad** y todos los derechos y deberes respecto de los hijos comunes” (art. 225 inc. 4º del Código Civil); y, que la relación directa y regular debe “asegurar la mayor participación y **corresponsabilidad** de éstos en la vida del hijo” (art. 229 inc. 4º del Código Civil).

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

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

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

En ese título, incluso, existe una disposición que le otorga tal alcance específicamente en los vínculos entre padres e hijos: “Así el padre, y a falta de éste la madre, es **responsable** del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa” (art. 2320 inc. 2º del Código Civil). En efecto, la “responsabilidad” es una fuente de las obligaciones que ha recibido, en virtud de la ley y del enorme desarrollo jurisprudencial desde la dictación del Código Civil, un

inequívoco sentido en orden a designar la obligación de indemnizar perjuicios por la comisión de actos ilícitos. En el caso preciso de la disposición citada, la responsabilidad de los padres alude a la denominada “responsabilidad por el hecho de los hijos”, que obliga a aquéllos a indemnizar a terceros víctimas de actuaciones de los niños que les causen daños.

Más aún, el propio Libro I del Código Civil, que contiene las disposiciones sobre el cuidado personal y la administración de los bienes de los hijos que se están modificando, contiene referencias a la “responsabilidad” en el mismo sentido indicado. Así acontece con el artículo 256 del Código Civil que señala que: “El padre o madre es **responsable**, en la administración de los bienes del hijo, hasta de la culpa leve. La **responsabilidad para con el hijo** se extiende a la propiedad y a los frutos, en aquellos bienes del hijo en que tiene la administración, pero no el goce, y se limita a la propiedad cuando ejerce ambas facultades sobre los bienes”. A lo que alude esta norma es a fijar una regla de responsabilidad civil (esto es, pago de indemnización de perjuicios) por mala administración de los bienes del hijo.

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

Es cierto que el concepto de “corresponsabilidad” o “responsabilidad parental” existe en algunos sistemas comparados y documentos internacionales sobre la materia. Pero es cierto también que nuestro derecho civil se ha destacado, desde la época de Andrés Bello, por ser sumamente riguroso a la hora de pretender introducir o importar expresiones foráneas, de forma que no rompan el espíritu general de la legislación y que mantengan la debida “correspondencia y armonía” que debe existir entre todas sus partes, como ordena el artículo 22 del Código Civil.

Por ello, hubiese sido preferible que se empleara la expresión “autoridad parental”, cuya titularidad se asigna siempre a ambos padres, aún cuando su modalidad de ejercicio pueda variar.

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

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

En ese mismo sentido resulta también ser una regulación incompleta, desde el momento que sólo menciona específicamente algunos de los derechos y deberes vinculados a la autoridad parental (crianza y educación). Como se dijo, la regulación de la autoridad parental comprende un universo amplio de derechos y deberes de los padres respecto de los hijos, que usualmente se enumeran al comienzo de tales disposiciones.

Al respecto, es lamentablemente que algunas indicaciones formuladas en la discusión en la Comisión de Constitución, que iban en el sentido de introducir una regulación sistemática en la materia (aún cuando también refiriéndose equívocamente a la “responsabilidad parental” y no a la “autoridad parental”), fuesen desechadas por acuerdo de mayoría, por considerar que iban más allá de las ideas matrices del Proyecto.

Por el contrario, en mi opinión, estas indicaciones se encontraban completamente dentro de las materias abordadas en el Proyecto, tan así que varias de las indicaciones que sí fueron aprobadas (como ocurre con aquellas

relativas a la “responsabilidad” o “corresponsabilidad”), a instancias del SERNAM algunas de ellas, van en esa misma línea.

d) Por último, y dado lo expuesto anteriormente, también es lamentable que no se haya aprovechado la oportunidad para eliminar la noción de “patria potestad” (cuyo alcance semántico e histórico es discriminatorio contra la madre), y en su lugar no se haya regulado de manera sistemática como uno más de los derechos-deberes de los padres respecto de los hijos.

(ii) Subsistencia de la regla de discriminación arbitraria denominada de “atribución preferente de los hijos a la madre en caso de separación”.

En la materia, la norma aprobada por la Comisión dispone lo siguiente: “Sin perjuicio de lo anterior, y sólo mientras no exista acuerdo o resolución judicial en contrario, como regla supletoria los hijos residirán y estarán bajo el cuidado personal de su **madre**, sin que ello constituya una preferencia legal” (art. 225 inc. 5º del Código Civil).

Éste es quizá la mayor falencia del Proyecto en análisis, pues no pone fin sino que perpetúa una regla abiertamente perjudicial para los hijos y discriminatoria contra el padre, que ha sido impugnada en el Tribunal Constitucional por ser contraria a la Constitución, que envuelve un sesgo ideológico contra la mujer, y que la mayoría de la doctrina nacional también considera contraria al principio de igualdad.

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

Es de esperar que esta regla inconstitucional sea erradicada de nuestro derecho positivo en la continuación de la tramitación parlamentaria de este Proyecto, regla que nos convierte en una excepción en el mundo, pues prácticamente la totalidad del derecho comparado no contempla una regla discriminatoria de esta naturaleza, la han derogado o se encuentran en proceso de hacerlo.

Incluso, como se expone a continuación, la regla tampoco se justifica en forma alguna por su “utilidad práctica” -como sostienen sus pocos defensores, entre los cuales lamento que se encuentren el SERNAM y sus asesores-, pues no es

efectivo que reduzca la litigiosidad o resuelva de manera transitoria un problema indisoluble ligado a la custodia de los hijos. Por el contrario, esta regla no hace más que materializar una discriminación odiosa e innecesaria, fundada en una concepción estereotipada y sesgada de la mujer, que termina por fomentar el conflicto y la odiosidad de los padres luego de la ruptura, cuestión que tiene como principales víctimas a los hijos.

Por último, tampoco los cambios introducidos por acuerdo de mayoría en la Comisión lograron superar estas objeciones, sino por el contrario confirman esta regla discriminatoria e introducen expresiones que dan lugar a nuevos equívocos.

En efecto, cabe tener presente que la única justificación que se esgrime a favor de esta regla es que -supuestamente- disminuiría la "litigiosidad".

No obstante, la justificación es falaz, y la regla es contraria al interés del hijo, inconstitucional y envuelve un prejuicio contra la mujer.

a) Es falaz porque lo usual es que esta disputa se plantee precisamente en el marco de un juicio de divorcio ya iniciado, donde debe acordarse por los padres o decidirse por el juez el cuidado personal de los hijos.

En el caso en que no hay divorcio sino separación de hecho, de todas formas la mujer debe recurrir al tribunal para que declare en su favor el cuidado del hijo (tuición declarativa), pues de otra forma no puede acreditar que es titular del cuidado personal del hijo.

b) Por lo demás, los Tribunales de Familia fueron creados para resolver estos asuntos y, por ello, el argumento, además de ser erróneo, parece estar movido por una infundada desconfianza en los jueces, como lamentablemente está ocurriendo en varios ámbitos.

Estos Tribunales especiales cuentan con todas las herramientas jurídicas y el apoyo de otras disciplinas auxiliares para decidir la forma de custodia que mejor asegure el interés superior del niño. Es decir, tales tribunales son los órganos capacitados para responder, sobre la base de las circunstancias concretas, las siguientes preguntas: ¿con quién se encontrará mejor el hijo (con el padre, con la madre o con ambos)?, y ¿cuál será la modalidad de participación del otro padre en su crianza y educación?.

Por ello, evitar o postergar la intervención de la justicia equivale en la materia a perjudicar directamente el interés de los hijos, pues se les priva de la posibilidad de que el tribunal pueda discernir con quién y de qué forma se asegura de mejor forma su bienestar.

El proceso judicial es la forma en que nuestros sistemas jurídicos resuelven los problemas familiares luego de la ruptura, en atención a que en ese instante las personas se muestran impotentes para resolver por sí mismas sus problemas personales y patrimoniales.

Para esto se crearon procedimientos y órganos especializados en materia de familia.

Intentar excluir o retrasar la intervención de la justicia -además de significar un menosprecio a los enormes avances que ha hecho nuestro país en materia de reforma procesal familiar- equivale a perpetuar y profundizar los conflictos familiares, cuestión que termina perjudicando sobre todo a los integrantes más débiles de la familia (los hijos).

c) Por otra parte, si fuese cierto que esta regla provocaría una baja de la "litigiosidad" en materia de familia -cuestión que, como se expuso, no es efectiva- ello se estaría logrando a costa de la imposición de una regla injusta que, además de perjudicar a los hijos, no hace más que acumular resentimiento en el padre discriminado legalmente.

Es evidente que un vínculo familiar "sano y cercano", como es la pretensión del Proyecto, no puede fundarse en un criterio legal que en términos simbólicos y prácticos envuelve una odiosa postergación de uno de los padres, fundado en meros prejuicios y falacias.

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

La disposición permite, por el contrario, que las madres sientan en todo evento a los hijos como "de su propiedad", lo que reduce la posibilidad de acuerdos que benefician una repartición equitativa de los derechos y deberes entre los padres, y la presencia de ambos en su crianza y educación.

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

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

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

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

En este punto no es necesario ahondar, pues la doctrina mayoritaria en Chile ha insistido -como también se ha hecho en los países donde existía esa regla- que esta disposición establece una discriminación sobre un criterio arbitrario (pues no obedece a ningún patrón de proporcionalidad). Por lo demás, actualmente la inconstitucionalidad de esta regla se encuentra en conocimiento del Tribunal Constitucional.

Debe recordarse que la regla actual, así como la propuesta en el Proyecto, es absoluta: se ordena que “todos” los hijos deban residir y estar al cuidado de la madre. Ni siquiera se hace la distinción -como originalmente se hacía en la

legislación nacional- entre hijos hombres y mujeres, y tomando en cuenta su edad.

En ese sentido, incluso, es posible afirmar que nuestra legislación ha evolucionado, sorprendentemente, a contra corriente de los tiempos, desde una disposición parcialmente discriminatoria a una regla absoluta y totalmente discriminatoria contra el padre.

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

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

Por ello, y en un momento en que se percibe una intensa demanda de igualdad de géneros, sorprende que este criterio estereotipado -asentado en un rol “doméstico” de la mujer- haya sido defendido férreamente en la discusión parlamentaria por el SERNAM.

La defensa de un criterio de cuidado de los hijos que perpetúa una visión de la mujer “doméstica” no se condice, en efecto, con las exigencias de una sociedad moderna, donde con justa razón las mujeres exigen un tratamiento igualitario y, en particular, la posibilidad de desarrollar proyectos profesionales y personales con la misma libertad que los hombres y en iguales condiciones.

En mi opinión, la defensa de esta regla sólo se explica por un sesgo ideológico, que no resulta apropiada para la construcción de reglas civiles que conforman el derecho común de nuestra Nación.

g) Finalmente, tampoco las mejoras introducidas por la Comisión de Constitución en esta regla del artículo 225 del Código Civil parecen suficientes y, por el contrario, siembran nuevas dudas acerca de su alcance.

Debe recordarse que, en particular, en la discusión en la Comisión de Constitución se precisó que esta regla de atribución de los hijos a la madre operaría como “regla supletoria” mientras no haya acuerdo o resolución judicial y que tal disposición no constituiría “preferencia legal”.

Tales precisiones son discutibles e insuficientes, por los siguientes motivos:

En primer lugar, la alusión a que se trata de una regla “supletoria” es, en el marco de las leyes civiles, técnicamente errónea. Las reglas supletorias son, en el derecho civil, la expresión de una regulación legal equilibrada y justa, que el legislador propone y presume, en ausencia de manifestación particular de las partes, como la regulación que quisieron para sus relaciones. Por ello, forman parte del “derecho dispositivo”, esto es, reglas que por traducir esquemas de relaciones interpersonales justas, se presumen implícitas en los acuerdos, salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa.

Como se desprende fácilmente de lo anterior, “suplen” la voluntad de las partes, porque precisamente son el reflejo de lo que, desde una perspectiva práctica y teórica, se estima como justo para esa relación. De ahí que en gran parte de los acuerdos del tráfico jurídico se actúe mediante esas reglas supletorias, pues siendo justas, su aplicación posterior por las partes usualmente no genera controversias.

Nada de eso ocurre en este caso. No puede sostenerse que una regla discriminatoria y arbitraria pueda ser la traducción de un esquema equilibrado de relaciones, que deba aplicarse a falta de acuerdo entre los padres. Más aún, ¿cómo puede sostenerse que esta regla “supla” la voluntad de los padres, cuando es evidente que el discriminado por esta regla no la quiso ni nunca la querrá? Desde la perspectiva de la madre, tampoco puede afirmarse que esta regla haya sido implícitamente querida por ella, desde el momento que perpetúa una visión prejuiciada y estereotipada de su rol al interior de la familia.

Una disposición que materializa una discriminación arbitraria, un prejuicio contra la mujer y que lesiona gravemente el interés de los hijos no pueda sostenerse que “supla” la voluntad de los padres, cuando es evidente que ninguno de ellos quiere lo anterior.

En segundo lugar, también es erróneo el que se haya afirmado que esta regla no constituye “preferencia legal”. Desde ya, es enormemente difícil discernir qué se quiso decir con esto. Este artículo consagra la regla de que, a falta de acuerdo o resolución judicial, todos los hijos quedan al cuidado de la madre. Eso constituye, obviamente, una preferencia legal. En realidad, no se entiende cómo esta regla puede al mismo tiempo confirmar una preferencia legal y señalar que con ello no se está otorgando una preferencia legal. No se puede negar una evidencia por el simple hecho de desconocerla con palabras. Esta regla confirma la preferencia legal o atribución preferente de todos los hijos a la madre, por más que sus palabras quieran negar esa realidad.

Otra interpretación posible es pensar que con ello se quiso erradicar una equivocada tendencia jurisprudencial que entiende que el artículo 225 del Código Civil no es sólo un criterio de atribución transitorio de los hijos a la madre, sino también una preferencia que debe regir en el juicio.

Si se quiso decir eso, las palabras no fueron las apropiadas, pues el texto se limita a señalar que tal regla no constituye una “preferencia legal” (que en su sentido obvio, atiende a una prioridad fijada en la ley, que es precisamente lo que sigue haciendo esta disposición a favor de la madre). Si se quería aclarar que los jueces no podían usar esta regla para atribuir mecánicamente la custodia de los hijos a la madre, hubiese sido necesario señalar que esta atribución a la madre es transitoria, que no constituye un criterio de asignación en el juicio y que el cuidado personal en ese escenario debe regirse estrictamente por el interés superior del hijo.

(iii) Ausencia de una verdadera “custodia compartida”.

En la materia, la regla aprobada por la Comisión de Constitución no sufrió alteraciones en relación al texto proveniente de la Cámara de Diputados, y dispone lo siguiente: “El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad” (art. 225 inc. 2º del Código Civil).

El inciso 1^a de ese artículo 225 agrega que los padres que viven separados pueden “de común acuerdo” determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda a “ambos de forma compartida”.

Por último, el inciso 6^o de ese mismo artículo, aclara que el juez puede atribuir el cuidado personal a uno de los padres, excluyendo la posibilidad de que otorgue una modalidad de custodia compartida en ausencia de acuerdo entre ellos.

En síntesis, si uno de los propósitos de este Proyecto era regular la custodia compartida, las disposiciones aprobadas frustran ese objetivo, al menos por las siguientes razones:

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

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

También es objetable porque con esto se priva a los jueces de una poderosa herramienta para estimular los acuerdos entre los padres. En efecto, frente a la eventualidad de que el tribunal pueda, en ausencia de acuerdo, asignar una custodia compartida, ambos padres se sentirán proclives a mostrarse más “razonables” en la búsqueda de un esquema de cuidado que beneficie al hijo y que logre una participación equitativa en su crianza. En otras palabras, la facultad judicial de asignar el cuidado personal compartido estimula los acuerdos y facilita la participación de ambos progenitores en la cuidado de los hijos.

Por otra parte, la propia experiencia comparada muestra que es perfectamente factible y conveniente que el juez pueda establecer una modalidad de cuidado compartido, bajo tres supuestos. El primero es que tal medida sea solicitada al menos por uno de los padres, cuestión que hace presumir que existe disposición de ambos para cuidar al hijo: respecto del padre reticente, porque confía en que

la custodia se le asignará, y respecto del padre solicitante, porque precisamente su pretensión es participar activamente en el cuidado del hijo. El segundo supuesto es que la asignación de este cuidado compartido se haga por el juez sobre la base de ciertos criterios, cuestión que ya se hace en el Proyecto, pues el nuevo artículo 225-2 del Código Civil propuesto señala criterios para el establecimiento de todo régimen de cuidado personal (con esto, también se erradica todo riesgo de otorgarlo en casos de violencia familiar, conflictos exacerbados y otras situaciones que pondrían en riesgo el interés del menor). El tercer supuesto es que de alguna forma se constante el funcionamiento del régimen decretado, por ejemplo, estableciéndolo de forma provisoria y sujeto a una revisión por el tribunal en un breve plazo.

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

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

- Porque entiende el cuidado personal compartido como un “régimen de vida” determinado en esencia por la “residencia” del hijo, para incidir en su crianza y educación. Esto es erróneo, pues, como se explicó, los deberes y derechos de los padres respecto de los hijos son muchos más amplios. Así, por ejemplo, la disposición nada dice acerca del derecho de ambos padres de participar en la adopción de decisiones importantes para el hijo, vacío que también se vincula a la crítica expuesta más arriba sobre la ausencia de una regulación sistemática en el Proyecto de la “autoridad parental”.
- Porque parece vincular, como también se dijo, la “corresponsabilidad” (concepto, por lo demás, impropio como lo vimos) a la existencia de un cuidado compartido, cuando es evidente que en todo escenario, cualquiera sea el régimen de cuidado del hijo, ambos padres deben ser titulares de iguales derechos y deberes respecto del hijo.
- Porque introduce en la definición una restricción que hace inoperante el régimen, al exigir que el cuidado compartido deba pasar por un “sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad”.

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

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

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

Paradójicamente, en consecuencia, esta definición puede significar un retroceso en relación al actual estado de cosas, negando toda posibilidad de que los padres puedan acordar un cuidado compartido que involucre alternancia en la residencia del menor.

Por ello, parece evidente que es necesario ajustar esta definición y excluir la referencia a la continuidad y estabilidad de la residencia, que no se condice con un régimen de residencia compartida que es el que intenta regular el Proyecto.

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

(iv) Criterio de atribución del cuidado personal que mira al pasado y no al futuro

El Proyecto, en el texto aprobado por la Comisión de Constitución, también merece otra observación.

La disposición del artículo 225-2 letra d) del Código Civil, aprobada por mayoría en la Comisión, contiene un criterio judicial de atribución del cuidado personal a uno de los padres que puede estimarse riesgoso. Según esa regla, para efectuar tal atribución debe considerarse la “dedicación efectiva que ejercitaba cada uno de los padres para procurarle bienestar al hijo antes de la separación y tareas que efectivamente desarrollaba con ese propósito”.

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

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

Por ello, es aconsejable eliminar ese criterio, sobre todo teniendo en consideración que en la letra b) de ese mismo artículo ya se contempla la aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo, que es suficiente y adecuado para resolver esta situación.

(v) Sanción para la obstaculización de la relación directa y regular

El Proyecto establece acertadamente que el padre que tenga el cuidado personal del hijo no debe obstaculizar el ejercicio de la relación directa y regular del otro padre (art. 229 inc.5º del Código Civil). Sin embargo, no asigna una sanción específica a esta grave falta, lamentablemente de ordinaria ocurrencia y de difícil control judicial.

En tal sentido, parece aconsejable establecer que la infracción grave y reiterada de este deber pueda ser estimada como justificación suficiente para que el juez pueda asignar el cuidado personal al otro padre. El riesgo de perder el cuidado personal del hijo, significará un estímulo poderoso para que el padre que tenga el cuidado personal se muestre más razonable y facilite las visitas del otro, en beneficio del interés superior de los hijos.

III. SÍNTESIS DE MODIFICACIONES PENDIENTES

En síntesis, y como modesta contribución a la prosecución de la discusión parlamentaria de este Proyecto, me permito sugerir lo siguiente:

(i) Introducir de manera sistemática en el Proyecto (arts. 222 y s.) la regulación de la **“autoridad parental”**, que permita agrupar el conjunto de derechos y obligaciones de los padres respecto de los hijos, con el objetivo de asegurar, vivan juntos o separados los padres, una distribución justa y equilibrada de tales derechos y deberes, en beneficio del interés superior de los hijos.

En ese sentido, resulta aconsejable sustituir las expresiones “responsabilidad” o “corresponsabilidad parental”, por la figura de la “autoridad parental”, que es el concepto adecuado. Con ello se resguarda, además, la debida correspondencia y armonía al interior del Código Civil, que utiliza el término “responsabilidad” sistemáticamente en otro sentido (como indemnización de perjuicios por actos ilícitos), incluso en el propio Libro I donde se encuentran estas disposiciones sobre el cuidado personal y administración de bienes del hijo.

Esta regulación debería comprender la administración y representación legal del hijo, integrando de esta forma la figura de la “patria potestad” (concepto que debería erradicarse de la ley, pues sus términos y su origen histórico se vinculan directamente a una discriminación contra la mujer).

Esta sugerencia se encuentra en las ideas matrices del Proyecto, como lo prueba la circunstancia de que se hayan aprobado parcialmente varios de sus componentes en la Comisión, a proposición del SERNAM y de otras indicaciones.

(ii) Eliminar la regla de la atribución preferente de todos los hijos a la madre luego de la separación (prevista en el inciso 5º del art. 225 del Código Civil), por los siguientes motivos: **a)** porque materializa una discriminación odiosa, innecesaria e inconstitucional, que nos convierte en una excepción en el mundo; **b)** porque se funda en un sesgo ideológico y en una concepción estereotipada de la mujer a cargo siempre de labores “domésticas”; **c)** porque fomenta el conflicto y la odiosidad de los padres luego de la ruptura; **d)** porque es falso que disminuya la litigación; y, sobre todo, **e)** porque no hace más que perjudicar a los hijos al privarlos en muchas situaciones de la participación efectiva de ambos padres en su crianza y educación.

(iii) Reconocer efectivamente el “cuidado personal y residencia compartida”, modificando el artículo 225 inciso 2º, en el siguiente sentido: **a)**

Permitir que el juez pueda conceder esta modalidad de cuidado personal y residencia a petición de uno de los padres, conforme a los criterios legales de tutela del interés superior del hijo y por un período de prueba sujeto a revisión de su funcionamiento. La experiencia comparada muestra que esta medida es una buena forma de estimular los acuerdos y asegurar una participación equitativa de los padres en el cuidado de los hijos. **b)** Eliminar el término “corresponsabilidad” en su redacción, para pasar a afirmar que ello no es más que una de las expresiones de la titularidad de la “autoridad parental” que pertenece a los padres conjuntamente. **c)** Eliminar de su texto la prevención de que esta modalidad de cuidado debe efectuarse por “un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad”, que transforma en letra muerta esta disposición, pues por definición un cuidado compartido requiere cierta alternancia en la residencia de los hijos. Esta restricción propuesta en el Proyecto puede considerarse como un retroceso en relación al estado actual de nuestro derecho, y terminaría por impedir acuerdos de custodia compartida que actualmente se aprueban por los tribunales. **d)** Enunciar las modalidades principales de cuidado personal y residencia compartida, como aquella con residencia alternativa y residencia principal, de forma de aportar criterios a los jueces en la búsqueda de soluciones adaptadas para tutelar el interés de los hijos.

(iv) Eliminar el criterio judicial de establecimiento del cuidado personal que atiende a la “dedicación efectiva que ejercitaba cada uno de los padres para procurarle bienestar al hijo antes de la separación y tareas que efectivamente desarrollaba con ese propósito” (art. 225-2 letra d) del Código Civil). La decisión sobre el cuidado personal debe ser enfocada hacia el futuro y no hacia el pasado, hacia aquello que asegure de mejor forma el interés del menor, y no hacia un esquema pasado que necesariamente ya no se prolongará.

(v) Establecer que la infracción grave y reiterada del deber de **no obstaculizar el ejercicio de la relación directa y regular**, hará privar al infractor del cuidado personal del hijo (art. 229 inc.5º del Código Civil).



Mauricio Tapia R.

Profesor de derecho civil
Director
Departamento de Derecho Privado
Universidad de Chile