

**La atribución del cuidado personal de los niños en el nuevo
derecho chileno de familia**

María Sara Rodríguez

La autora es licenciada en ciencias jurídicas y sociales y abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile, es magíster en derecho en la Universidad de Northwestern, y doctora en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid.
Además es profesora de Derecho Civil en la Universidad de Los Andes.

LA ATRIBUCIÓN DEL CUIDADO PERSONAL DE LOS NIÑOS EN EL NUEVO DERECHO CHILENO DE FAMILIA³

He dividido esta ponencia en dos partes. En la primera voy a situar el problema de la atribución del cuidado personal de los niños en su contexto: un nuevo Derecho de familia; unos nuevos principios; unos nuevos conceptos. En la segunda parte, voy a abordar directamente lo que a mi juicio son las reglas de atribución vigentes actualmente en Chile: la regla de atribución por convención entre los padres; la regla de atribución supletoria legal a la madre; la sentencia judicial, como instrumento de atribución en juicio.

PRIMERA PARTE

1. El contexto normativo

En los últimos veinte años, el Derecho de Familia chileno ha experimentado numerosas reformas dogmáticas y procesales. En 1991 nuestro país se adhiere a la Convención sobre los Derechos del Niño (1990), cuerpo normativo que los tribunales consideran derecho interno vigente, incorporando en su jurisprudencia, aun antes de las reformas que vendrían después, principios como los de “interés superior del niño” y “derecho del niño a ser oído”. En 1994, Chile incorpora la Convención sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños.

La Ley 19.585, de 1998, reforma el Código Civil en numerosas materias relativas al Derecho de Familia, poniendo las bases de lo que hoy podemos llamar el nuevo Derecho de Familia. En 1999, la Ley 19.620, introduce una profunda reforma en el régimen de la adopción. La Ley 19.947, de 2004, sobre matrimonio civil, continúa este proceso. La Ley 16.618, de 1967, Ley de Menores, sufre numerosas reformas en estos años, entre las que se cuenta la Ley 19.711, de 2001, que introduce modificaciones al derecho-deber de mantener con el hijo una relación directa y regular, antes y todavía llamado derecho de visitas y más recientemente la Ley 20.383, de 2009. La

³ El equipo de redacción de la Revista señala que se ha mantenido el formato original de la conferencia a fin de reflejar lo más fielmente su espíritu.

Ley 19.968, de 2004, sobre Tribunales de Familia, crea una nueva institucionalidad jurisdiccional con amplias atribuciones en materias matrimoniales, de cuidado de hijos y niños en general, y de protección de menores. Esta Ley sufre a su vez importantes reformas por la Ley 20.286, de 2008. El proceso no puede darse por terminado, pues la realidad del resquebrajamiento de las redes sociales y de la estabilidad de la familia continúa desarrollándose en forma más rápida que las reformas legales que pretenden contener y encauzar este fenómeno. Casi todas estas normas afectan el cuidado de los hijos o tuición, materia que es el objeto directo de esta ponencia.

¿Por qué interesa el estudio de las reglas de atribución en este nuevo contexto?

1° Porque los cambios han afectado problemas de custodia introduciendo conceptos de difícil aplicación, como “interés superior del niño” o “derecho del niño a ser oído”;

2° Porque este nuevo esquema permite mayor extensión a la autonomía de la voluntad; por ejemplo, mediante convenciones extrajudiciales sobre cuidado personal de los hijos.

2. Recapitulación de las reglas en la familia unida o funcional

En el contexto de una familia funcional, las reglas de atribución que ofrece el Derecho chileno pueden resumirse en lo que se explica a continuación. El cuidado personal de los hijos está atribuido por ley a ambos padres de *consuno* (artículo 224, inciso 1° del Código Civil). Si el matrimonio de los padres ha terminado por muerte, se atribuye legalmente el cuidado personal de los hijos al padre o madre sobreviviente (artículo 224, inciso 1°). Modificando la legislación anterior, la Ley 19.585 extiende esta regla legal de atribución al padre o madre que hubiere reconocido al hijo no concebido ni nacido en matrimonio (artículo 224, inciso 2°). Es decir, el cuidado personal de hijos no matrimoniales lo tiene el padre o la madre que los ha reconocido; y ambos de *consuno*, si viven juntos.

El esquema que proponen estas tres reglas responde al deber y derecho de ambos padres, padre y madre de *consuno*, de criar y educar a sus hijos, y acompañarlos en su desarrollo hasta la madurez, derecho y deber que se encuentra garantizado por el Derecho chileno a todo nivel (artículos 1°, y 19 N° 10° de la Constitución Política; artículos 222, inciso 2° y 224, sin mencionar leyes especiales). Obedece también a la constatación de la doble función, paternidad y maternidad, que ejercitan los progenitores conjuntamente en la crianza y educación de sus hijos; función que es un deber de los padres y un derecho de los hijos; y que se encuentra asegurada

con la vida en común de los padres con los hijos y, más aun, con la estabilidad que garantiza a todos los miembros de la familia el matrimonio de los padres. No en vano, reproduciendo el mandato constitucional (artículo 1° de la Constitución Política), la Ley 19.947, de 2004, sobre matrimonio civil, declara como punto de partida que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad; y que el matrimonio es la base principal de la familia (artículo 1°, LMC).

Los deberes y derechos de la paternidad y de la maternidad son tan fuertes que autores recientes están calificándolos de indisolubles. Cuando los padres no viven junto a sus hijos (por ejemplo, por separación, divorcio o nulidad) la indisolubilidad de la paternidad y de la maternidad exige medidas cuidadosas que garanticen, en la medida de lo posible, el derecho de los hijos a contar con los cuidados de ambos progenitores. El interés de niños, niñas y adolescentes exige también que se garantice la máxima estabilidad y continuidad en su crianza y educación.

Sin embargo, ocurre en muchos casos que estos deberes deben cumplirse en un contexto de crisis familiar, de soledad y de fracaso. Frecuentemente, el clima de los conflictos que ha llevado a los padres a interrumpir o terminar la vida en común, o la incapacidad de uno o de ambos progenitores para asumir las obligaciones que lleva consigo esta comunidad, dificulta el cumplimiento de estos deberes. El Derecho debe, entonces, arbitrar técnicas que, en la medida de lo posible, garanticen a los niños, niñas y adolescentes involucrados involuntariamente en estas crisis la **continuidad** de su crianza y educación, y la **estabilidad** de vida que requiere el desarrollo armónico de su personalidad hasta la madurez. A esto deberían apuntar y éste es verdaderamente el objetivo de interés social de las reglas de atribución del cuidado personal de los hijos en el supuesto de familias separadas, progenitores nunca casados, o solitarios.

3. Objetivos de interés social de las reglas de atribución del cuidado personal de los niños de familias separadas

Los objetivos que tienen las reglas de atribución, a mi juicio son:

- 1° **Garantizar la continuidad** en la crianza y educación de los niños; y
- 2° **Garantizar la estabilidad**, que, a su vez, asegura el desarrollo armónico de la personalidad hasta la madurez;
- 3° También se considera un objetivo de interés social el **garantizar la participación del padre y de la madre en la educación del hijo**, porque el niño necesita modelos vivos y cercanos en la configuración de su vida; pero este objetivo es

difícil y a veces imposible de satisfacer en el contexto de crisis familiares. En estos casos de conflicto, me parece que hay que privilegiar la estabilidad y la continuidad por lo menos en los primeros años de vida y mientras no tengan juicio propio para ser oídos sobre sus preferencias personales.

Antes de pasar a la segunda parte me voy a decir algunas palabras sobre dos temas relevantes: el tema del interés superior del niño y el problema de la tuición compartida.

4. El principio del interés superior del niño

El interés superior del niño puede considerarse un principio vigente en la legislación chilena desde la incorporación al ordenamiento de la Convención sobre los Derechos del Niño. La Ley 19.585, de 1998, incorpora el principio al Código Civil chileno (artículos 222, inciso 2°; 225, inciso 3°; 242, inciso 2°); y, con posterioridad a ella, el principio se expande a diversas piezas de legislación (especialmente, por ejemplo, al artículo 16 L.T.F. y a la L.M.C.).

A nuestro juicio el interés superior del niño es un principio que cumple diversas funciones. Es **principio de política legislativa, gubernamental y, en general, administrativa** (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Pero, en el ámbito del cuidado personal de los hijos (artículo 225, inciso 3°) y del derecho a mantener con ellos una relación directa y regular (artículo 229 y artículo 9 de la Convención), el interés superior del niño es también un **criterio, baremo o standard de adjudicación de litigios** (artículo 242, inciso 2° del C.C.; artículo 16 LTF). Esta última es la función que interesa en el contexto de estas líneas. Es decir, el interés superior del niño como criterio de resolución de conflictos judiciales.

5. El problema de la tuición compartida

Dejando de lado las teorías, la mejor manera de explicarlo es acudiendo a los casos reales: Por ejemplo, un tribunal de Barcelona concede custodia compartida a solicitud del padre; y regula la vida de los niños así: lunes y martes, con la madre; miércoles y jueves, con el padre, más un fin de semana alterno con cada uno de ellos, desde la salida del colegio el viernes hasta el lunes a la entrada (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 20 febrero 2007, Repertorio Aranzadi JUR/101427; Ponente: Enric Anglada Fors).

El tribunal afirma que este esquema asegura “la regularidad en la vida de los

niños de forma que determinadas actividades las vincularán con las estancias en casa del padre o en casa de la madre, creando referencias fijas”. Este argumento le permite al tribunal justificar esta forma de atribución de la guarda y custodia como conforme y no contraria al interés superior del niño, criterio exigido por el nuevo artículo 92 (párrafo 8º) del Código Civil español para decretar el sistema, a solicitud de uno solo de los padres.

Otro testimonio de la confusión de los niños en este esquema es el que aporta una autora norteamericana de su experiencia con un amigo de su pequeño hijo que, cuando le preguntan que a quién espera a la salida del colegio, responde: “no sé a quién le pertenezco hoy”.

En Chile sabemos que se discute la admisibilidad de la tuición compartida por convención entre los padres. (Yo pienso que si hay acuerdo en el sistema y está bien previsto todo, podría admitirse con aprobación judicial en el contexto de los acuerdos reguladores de la separación o divorcio. No creo que los acuerdos extrajudiciales que permite hacer el artículo 225 den espacio para este sistema de vida.)

La Corte Suprema ha declarado que el juez de familia no podría decretar la tuición compartida si no hay acuerdo entre los padres porque el juez no tiene atribuciones para hacerlo (*San Martín con Sigurdsson*, Corte Suprema, 15 de julio de 2008, Referencia LegalPublishing 39470). La madre pide que se regule un régimen de relación directa y regular de los niños con el padre; éste contrademanda el establecimiento de un régimen de tuición compartida. Se acoge la demanda estableciendo un régimen de relación directa y regular amplio y liberal; pero se rechaza la contrademanda del padre.

SEGUNDA PARTE

6. Formas de atribución admitidas de *lege lata*:

De lege lata hay que afirmar que las formas admitidas de atribución de la tuición son: la convención entre los padres, la atribución automática legal que opera de modo supletorio a la voluntad de los padres, y, por último, la sentencia judicial.

1º. La atribución por convención entre los padres

El Derecho chileno favorece hoy los acuerdos sobre cuidado personal de los niños entre los padres. Se favorecen desde el Código Civil, que es derecho común, como acuerdos formales extrajudiciales (por escritura pública o acta otorgada ante cualquier oficial civil, subinscritos).

La L.M.C. los favorece como acuerdos reguladores de la separación o divorcio.

La L.T.F. establece que los asuntos de tuición son materia de mediación obligatoria: la mediación en familia está destinada a que las partes en conflicto alcancen acuerdos directos y que estos acuerdos sean homologados judicialmente.

Los tribunales de familia sólo son competentes si falla la mediación.

Todas estas disposiciones favorecen la resolución de conflictos sobre custodia en forma directa entre las partes mediante acuerdos o convenciones con efecto legal vinculante.

2°. La atribución automática legal sin intervención judicial

Si no hay acuerdos, opera la regla de atribución automática legal a la madre (artículo 225, inciso 1°) del C.C.

La existencia de esta regla se justifica a mi juicio en el **interés público** de evitar que las crisis familiares lleguen a un juicio contencioso. Los juicios contenciosos no deberían favorecerse en materias de familia por las siguientes razones:

- a. Por una razón práctica: los tribunales de familia están sobrecargados y esto alarga excesivamente los tiempos de espera y, por tanto, las situaciones de incertidumbre, de inestabilidad y conflicto;
- b. Por una razón psicológica e incluso social: los juicios contenciosos son indeseables en materias de familia por el tremendo costo emocional que producen en los niños y en todas las partes involucradas. Siempre es penoso para los niños que sus padres tengan que discutir en juicio su cuidado; pero la experiencia indica que casi siempre la familia entera debe terminar en terapia para sobreponerse a los traumas emocionales de estos juicios.

Estas dos razones justifican sobradamente la existencia de una regla de atribución automática legal, de función supletoria de la voluntad de los padres.

La regla de preferencia materna, sin embargo, ha tenido en el tiempo formulaciones variadas. Preferencia materna solo durante la infancia de los niños de ambos sexos. A partir de los cinco años, preferencia del padre para tener la tuición de los hijos varones. Luego vino la preferencia paterna a partir de la pubertad de los hijos varones. Por último, solamente a partir de 1989, preferencia materna de todos los hijos menores de 18 años.

Los que cuestionan esta regla no cuestionan los beneficios de la existencia de la regla sino que actualmente ésta sea una de preferencia materna. Algunos afirman que esta preferencia ofende el principio de igualdad entre varones y mujeres, garantizado a distintos niveles (convenciones internacionales

sobre derechos humanos, Constitución Política, ley).

Yo pienso que es beneficioso para el interés del niño la existencia de la regla. Sin embargo, admito que pueden aceptarse otras fórmulas. Por ejemplo: preferencia paterna de todos los hijos menores de 18 años; preferencia paterna de todos los hijos varones desde que salen de la infancia u otras fórmulas que moderen o mitiguen el exceso al que se llegó con la Ley 18.802, de 1989.

En la práctica, la preferencia materna es una regla casi inderogable. Sigue siendo una preferencia judicial, más de facto que de *iure*, en casi todos los países. Cito las cifras que ofrece un estudio publicado en España por Margarita GARRIGA GORINA en 2008. Con sistemas diversos de atribución de la guarda en caso de crisis familiar “[...] los porcentajes de convivencia [de los hijos] con las madres son: Inglaterra y Gales un 80% en 2004; Alemania, un 85% en 2004; Italia, un 85,5% en 2004; Suecia, un 83% en 2002 y Croacia, un 82,9% en 2001”⁴.

3º, La atribución por sentencia judicial

En el ámbito de la atribución de la tuición por sentencia judicial, nuestra discusión es cuál debe ser el criterio de atribución:

- si la inhabilidad o falta de idoneidad de la madre o del padre; o
- si el interés del niño

También discutimos sobre cuál debería ser el contenido del interés del niño y si el juez *debe* atribuir la tuición conforme a este criterio.

Además, se critica el principio del interés superior del niño como regla de atribución: se lo acusa de vaguedad e indeterminación.

A mi juicio el interés superior del niño debe defenderse como regla de atribución de la tuición entre los padres porque éste parece ser el criterio legal que quiso moderar la rigidez de la legislación anterior. La legislación anterior mantenía la preferencia materna como criterio de atribución legal y judicial; la regla se modificaba judicialmente sólo por causa de inhabilidad de la madre. Me parece que después de la Ley 19.585 la inhabilidad es un criterio de separación de los hijos de sus padres biológicos para entregar la tuición a terceros. Esto es el supuesto del artículo 226 y no el supuesto del artículo 225 (que regula la atribución del cuidado personal de los hijos **entre progenitores**).

Se trata de una **regla de discrecionalidad judicial** (pero no una regla de arbitrariedad judicial). Esto significa:

⁴ Margarita Garriga Gorina, “El criterio de continuidad frente a la guarda conjunta”, p. 4, publicado en InDret 3/2008, revista electrónica disponible en Internet

- a. Que el juez debe integrar un supuesto de hecho indeterminado (“abandono, descuido u otra causa calificada”)
- b. Que el juez debe integrar una regla de atribución también indeterminada con argumentos de experiencia, juicios de razón y, por qué no decirlo, también de valor, a partir de los hechos que se encuentren acreditados mediante prueba producida en forma legal.

7. Conclusiones

1°. El nuevo Derecho de familia ha generado cambios que afectan las reglas de atribución de la custodia de los niños, cuya interpretación y alcance todavía no es pacífica;

2°. Cualquiera que llegue a ser esta interpretación y alcance, hay objetivos de interés social que parece necesario asegurar: continuidad y estabilidad en la crianza y educación de los niños, incluso para privilegiar estos valores por sobre el interés de que ambos progenitores participen en la educación de los hijos;

3°. El interés superior del niño debe ser criterio de política legislativa y gubernamental; y también de decisiones judiciales, a pesar de su vaguedad e indeterminación;

4°. La custodia compartida, si se impone por decisión judicial, difícilmente podría practicarse y con mayor dificultad satisface la continuidad y estabilidad en la crianza y educación de los niños;

5°. El nuevo derecho de familia auspicia en Chile como regla preferente la atribución por convención entre los padres;

6°. La existencia de una regla supletoria de funcionamiento extrajudicial y automático parece favorable para el bienestar de los niños: vendría a satisfacer el interés superior del niño; el principio de igualdad, en el peor de los casos debería ceder frente al interés preferente del niño (son los padres los que deben sacrificarse por sus niños y no éstos por aquellos);

7°. Llegados al peor de los escenarios, el de un juicio, el nuevo derecho favorecería el interés del niño por sobre otros criterios judiciales, como la idoneidad del padre o de la madre. El tribunal debería poder ponderar todos los elementos que afectan o pueden afectar la continuidad y estabilidad en la crianza de los niños, incluida la vida privada, sexual y afectiva de los padres en la medida que afecte o pueda afectar el cuidado de sus hijos (Caso Atala, Informe sobre el fondo).