

# COMENTARIOS A LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE EFECTOS DE LA FILIACIÓN\*

**DRA. FABIOLA LATHROP**

Académica Universidad Central de Chile y Universidad de Chile

La ley N° 20.680, publicada en el *Diario Oficial* el pasado 21 de junio,<sup>1</sup> ha sido difundida como la "Ley de cuidado personal compartido". Si bien una de sus virtudes es reconocer expresamente esta figura, esta ley efectúa importantes modificaciones en materias que han pasado desapercibidas. Me refiero a aquellas introducidas en la regulación de la relación directa y regular, la patria potestad y, fundamentalmente, el cuidado personal (en general). En esta última institución el impacto de la reforma será, a mi juicio, más profundo.

En primer lugar, es importante atender al contexto en que se origina la ley. Los boletines iniciales establecían el cuidado personal compartido como regla supletoria (5917-18); o bien, concebían el acuerdo parental como regla general, permitiendo que, en subsidio, el juez estableciera el cuidado personal compartido (7007-18). El rechazo al Síndrome de Alienación Parental (SAP), la frecuencia con que el titular del cuidado personal obstaculiza el régimen de relación directa y regular, las escasas posibilidades de que el padre varón obtenga el cuidado personal, y la exclusión casi total que sufre el progenitor que no lo ejerce respecto de sus funciones parentales, son algunos de los elementos sociojurídicos que explican los ambiciosos propósitos de dichos boletines. Como veremos, en materia de cuidado personal compartido la ley dista bastante de estas intenciones iniciales.

Abordada desde la recepción y/o consolidación de los principios modernos del Derecho de Familia, de la Infancia y de la Adolescencia, la ley: a) avanza hacia la concreción y efectividad del interés superior del niño (art. 3° CDN); b) se apega al principio de igualdad de género (arts. 2° CDN y 16.d CEDAW); c) reconoce y promueve la corresponsabilidad parental (art. 18 CDN), y d) fortalece el derecho y deber de mantener un contacto frecuente con el hijo (art. 9° CDN).

a) El principio rector de la Ley es el *interés superior del hijo*. Para su realización, el legislador menciona e intenta efectivizar el respeto al derecho a ser oído y a la autonomía progresiva del niño,<sup>2</sup> así como otras directrices que se comentarán más abajo.

En este sentido, uno de los logros de esta ley es que contribuye a contrarrestar la arbitrariedad a la que daba pie la abstracción de este principio en estas materias. Así, dirigiéndose tanto a los padres como al juez, prescribe que en el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente una serie de criterios y circunstancias encaminadas a determinar dicho interés en el caso concreto que se conoce (art. 225-2).<sup>3</sup>

Colabora también la ley al esclarecimiento de las reglas de atribución judicial del cuidado personal, fortaleciendo el interés superior como criterio de adjudicación. Así, elimina la exigencia de "indispensabilidad" de respeto al interés superior del hijo para alterar la asignación legal o convencional, ordenando que podrá hacerlo "cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga *conveniente*". Y también al señalar que las inhabilidades del art. 42 de la

Ley de Menores se refieren sólo a casos en que terceros solicitan el cuidado personal (no los padres).<sup>4</sup>

b) La Ley deroga las reglas de preferencia basadas en el sexo de los padres, al momento de atribuir funciones parentales. Así, eliminando la preferencia materna, establece que, a falta de acuerdo, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo. Este aspecto fue a tal punto controvertido, que dio lugar a la creación de una Comisión Mixta, en cuyo seno se privilegió la necesidad de una regla supletoria en situaciones de hecho en que los padres ya se hubieran separado; mas, sin sacrificar el *principio de igualdad parental*. Si bien la redacción continuó planteando dudas sobre qué se entendería por "conviviendo", se estimó que sería la jurisprudencia quien debería determinar su significado.

Asimismo, a falta de acuerdo, toca al padre y a la madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad (art. 244 inc. 2°), eliminándose la preferencia paterna. En su caso, si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal, o por ambos, si el mismo es compartido (art. 245 inc. 1°).

c) La Ley declara que el cuidado personal se basará en el *principio de corresponsabilidad*, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos (art. 224 inc. 1°). Por otro lado, define el cuidado personal 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 (art. 225 inc. 2°).

Como puede observarse, si bien la ley ensaya definiciones y contenidos que tienden a materializar los principios que la inspiran,<sup>5</sup> el reconocimiento de la figura que virtualmente realizaría de forma más efectiva la corresponsabilidad parental es, a mi juicio, más bien tímido. Conforme a la ley, el cuidado personal compartido no puede ser establecido a petición de uno de los padres (menos de oficio por el juez); por lo tanto, la única alternativa es el acuerdo. A mi juicio, esta situación restringe la aplicación de este instituto y puede generar un efecto indeseado, esto es, que el juez no pueda establecerlo en los casos en que con la sola negativa se desconozca unilateralmente que el cuidado personal venía desarrollándose de forma compartida luego de la separación, sea vía acuerdo extrajudicial, o bien, a través de un régimen de relación directa y regular amplio. A mi juicio, la observancia de los criterios del art. 225-2 hubiesen resguardado suficientemente la posibilidad de establecimiento a solicitud de parte.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> El encabezado de la norma citada dice "para el solo efecto".

<sup>5</sup> Ver el art. 229, que define relación directa y regular como 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 (inc. 2°); que establece que para su determinación los padres y/o el juez fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo (inc.3); y que prescribe que el juez debe asegurar la mayor participación y corresponsabilidad, estableciendo condiciones que fomenten dicha relación sana y cercana (inc. 4°).

<sup>6</sup> Piénsese que sí es factible determinar un régimen de relación directa y regular a favor de los abuelos con oposición del titular del cuidado personal. Por otro lado, países como España, que inicialmente establecieron exigentes condiciones para la introducción del cuidado personal compartido a solicitud de parte, apuestan hoy por modificaciones que fortalecen la intervención judicial y equiparan el modelo unipersonal y compartido.



## LIBRO DESTACADO

### LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Autor: Jorge Schleyer Alt

ISBN: 978-956-346-367-5

EDICIÓN: 1ª edición, julio de 2013

En base al estudio realizado por el autor se llega a la conclusión que no ha sido cumplido el objetivo perseguido a través de la incorporación a nuestro ordenamiento de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980. Por diversas razones, entre ellas el desconocimiento de la norma misma y su consiguiente falta de aplicación por nuestros tribunales. La implementación de la formación del consentimiento, representaría un beneficio extraordinario, pues la misma se encuentra dotada de una normativa flexible, creada por y para los operadores del tráfico internacional.

Asimismo, es de suponer que la jurisprudencia determinará cuál es el sistema de residencia que, asegurando la adecuada estabilidad y continuidad del hijo, permita desarrollar el cuidado personal compartido. El concepto de alternancia de domicilios no fue concebido como un elemento esencial a esta figura, por lo que bien podría entenderse satisfecha con la existencia de una residencia principal.

d) Las reformas efectuadas al art. 229 fortalecen el *derecho y deber de mantener relaciones directas y regulares* con el hijo.<sup>7</sup> En especial, la expresa alternativa de establecerlas a favor de los abuelos constituye un gran avance en el respeto de los lazos afectivos forjados (nótese que el tenor literal no las restringe a situaciones de separación de los padres). En este aspecto, una de las preocupaciones planteadas fue la posible generación de una multiplicidad de regímenes paralelos; a mi juicio, debería propenderse al fortalecimiento de los vínculos familiares que aparezcan más disminuidos, atendido siempre el bienestar del hijo.

Por último, si bien la ley se esfuerza en adaptar nuestro ordenamiento a las concepciones modernas del Derecho de Familia de la Infancia y Adolescencia, persisten falencias sistemáticas. No obstante se planteó la necesidad de crear una figura omnicompreensiva de los derechos y deberes parentales tanto patrimoniales como extrapatrimoniales –a la luz de los principios que inspiraban el proyecto–, esta tarea unificadora y sistematizadora fue desechada por extralimitar la idea matriz del mismo.

En suma, la denominada "ley de cuidado personal compartido" presenta más avances en los aspectos pedagógicos que involucra esta figura –fundamentalmente, promover la corresponsabilidad parental–, que en su introducción como regla general deseable, tal como fue concebida en sus orígenes.

<sup>7</sup> Ver nota 5.

\* Abreviaturas. CDN: Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño; CEDAW: Convención Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

<sup>1</sup> En adelante la ley.

<sup>2</sup> Ver arts. 229 inc. 3° y 225-2 f).

<sup>3</sup> La Ley también establece criterios para la determinación de la relación directa y regular en el art. 229 inc. 3°.