
Cuidado personal de niños, niñas y adolescentes en caso de separación de los padres en Chile: desde el cuidado único de la madre hasta la custodia compartida*

- » MANUEL BARRÍA PAREDES**
- » GABRIELA SÁNCHEZ PEZO***
- » XIMENA GAUCHÉ MARCHETTI****
- » PABLO FUENTALBA-CARRASCO*****
- » CECILIA BUSTOS IBARRA*****
- » NORMA PÉREZ DÍAZ*****
- » CYNTHIA SANHUEZA RIFFO*****
- » DANIELA SANTANA SILVA*****
- » ÁLVARO DOMÍNGUEZ MONTOYA*****

* Fecha de recepción: 1.º de enero de 2021. Fecha de aceptación: 29 de abril de 2022.

Para citar el artículo: BARRÍA PAREDES, M., SÁNCHEZ PEZO, G., GAUCHÉ MARCHETTI, X., FUENTALBA-CARRASCO, P., BUSTOS IBARRA, C., PÉREZ DÍAZ, N., SANHUEZA RIFFO, C., SANTANA SILVA, D. y DOMÍNGUEZ MONTOYA, A. "Cuidado personal de niños, niñas y adolescentes en caso de separación de los padres en Chile: desde el cuidado único de la madre hasta la custodia compartida", *Revista de Derecho Privado*, n.º 43, julio-diciembre 2022, 93-125. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n43.05>. Este artículo forma parte del proyecto Fondef ID17/10111, "Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad sexual".

** Universidad de Concepción, Concepción, Chile; profesor. Doctor en Derecho, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, Chile. Contacto: mbarria@udec.cl. Orcid: 0000-0002-2470-4024.

*** Universidad de Concepción, Concepción, Chile; profesora. Socióloga, Universidad de Concepción, Concepción, Chile. Contacto: gabrielasanchez@udec.cl. Orcid: 0000-0003-3640-6777.

**** Universidad de Concepción, Concepción, Chile; profesora asociada. Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, España. Contacto: xgauche@udec.cl. Orcid: 0000-0001-9859-4596.

***** Universidad de Concepción, Concepción, Chile; profesor asistente. Magíster en Sociología, Universidad de Concepción, Concepción, Chile. Contacto: pfuentel@udec.cl. Orcid: 0000-0002-5965-0556.

***** Universidad de Concepción, Concepción, Chile; profesora y trabajadora social. Doctora en Sociología, Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona, España. Contacto: cecbustos@udec.cl. Orcid: 0000-0002-3773-8450.

RESUMEN. El presente trabajo expone la evolución legislativa de la institución del cuidado personal de los hijos e hijas en el ordenamiento jurídico chileno, mostrando la consagración legal de la institución y sus modificaciones legales. Además, profundiza en la situación actual de la institución en comento, abordando tópicos como la corresponsabilidad parental, el cuidado personal compartido, las situaciones de inhabilidad de los padres y el ejercicio del cuidado personal por personas diferentes. Finalmente, se hace un breve análisis proyectivo de la cuestión a la luz de estándares establecidos por instrumentos internacionales de derechos humanos y la realidad chilena contemporánea.

PALABRAS CLAVE: derecho de familia, cuidado personal, derecho de custodia legal, principio de protección de niños, niñas y adolescentes, corresponsabilidad parental, cuidado personal compartido, derecho internacional de derechos humanos.

Legal Custody of Children and Adolescents in Cases of Parents' Separation. An Evolutionary Overview from Sole Custody of the Child by the Mother to Shared Custody

ABSTRACT. This article presents the legislative evolution of the institution of sole custody of children in the Chilean legal system, showing the legal consecration of the institution and its legal modifications. Moreover, it goes further into the current situation of the said institution, addressing topics such as parental co-responsibility, shared custody, parents' situations of inability and the exercise of sole custody by different people. Finally, a brief projective analysis of the issue is made in the light of international human rights law standards and the contemporary Chilean reality.

KEYWORDS: family law, legal sole custody, legal custody (of children), child and adolescents protection principle, parental co-responsibility, shared custody (of children), international human rights law.

SUMARIO: Introducción. I. La evolución legislativa de la institución del cuidado personal. II. La situación actual del cuidado personal a la luz de la normativa y la juris-

***** Universidad de Concepción, Concepción, Chile; profesora y trabajadora social. Magíster en Sociología, Universidad de Concepción, Concepción, Chile. Contacto npezrd@udec.cl. Orcid: 0000-0003-3592-9672.

***** Universidad de Concepción, Concepción, Chile; profesora. Licenciada en Educación. Universidad de Concepción, Concepción, Chile. Contacto ynthiasanhueza@udec.cl. Orcid: 0000-0002-8742-7175.

***** Universidad de Concepción, Concepción, Chile; profesora. Magíster en estudios avanzados de Derecho Internacional Público, Universidad de Leiden. Leiden, Países Bajos. Contacto: danisantana@udec.cl. Orcid: 0000-0001-8836-5650.

***** Universidad de Concepción, Concepción, Chile; profesor. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona, España. Contacto: aedodominguez@udec.cl. Orcid: 0000-0001-9059-6730.

prudencia. III. Proyecciones en materia de cuidado personal en un enfoque coherente con estándares internacionales de derechos humanos y la realidad nacional. Conclusiones. Referencias

Introducción

El Código Civil chileno, en su parte patrimonial, ha permanecido prácticamente incólume desde su entrada en vigencia el año 1857. Han sido la doctrina y la jurisprudencia las que, relejendo sus disposiciones, han podido reinterpretar normas, adaptándolas a los cambios sociales en cuanto al tráfico de bienes de diversa naturaleza y otras instituciones.

Lo anterior no tiene un similar relato en el derecho de familia. Al constituir normas de orden público, sus mandatos no pueden ser objeto de disposición por las personas particulares y estas no pueden renunciar a ellas. Por lo tanto, la naturaleza de aquéllas impide en general nuevas interpretaciones, y requiere, como consecuencia, en muchas ocasiones, modificación legal. Ello, sin embargo, ha ido evolucionando; existen ciertas materias del derecho de familia que pueden quedar entregadas a su regulación por la voluntad de las partes, con ciertas instituciones en las que tiene cabida la autonomía privada. Así, por ejemplo, en materia matrimonial los cónyuges pueden pactar el régimen de bienes, optando por la sociedad conyugal, la separación de bienes o la participación en los gananciales¹. En caso de separación de hecho o separación judicial, los cónyuges pueden regular sus relaciones mutuas, especialmente en lo relativo al derecho de alimentos y otras materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio. Si el matrimonio termina por nulidad o divorcio, se puede acordar la compensación económica para el denominado “cónyuge más débil”². En el Acuerdo de Unión Civil, nueva institución del derecho de familia, regulada en la ley n.º 20.830, los convivientes civiles pueden optar al régimen de bienes de comunidad o la separación de bienes.

En materia de filiación, según se verá, la situación inicial también se ha adaptado a las nuevas realidades, fundamentalmente en lo relativo a materias vinculadas

1 Ello se puede pactar en las capitulaciones matrimoniales, que en Chile se pueden celebrar antes o al momento del matrimonio, según se extrae de los artículos 1715 y 1720 del Código Civil. Por su parte, durante el matrimonio, los cónyuges mayores de edad pueden sustituir el régimen de sociedad conyugal por el de separación de bienes o participación en los gananciales. Por su parte, se puede sustituir la separación de bienes por el de participación en los gananciales. Finalmente, se puede sustituir el régimen de participación en los gananciales por el de separación de bienes. Lo que no se puede hacer es pactar durante el matrimonio el régimen de sociedad conyugal, salvo la calificada excepción del artículo 135 inc. 2.º del Código Civil, tratándose de matrimonio celebrado en el extranjero.

2 Sobre la autonomía de la voluntad en el matrimonio: RAMS, J., “La autonomía de la voluntad en las instituciones matrimoniales”, en RAMS, J., DE AMUNÁTEGUI, C., SERRANO, E. y ANGUIA, L. (coords.), *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid, Dykinson, 2009, 27-116; y en Chile: LEPÍN, C., “Los nuevos principios del Derecho de Familia”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 23, 2014, 44-47.

al régimen de alimentos, el cuidado personal y el derecho de los padres a mantener una relación directa y regular con sus hijos e hijas con quienes no viven juntos. Así, todas estas instituciones, especialmente en el caso en que los padres vivan separados, pueden ser objeto de regulación voluntaria por ellos y sólo a falta de acuerdo pueda ser determinada por la justicia de familia³.

Con ese marco, dentro del derecho de familia, especialmente en materia de filiación, hay una institución a la que se dedica nuestro análisis en este artículo, cual es el estudio del cuidado personal. Esta institución no se encuentra definida por la legislación civil. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha dado una noción de ella, indicando que “en términos llanos, el cuidado personal se refiere al conjunto de obligaciones y facultades que se derivan de convivir o compartir la vida cotidiana de los hijos, tales como determinar su residencia, convivir con ellos, cuidarlos, educarlos, etc.”. Resulta evidente que cuando los padres viven juntos ese conjunto de obligaciones y facultades se ejercen de consuno por ellos, como se desprende del artículo 224 del Código Civil. Según éste, “toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos”⁴.

En lo normativo, el Código Civil inicia su regulación en materia de cuidado personal, sobre la base de que padre y madre vivan juntos con sus hijos e hijas. Así, de acuerdo con artículo 224 se establece que “toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos”. Este principio se aplicará si los padres del niño, niña o adolescente viven juntos (sea porque hay matrimonio, acuerdo de unión civil o concubinato) o bien al padre o madre sobreviviente, para el caso en que el otro haya fallecido. En este caso no se generarán discusiones mayores entre los padres en cuanto a la relación directa y regular ni respecto del derecho de alimentos. Ello sin perjuicio de la posibilidad de que personas distintas al padre o la madre quisieran ejercer el cuidado personal.

La situación es diametralmente distinta cuando estamos en el caso en que los progenitores vivan separados. En tal caso, la ley establece diversas reglas para determinar a quién le corresponde el cuidado personal del niño, niña o adolescente. Esto para determinar el régimen de relación directa y regular para quien no tenga el cuidado personal y, además, determinar el derecho de alimentos de carácter legal. Tal regulación, también, debe dialogar con los estándares internacionales en materia de familia y derechos de infancia y adolescencia desarrollados por el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Con ese contexto, este escrito tiene como propósito presentar la evolución de la institución del cuidado personal del niño, niña o adolescente en Chile, fundamentalmente para el caso de separación de sus padres, y a partir de una reflexión crítica

3 Sobre este tema: KEMELMAJER, A., “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino”, en GRAHAM, M. y HERRERA, M. (dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*, Buenos Aires, Infojus, 2014, 3-43.

4 Tribunal Constitucional (Chile), 16 de junio de 2015, Rol n.º 2.699-14 (cons. 4.º).

mostrar que si bien ha habido importantes mejoras en esta materia, se requieren aún ciertos avances para estar en concordancia con estándares internacionales de derechos humanos en la materia y con los cambios sociales en materia de familia.

En términos metodológicos, el trabajo se inicia con un análisis normativo en perspectiva histórica para conocer la evolución de los cambios legislativos desde la creación del Código Civil chileno hasta hoy, utilizando el método histórico-comparado. Luego, se realiza un análisis documental de sentencias recientes de tribunales de justicia chilenos dictadas en el período 2015 a 2018 con el fin de conocer el tratamiento jurisprudencial de la materia⁵. Con este propósito, se utilizó un método de análisis dogmático para así conocer el sentido jurídico de las resoluciones actuales dictadas por dichos tribunales. La jurisprudencia analizada mediante análisis de sentencias proviene de tribunales, especialmente de la Corte Suprema, que, para estos efectos, fueron entregadas por el Centro Documental de la Corte Suprema de Chile en el marco del proyecto de investigación en que se inserta este trabajo⁶. Finalmente, se realiza una reflexión crítica de la situación actual de la institución en materia del cuidado personal teniendo en consideración el nuevo paradigma del cuidado personal y el actual estado del derecho de familia, mediante el apoyo de la legislación, tratados internacionales ratificados por Chile y la doctrina.

Todo este proceso de análisis permite conocer los cambios y la evolución de esta institución, y así evaluar la situación actual desde estándares internacionales de derechos humanos, lo cual a su vez permite identificar desafíos en los ámbitos en los que debe avanzarse para dar mejor cumplimiento a estos estándares. Se pone de presente que este trabajo constituye la base para que, en una próxima etapa, se realicen investigaciones sobre juzgamiento con perspectiva de género en estas y otras materias vinculadas al derecho de familia, tomando en consideración los nuevos desafíos y, por cierto, los efectos de la pandemia producida por el covid-19 en la situación de los cuidados en el ámbito nacional, aspectos que no se consideran en este documento.

I. La evolución legislativa de la institución del cuidado personal

Como indicamos al inicio, la evolución del derecho de familia en Chile se ha materializado a través de modificaciones legislativas, o bien mediante la creación de nuevas leyes que dan cuenta de la existencia de una amplitud de su concepto. Esto

5 Se revisaron y analizaron 591 sentencias sobre cuidado personal. De ellas, 237 fueron dictadas por la Corte Suprema de Justicia, 222 por Corte de Apelaciones del país y 132 de diversos juzgados de familia. En algunos casos se hará referencia a sentencias anteriores al año 2015, con el objeto de demostrar diversas situaciones en que existían diferencias sustanciales en el trato al padre o madre a objeto de atribuir el cuidado personal. Y en otros casos se señalarán otras sentencias posteriores al período indicado.

6 Se debe dejar constancia, además, de que todas las sentencias proporcionadas por el CENDOC se presentan como casos anónimos, por tratarse de materias en que intervienen niños, niñas o adolescentes. En el caso, cuando se hacía referencia al nombre de alguna de las partes se utilizó el simbolismo “xxxx”.

se manifiesta, por ejemplo, en la actual regulación de las convivencias afectivas, según el acuerdo de unión civil creado por la ley n.º 20.830 de 2015. Por su parte, el derecho filiativo ha seguido el mismo camino, avanzando hacia una igualdad de derechos entre todos los hijos e hijas, pero además propendiendo hacia una efectiva corresponsabilidad de padres y progenitores. Ello se manifiesta en la regulación del cuidado personal, que, como veremos, ha sido sistemáticamente modificado por diversos cuerpos legales⁷.

A. La versión original en el Código de Bello de 1857

El cuidado personal está recogido en nuestro Código Civil desde su entrada en vigencia. Sólo desde una mirada normativa es importante destacar el rol de la madre y la evidente discriminación que existía con respecto del padre del hijo o hija. Así, a la entrada en vigencia del Código Civil, el artículo 222 establecía que “toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos”. Por lo tanto, en el caso de existir matrimonio, se establecía el principio de corresponsabilidad, pues el cuidado de los hijos era compartido por el padre y madre. Como a la época de entrada en vigencia del Código de Bello no existía disolución del matrimonio por divorcio, en el caso de separación entre los padres (que la ley denominaba divorcio, pero que no ponía término al matrimonio), el artículo 233 atribuía el cuidado personal de los hijos a la madre, pero con algunas características bastante particulares: le correspondía el cuidado personal de los hijos menores de cinco años, cualquiera fuera el sexo de ellos, y también le tocaba el cuidado de sus hijas menores de cualquier edad. Por su parte, de acuerdo con el artículo 224, le correspondía al padre el cuidado personal de sus hijos varones mayores de cinco años.

B. Modificación de la ley n.º 5.680 de 1935

Las reglas fueron objeto de modificación con la entrada en vigencia de la ley n.º 5.680, del 13 de septiembre de 1935. Ésta aumentó el plazo de cinco a diez años para que, en el caso en que los padres estén divorciados temporal o perpetuamente, le corresponda a la madre el cuidado personal de los hijos. De esta forma, al padre le corresponderá el cuidado personal de sus hijos varones mayores de diez años. Así, existía una expresa discriminación de carácter legal entre los padres separados para determinar a cuál de ellos le correspondía el cuidado de sus hijos, ya por razón de edad, ya por razón de sexo, según el principio “la madre con sus hijas y el padre con los hijos”. En aquella época, Claro Solar justificaba esto indicando que “En los primeros años de la niñez, el hijo necesita más los cuidados personales de la madre

7 Sobre la evolución del derecho de familia en Chile: RAMOS PAZOS, R., “Derecho de familia, ciento cincuenta años después”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n.º 219-220, 2006, 187-199.

que del padre. Desde luego, la naturaleza le impone la lactancia del hijo y el niño sigue necesitando durante algún tiempo la esmerada y constante vigilancia de que es capaz sólo la madre, ocupado como tiene que estar el padre en la atención de sus negocios fuera del hogar”⁸.

De igual forma, la discriminación se manifestaba también en otro aspecto, pues se establecía una verdadera sanción a la mujer, para el caso en que hubiera “depravación de la madre”. Lo anterior, por cuanto si bien la mujer tenía el cuidado personal de sus hijos (menores de cinco años antes de la reforma o menores de diez años después de la reforma), el Código disponía en el propio artículo 223 que, “Sin embargo, no se le confiará el cuidado de los hijos de cualquiera edad o sexo, cuando por la depravación de la madre sea de temer que se perviertan; lo que siempre se presumirá, si ha sido el adulterio de la madre lo que ha dado causa al divorcio”. En caso de “depravación” del padre, también se producía un efecto, pues el artículo 224 reglamentaba que a él le correspondía el cuidado personal de sus hijos varones (mayores de cinco años antes de la reforma o mayores de diez años después de la reforma), agregando que “salvo que, por la depravación del padre, o por otras causas de inhabilidad, prefiera el juez confiarlos a la madre”. De la lectura de ambas disposiciones se puede concluir la diferencia entre dos situaciones similares, esto es, la “depravación” del padre o de la madre. De esta manera, en el caso de la madre se establecía una verdadera presunción de derecho respecto de la “depravación” en el caso que la causa del divorcio sea el adulterio, presunción que no operaba tratándose del padre en la misma situación de hecho⁹. A todas luces, esta regla generaba una evidente discriminación de género respecto de la madre.

C. Modificación de la ley n.º 10.271 de 1952

Con la entrada en vigencia de la ley n.º 10.271, del 2 de abril de 1952, algunas de esas diferencias se atenuaron. Por una parte, se aumenta la edad a catorce años para que, en caso de divorcio o nulidad del matrimonio, el cuidado personal se atribuyera a la madre. Pero el gran avance de la reforma se da en otras dos dimensiones. En una, se establece como principio que, en caso de adulterio, ambos padres pueden quedar inhabilitados del cuidado personal. En otra, se pone fin a la presunción de derecho respecto de la depravación de la madre en el caso de haber cometido adulterio, y que daba lugar al divorcio. Así, la citada ley agregó un inciso final al artículo 223, donde estableció que “la circunstancia de haber sido el adulterio de la madre lo que ha dado causa al divorcio, deberá ser considerada por el juez como un antecedente de importancia al resolver sobre su inhabilidad”.

8 CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, vol. II, t. III, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2015, 164.

9 SOMARRIVA, M., *Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1936, 408-409.

Por su parte, también se introdujo un nuevo inciso final en el artículo 224, para indicar que “lo dicho en el inciso final del artículo precedente regirá también respecto del padre por cuyo adulterio se hubiere decretado el divorcio”. Como indicaba Somarriva en su tiempo, “El legislador de la ley n.º 10.271, de 1952 estimó que este cambio no se justificaba actualmente en que la tendencia general de las legislaciones es equiparar jurídicamente a la mujer y al hombre, y de acuerdo con esto, según vimos anteriormente, suprimió la mayoría de las diferencias legales entre el hombre y la mujer en lo relativo al adulterio. Uno de estos casos fue el de los artículos 223 y 224: la ley actual equipara al padre y a la madre en el caso de adulterio, y suprimió el carácter de presunción que él envolvía”¹⁰.

D. Modificación de la ley 19.585 de 1998

Se ha considerado que esta ley constituye uno de los más grandes avances en la regulación del derecho de filiación en Chile, fundamentalmente porque estableció la igualdad de todos los hijos o hijas, cualquiera sea su filiación, esto es, sean de filiación matrimonial o no matrimonial. Como indica Tapia, “Esta reforma intervino precisamente en los dos ámbitos principales de la filiación que se mencionaron: en su establecimiento y en la resolución de conflictos. Por una parte, terminó con las discriminaciones entre los hijos que reconocía originalmente el Código Civil (principio de igualdad) y, por otra, acentuó la protección de los hijos en los conflictos que puedan generarse entre sus padres (interés superior del hijo)”¹¹. Con ello se entendió que nuestro país cumplía con ciertos estándares internacionales, manifestados en tratados internacionales sobre derechos fundamentales, ratificados por Chile y vigentes en conformidad a lo dispuesto en el artículo 5.º de la Constitución Política de 1980. Es el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Es justamente con base en el principio del interés superior del niño, niña o adolescente, recogido en el artículo 3.º de la Convención sobre Derechos del Niño, como se establecieron ciertos cambios en materia de cuidado personal, manifestada en los siguientes aspectos.

En primer lugar, la innovación que establece la ley es la posibilidad que los padres, de común acuerdo, determinen que el cuidado personal le corresponda al padre, convenio que no se encontraba reconocido por la normativa anterior. Así, el nuevo artículo 225 inciso 2.º estableció que “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

10 SOMARRIVA, M., *Derecho de Familia*, 2.ª edición, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1963, 450-451.

11 TAPIA, M., *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, 127.

personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades”¹². Éste es un cambio de carácter sustancial, pues es una de las materias en las cuales se empieza a introducir la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia, particularmente en relación con los efectos de la filiación y, en especial, con la relación del padre o madre con sus descendientes. Pero hasta acá la reforma queda limitada, pues el acuerdo sólo se generará cuando a quien le corresponda el cuidado personal sea el padre.

Como consecuencia de lo anterior, el principio de que el cuidado personal de los hijos e hijas le corresponda a la madre se mantiene en esta ley. Por eso, el artículo 225 estableció: “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”. Por lo tanto, se mantiene el principio que, en el caso que los padres vivan separados y a falta de acuerdo en contrario, el cuidado personal le corresponde a la madre del niño, niña o adolescente. Como indica Abeliuk, “La tuición corresponde en principio a la madre, sin necesidad de ningún trámite o declaración, con lo que se evita que sea necesario para acreditar la tuición de ella algún trámite judicial”¹³. Esto se traduce en la reproducción y mantención de la ya observada institucionalización de los roles de género asignados históricamente a las mujeres en tanto madres. Aquí se sitúa una representación de los cuidados como una mezcla de amor y trabajo, con una gran carga afectiva que sólo puede ser desarrollada en marco de las relaciones familiares y que sin duda sigue siendo uno de los desafíos actuales asociados a la invisibilidad y desvalorización del trabajo de cuidados. En estas relaciones, las mujeres pueden desarrollar las labores de cuidados físicos y afectivos¹⁴, interviniendo, en esta relación, los mandatos de género que definen las expectativas y obligaciones asociadas al ser madre, abuelas y hermanas en un nivel de *familismo*. Así, se otorga la responsabilidad total de la práctica de cuidado¹⁵.

En estos cambios históricos se muestra un avance que apunta hacia un mayor reconocimiento de derechos de igualdad y no discriminación en materia de familia y cuidado personal, que hoy hace menos distinciones arbitrarias en esta materia.

12 De modo más amplio, en caso de crisis matrimonial, sea por separación de hecho, separación judicial y divorcio de común acuerdo, los cónyuges podrán determinar a cuál de ellos les corresponderá el cuidado personal. Es lo que se denomina “acuerdo completo y suficiente, reconocido por los artículos 21, 27 inc. 2.º y 55 inc. 2.º de la *Ley de Matrimonio Civil*. En virtud de este acuerdo, los cónyuges podrán regular de común acuerdo en el caso que hubiera hijos “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”.

13 ABELIUK, R., *La filiación y sus efectos*, t. 1, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, 327.

14 RIVERA, P., MUÑOZ, J., MORALES, R. y BUTENDIECK, S., *Políticas públicas para la equidad social*, Santiago de Chile, Colección de Políticas Públicas USACH, 2018.

15 BATTIYÁNY, K., GENTA, N. y SCAVINO, S., “Análisis de género de las estrategias de cuidado infantil en Uruguay”, *Cadernos de Pesquisa*, vol. 47, n.º 163, 2017, 292-319.

II. La situación actual del cuidado personal a la luz de la normativa y la jurisprudencia

El contexto actual en que se sitúa a la familia ha permitido adaptar su regulación, tanto en la forma como en el fondo. Así, se va modificando su contenido, considerando diversos factores que la justifican. Específicamente en materia de cuidado personal, aspectos tales como la igualdad entre todos los hijos e hijas, cualquiera sea su filiación, el principio del interés superior del niño, niña o adolescente, el principio de la corresponsabilidad parental, la protección al derecho a la identidad y el reconocimiento de las familias homoparentales han sido acogidos por variadas modificaciones legales que se han recogido y adoptado en sentencias de los tribunales de justicia chilenos. En aspectos formales, la nueva realidad familiar ha permitido establecer una judicatura especializada a través del establecimiento de los tribunales de familia creados en 2005. Esto otorga herramientas a sus jueces y juezas que les permiten ponderar la prueba allegada al proceso con mayor libertad, limitados por la sana crítica, justificando sus decisiones muchas veces con base en los principios de fondo señalados.

A continuación se analizarán algunos aspectos relativos al cuidado personal de niño, niña o adolescente a la luz de las últimas modificaciones legales. Estas modificaciones se han fundado también en el derecho internacional de los derechos humanos, han considerado algunos aspectos de derecho comparado y las decisiones que al respecto han fallado tribunales de justicia nacionales.

A. El principio de corresponsabilidad

Como se indicó, la evolución legislativa en materia de cuidado personal ha ido evolucionando, transitando desde el cuidado personal exclusivo o preferente de la madre, en caso de separación con el padre, hacia uno distinto, fundado en el principio de corresponsabilidad. El reconocimiento que sobre esta materia ha hecho el legislador se funda también en estándares del derecho internacional de los derechos humanos, fundamentalmente en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como el artículo 9.º de la Convención sobre Derechos del Niño. Éste dispone que “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

Por esta razón, las reglas sobre el cuidado personal han avanzado hacia una corresponsabilidad efectiva entre padre y madre, lo cual ha sido posible con la entrada

en vigencia de la ley n.º 20.680¹⁶. Como expresión de ello, el artículo 224 establece que “Éste se basa 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”. Lo anterior ha sido reafirmado por la Corte Suprema: “El artículo 224 del Código Civil establece que corresponde a los padres o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos. Dicho concepto alude a un deber genérico, comprensivo de todos aquellos que corresponden a los padres respecto de sus hijos, responsabilidades que derivan precisamente de la filiación y que deben cumplirse teniendo como preocupación fundamental el interés superior del hijo, de conformidad a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 222 del Código Civil”¹⁷.

Incluso, con la entrada en vigencia de la ley citada ha quedado más precisa la aplicación de este principio. Así, la Corte Suprema ha señalado que “nuestro Código Civil, luego de las reformas incorporadas por medio de la ley n.º 20.680, publicada el 21 de junio de 2013, establece un sistema de radicación legal del cuidado personal de los hijos, que se sustenta sobre la base de dos principios fundamentales, por un lado, el interés superior del niño, ya reconocido en este ámbito con las modificaciones introducidas por medio de la ley n.º 19.585, y el principio de la corresponsabilidad, en virtud del cual, ambos padres, vivan juntos o separados, deben participar en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos. Así fluye del artículo 223 del cuerpo legal en comentario”¹⁸. En otra sentencia, la Corte Suprema también recurrió al principio de corresponsabilidad para conferir el cuidado personal al padre en desmedro de la madre, sosteniendo que “sin embargo, según se advierte de los términos del inciso 1.º del artículo 224 del Código Civil, es el principio de la corresponsabilidad el que prima en el tema de que se trata, que apunta a la distribución de responsabilidades o al ejercicio mancomunado del cuidado personal, crianza y educación de los hijos, esto es, que insta a que ambos padres se comprometan y participen en forma activa, equitativa y permanente en dichas actividades aunque no haya vida en común, para procurar su mayor realización espiritual y material posi-

16 Sobre este principio: LATHROP, F., “La corresponsabilidad parental”, en PIZARRO, C. (coord.), *Estudios de Derecho Civil iv. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2009, 207-232.

17 Corte Suprema, 24 de junio de 2010, Rol n.º 608-2010, Considerando 4.º. La Ley n.º 20.680 en todo caso, modificó el orden de la regla del artículo 222 y en su inciso 1.º señaló que “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”. En todo caso, este principio se puede reflejar en otras disposiciones legales como la ley n.º 19.620 sobre adopción, en su artículo 1; la ley n.º 19.947 de matrimonio civil, en su artículo 3; la ley n.º 19.968 sobre Tribunales de Familia, artículo 16. Sobre la legislación que ha ido incorporando el principio del interés superior del niño, niña o adolescente, se puede revisar: GÓMEZ DE LA TORRE, M., “El nuevo derecho de la niñez”, en Fundación Fernando Fueyo Laneri (eds.), *Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, 436-440.

18 Corte Suprema, 13 de abril de 2016, Rol n.º 36.584-2015.

ble, por ende, tiene el carácter de principio informador en lo tocante a la crianza de la prole; surgiendo, como contrapartida, el derecho correlativo de los hijos e hijas a que sus progenitores velen por su desarrollo y bienestar. Entonces, como las argumentaciones de la parte demandada no tienen cabida en la actual normativa, y de la lectura de la sentencia impugnada se advierte que no es efectivo que la decisión se adoptó sin respetar el principio del interés superior del niño, niña o adolescente, pues para determinar a quién correspondía atribuir el cuidado personal del [niño, niña o adolescente] en cuestión se consideraron los criterios y circunstancias que establece el artículo 225-2 del Código Civil, arribándose a la conclusión [de] que es el padre quien, por sus características personales, mejor garantizaría su desarrollo pleno en todos los aspectos de su personalidad, se ha de concluir que el recurso no puede prosperar y debe ser rechazado”¹⁹.

B. El cuidado personal compartido

Se trata de una de las grandes novedades introducidas por la ley n.º 20.680 y que se define en el artículo 225 inciso 2.º 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”. Como indica Lathrop, “Entre los principios que han inspirado la instauración de la custodia alternada o sucesiva, se encuentra el de la igualdad entre hombre y mujer, la corresponsabilidad parental y el derecho del niño a mantener contacto con sus dos progenitores no obstante la situación de ruptura conyugal o de pareja”²⁰. Lo anterior encuentra también su fundamento en variados tratados internacionales sobre derechos humanos, como el artículo 17 n.º 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos²¹; el artículo 18 de la Convención sobre Derechos del Niño²²; el artículo 16 letra d de la Convención sobre la eliminación de todas las

19 Corte Suprema, 12 de julio de 2017, Rol n.º 9.226-17, cons. 3.º.

20 LATHROP, F., “La custodia alternada o sucesiva de los hijos”, en *Estudios de Derecho Privado, Libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, 461.

21 Que establece que “Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”.

22 La norma indica que “1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados Partes

formas de discriminación en contra de la mujer²³. En el derecho comparado el principio de corresponsabilidad incluye la regulación del cuidado personal compartido, como base de todo el sistema de la regulación del cuidado personal. Por ejemplo, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina lo reconoció expresamente en el artículo 666, que dispone: “En el caso de cuidado personal compartido, si ambos progenitores cuentan con recursos equivalentes, cada uno debe hacerse cargo de la manutención cuando el hijo permanece bajo su cuidado; si los recursos de los progenitores no son equivalentes, aquel que cuenta con mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares. Los gastos comunes deben ser solventados por ambos progenitores [...]”²⁴.

Pero la dificultad que se aprecia en la normativa es que este régimen de cuidado compartido requiere acuerdo de ambos padres, en caso de que vivan separados, según se desprende del artículo 225 inciso 1.º del Código Civil: “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”. Por su parte, el inciso 3.º de la misma regla indica: “A falta de acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo”. Por lo tanto, el sistema de cuidado compartido, en la forma en que está

adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”.

23 Dicha regla señala: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”.

24 El sistema de cuidado personal compartido se va reconociendo en los diferentes sistemas jurídicos, por una serie de ventajas que a priori tiene. Como Indica Iglesias: “Analizando las ventajas de este sistema, los autores coinciden en señalar dos aspectos fundamentales: En primer lugar, que se cultiva el principio de igualdad entre los cónyuges, ya que se garantiza que los hijos puedan disfrutar de ambos de forma similar, lo cual se acerca a la convivencia anterior a la ruptura. Esto, a la postre, va a ser menos traumático para los menores, a la par que a los progenitores se les va a garantizar seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones, participar de forma igualitaria en el crecimiento de los hijos, equiparando a ambos en cuanto a su tiempo libre para su vida personal y profesional y se van asimismo a prevenir dinámicas de dependencia en su relación con los hijos. Además, se va a producir una asignación equitativa y compartida de los gastos. Al compartir las cargas, los progenitores suelen adoptar una visión de conjunto con respecto a la educación o el desarrollo de los hijos, y se evitarán muchas disputas con respecto al pago o no de pensiones. Y segundo, que se impulsa el diálogo entre los progenitores. Como los padres han de cooperar, se favorece el que se llegue a acuerdos; ya no existe la dinámica de perdedor-ganador, al no cuestionar la idoneidad de ninguno de los progenitores, y a la larga descubren que, fomentando su actitud cordial con el otro progenitor, no perderán el contacto con los hijos en los tiempos que no están con ellos. Como se comparte lo bueno y lo malo de la convivencia con los hijos, se va a condicionar el futuro desarrollo de la relación, con lo que se va a conseguir cierta normalidad y estabilidad”. IGLESIAS, C., *La guarda y custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 119-120.

establecido en Chile, requiere una nueva mirada, pues a falta de acuerdo, y de la sola lectura del texto, impide la judicialización y litigiosidad sobre esta materia, toda vez que la ley radica el cuidado personal en el padre o madre con quien estén conviviendo, con lo cual es muy probable que se mantenga el cuidado personal radicado en la madre. Esto ya ha sido constatado en algunas investigaciones comparadas, que han regulado la custodia compartida. Por ejemplo, en un estudio empírico realizado en los juzgados de familia de Barcelona, del 2014, sobre un total de 264 sentencias que otorgaron el cuidado personal, se encontró que en 33 casos se confirió la custodia compartida; en 17, se le confirió al padre; y, finalmente, en 214 se atribuyó el cuidado exclusivo a la madre²⁵. De ahí que en este estudio las investigadoras y el investigador concluyen que “La custodia exclusiva de la madre encarna en las relaciones familiares la estructura de la desigualdad de género en diversas dimensiones, pues en este tipo de custodia confluyen las desigualdades en el ejercicio de la maternidad y la paternidad en el tiempo de cuidado, en la conciliación entre trabajo y familia y en los gastos de los niños. Hay una descompensación entre padre y madre por la naturaleza de las responsabilidades parentales y por la textura de los períodos temporales. El padre vive de forma sincrónica –al mismo tiempo– los tiempos festivos y de vacaciones de los hijos y los suyos propios. La madre, en cambio, tiene que hacer muchos más equilibrios para compaginar su vida laboral con su dedicación a los hijos y su realización personal, porque lleva la mayor carga de tiempo de cuidado de los hijos, tanto en los días de escuela como en los días laborales que coinciden con vacaciones escolares”²⁶. Se trata entonces de un desafío pendiente, por cuanto, de no llegar a un acuerdo entre los padres sobre el cuidado compartido, los pleitos seguirán versando sobre la atribución del cuidado personal exclusivo del padre o de la madre, regulándose conjuntamente, en el caso de solicitarse, el régimen comunicacional que tendrá aquel a quien no se le atribuya el cuidado personal.

C. El cuidado personal ejercido por uno de los padres

En el caso en que no haya acuerdo entre los padres, para determinar a cuál de ellos le corresponde el cuidado personal, individual o compartido, la ley establece que le corresponderá al padre o madre con quien estén conviviendo (art. 225 inc. 3.º). Entonces la ley ya no establece como regla residual que el cuidado personal lo tenga la madre, sino que, en caso de separación, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo, lo cual fue la base de la modificación introducida por la ley n.º 20.680. Ya en la presentación del proyecto, las diputadas y los diputados patrocinadores expresaron: “Estimamos que este derecho

25 Esta y otra importante información estadística se puede revisar en SOLSONA, M., AJENJO, M., BRULLET, C. y GÓMEZ-CASILLAS, A., *La custodia compartida en los tribunales ¿Pacto de pareja? ¿Equidad de género?*, Barcelona, Icaria, 2020, 228.

26 SOLSONA *et al.*, *La custodia compartida en los tribunales...*, cit., 177.

infantil debe ejercerse aunque los padres no vivan bajo el mismo techo, los que deberán en este caso cumplir todas sus responsabilidades morales, afectivas, formativas y pecuniarias hacia el hijo o hija, procurándole además el ambiente afectivo adecuado para su crecimiento”²⁷, lo cual, además, nuevamente es coherente con los tratados internacionales sobre derechos humanos a los cuales hemos hecho referencia.

Ello es de suma relevancia, por cuanto con anterioridad a la reforma, como ya se ha indicado, en caso de que los padres estuvieran separados, tocaba a la madre el cuidado personal de los hijos e hijas. Esta regla fue objeto de diversas críticas, se llegó incluso a reclamar su inconstitucionalidad, pues se afectaba el principio de igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 19 n.º 2 de la Constitución Política de 1980, así como diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes²⁸. Incluso en alguna sentencia se justificaba el cuidado personal en la madre por su rol de género. Ello ocurrió con una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que revocó una decisión de primera instancia, acogiendo la demanda de cuidado personal, señalando que “el fallo de primera instancia concluye que por razones de conveniencia del menor es preferible que éste continúe a cargo de su padre. Sin embargo, tal decisión altera el orden natural de las cosas, que está perfectamente reconocido en nuestro ordenamiento jurídico de familia en cuanto a que la crianza de los hijos en caso de separación de los padres, corresponde a la madre”. En ese sentido, el voto disidente indica que “no es posible aplicar automáticamente la ley, que privilegia a la madre, por sobre otras circunstancias que forman parte de los factores que influyen en el desarrollo del menor, los que de acuerdo al mérito de autos, los entregaría al padre”. Lo anterior también lo funda en el interés superior del niño²⁹.

En otra ocasión se alegó el cuidado personal de la madre, por su rol de mujer. Así, en una causa conocida por la Corte Suprema –más que en la propia sentencia–, una de las alegaciones efectuadas por la parte recurrente señaló: “los sentenciadores del mérito, al rechazar la demanda, variaron la radicación legal del cuidado personal de la niña en su madre, sin cumplir con los requisitos que la ley prescribe para ello, indicando mediante la cita de ejemplos jurisprudenciales, que para variar la norma general en esta materia, es menester un examen restrictivo de la preceptiva legal y demostrar el indispensable interés del niño, añadiendo que al corresponderle a la ma-

27 Cámara de Diputados (Chile), “Moción Parlamentaria de Proyecto de Ley 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”, Valparaíso, Biblioteca del Congreso Nacional, 2008, 3, disponible en https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/4280/HLD_4280_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf [consultado el 23 de noviembre de 2020].

28 Véase LATHROP, F., “(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno”, *Ius et Praxis*, año 16, n.º 2, 2010, 147-184. A la misma conclusión llegaba GÓMEZ DE LA TORRE, “El nuevo derecho de la niñez”, cit., 447. En contra, RODRÍGUEZ, M. S., “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, n.º 3, 2009, 562.

29 Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de enero de 2013, Rol n.º 2190-2012.

dre, por razones históricas y de naturaleza, el cuidado de los hijos, cualquier decisión opuesta debe asilarse en su inhabilidad”³⁰. Entonces, la reforma se encuentra plenamente justificada, pues, tal como indica Etcheberry, era necesario efectuarla “en primer lugar porque nuestra legislación discriminaba al padre en la institución del cuidado personal y sin una razón determinada le daba a la madre el cuidado personal en caso de vivir separados; claramente no se respetaba el principio de igualdad ante la ley y había un trato discriminatorio ya que el solo sexo no es un factor para hacer distinción alguna”³¹. Esto último ya ha sido considerado por la Corte Suprema, que ha resuelto que “es correcta la decisión que los sentenciadores del fondo adoptaron de conformidad a lo dispuesto en el artículo 225 del Código Civil, en cuanto que corresponde atribuir el cuidado personal al padre pues el niño hace más de un año que convive con él, quien con el correr del tiempo ha desplegado una serie de acciones tendientes a mejorar la calidad de vida de su hijo y a satisfacer la mayor parte de sus necesidades, asumiendo el costo de forma privativa, involucrándose personalmente en su crianza y educación; y porque esa decisión se traduce en la regulación jurídica de una situación de hecho que es beneficiosa para el niño, y pone término a la incertidumbre que genera una medida proteccional que es esencialmente provisional, otorgándole con ello la estabilidad que requiere para su pleno desarrollo”³².

D. La atribución judicial del cuidado personal a uno de los padres por inhabilidad del otro

Cuando las circunstancias lo requieran, y el interés superior de los hijos lo hagan conveniente, será el juez quien podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o bien radicarlo en uno de ellos, si existiere cuidado compartido. Por lo tanto, el cuidado personal debe proteger los intereses de los niños, niñas y adolescentes. Este ha sido uno de los principios rectores del derecho de familia y ha influido en las decisiones legislativas, adaptando nuestra legislación a los tratados de derechos humanos que lo consagran, como el artículo 3.º de la Convención sobre Derechos del Niño, que establece 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. Por ello, el Código Civil lo establece como un principio fundamental, al establecer en el artículo 222 inciso 1.º que “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

30 Corte Suprema, 16 de marzo de 2016, Rol n.º 17033-2015.

31 ETCHEBERRY, L., “Análisis crítico de la Ley n.º 20.680”, en TURNER, S., y VARAS, J. A. (coords.), *Estudios de Derecho Civil IX*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, Legal Publishing, 2014, 63.

32 Corte Suprema, 27 de mayo de 2015, Rol n.º 29.566-14.

conforme a la evolución de sus facultades”. Pero, además, es uno de los principios fundamentales de nuestra judicatura especializada de familia. Así, el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia indica: “Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”. Sobre este principio, en materia de cuidado personal, la Corte Suprema ha indicado que “El cuidado personal, entendido como el derecho de los padres a tener a sus hijos en su compañía o el derecho de los padres a la crianza, educación y establecimiento del menor de edad, o por lo menos una educación básica, un oficio de profesión al hijo. Tuición que no está concebida para que los padres puedan disfrutarla egoísta y arbitrariamente, sino que más bien, como el derecho del niño para que a través de ella se le brinde cuidado y protección en la forma más conveniente para su salud física y psicológica. Así, en estos casos, debe atenderse más que a la posición de los padres, a la de los hijos”³³. Por esa razón se ha fallado también que en el caso en que los padres vivan separados y, aun cuando uno de los padres tenga mejor situación económica, debe prevalecer el interés superior de los niños y niñas³⁴.

Pero en general no existe un criterio uniforme de atribución del cuidado personal por parte de nuestros tribunales. Del estudio que hemos realizado mediante el análisis de diversas sentencias entre los años 2015 y 2018^[35] no es posible extraer un principio general de la forma como los tribunales de justicia están resolviendo las cuestiones de cuidado personal, y conferirlo a la madre o bien al padre, para el caso

33 Corte Suprema, 4 de octubre de 2010, Rol n.º 5303-2010; Corte Suprema, 13 de octubre de 2020, Rol n.º 21.299; Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de mayo de 2020, Rol n.º 3195-2019; Corte Suprema, 28 de noviembre de 2019, Rol n.º 31.249; Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de agosto de 2020, Rol n.º 377-2020; Corte de Apelaciones de Talca, 23 de abril de 2019, Rol n.º 422-2018.

34 Por ejemplo, en causa ventilada ante la Corte de Apelaciones de Coyhaique, en los hechos, ambos padres se encontraban habilitados para tener el cuidado personal del hijo. La sentencia de primera instancia atribuyó el cuidado personal al padre, pues consideraba el tribunal que es quien puede dar una mayor estabilidad al menor. Incluso el fallo sugiere que la madre debe someterse a un tratamiento psicológico, lo cual incluso recoge el fallo de la Corte de Apelaciones, que, sin embargo, revoca la sentencia, otorgando el cuidado personal a la madre, fundándose incluso en la norma antigua, que atribuía el cuidado personal a ella, en forma residual, a falta de acuerdo de los padres. Así, se confiere el cuidado personal a la madre y se justifica así: “humanamente no es posible desatender las circunstancias en que no obstante presentar el padre una mejor situación económica que la madre, la que en ningún caso es precaria, sea suficiente para hacer primar el principio del interés superior en favor del padre, más aún si se tiene presente que la madre doña xxxx, ha bregado, fuertemente, para conservar el cuidado de su hijo, xxxx, incluso trasladando su domicilio de una ciudad a otra, lo que por sí solo es revelador de un cariño y afán protector insustituible, que por lo mismo permite a esta Corte que esos elementos propios de la intimidad de una madre hacia su hijo le permitirán ocuparse convenientemente del cuidado personal de xxxx, por todo lo cual, esta Corte decidirá en consecuencia”. Corte de Apelaciones de Coyhaique, 26 de mayo de 2016, Rol n.º 6-2016.

35 Véase nota 5.

de separación entre ellos a falta de acuerdo. Por ejemplo, en un caso, no obstante estar ambos padres habilitados para ejercer el cuidado personal, la atribución a la madre o al padre se basa en la aplicación del principio protector del interés superior del niño, niña o adolescente, reconocido también por nuestra legislación civil en el artículo 222 del Código Civil. Ello implica que se prescinda de la regla residual que otorga el cuidado personal a aquel de los hijos que viva con su padre o madre en caso de separación, atribuyéndose al otro. Así, en un caso en que el cuidado personal lo ejercía el padre, por acuerdo con la madre, y por razones de trabajo el primero fue trasladado a otra ciudad, los tribunales confirieron el cuidado personal a la madre, en virtud del principio del interés superior del niño, indicándose: “Que, de la lectura del recurso, se advierte, en primer lugar, que se construye contra los hechos del proceso, establecidos por los sentenciadores del grado e intenta variarlos, proponiendo otros que, a juicio del recurrente, estarían probados, lo que se evidencia al expresar que se ‘acreditaron’ los beneficios que reporta para [el niño, niña o adolescente] su traslado a la ciudad de Santiago y las razones de tipo laborales de dicho cambio y, que por el contrario, la actora no ‘probó’ su defensa. Alegaciones que son contrarias a lo resuelto por los jueces de la instancia quienes estimaron, que el traslado del niño afectó su interés superior, puesto que no pudo conservar el régimen comunicacional que sus padres, en su oportunidad, pactaron en su favor y por el cual se relacionaba diariamente con su madre; de forma tal que así entablado el recurso, éste carece de los fundamentos fácticos que integren las causales sustantivas de nulidad que invoca, y sobre los que este tribunal pueda conocer y resolver, razón por la cual, al carecer de fundamentos acordes con la naturaleza del arbitrio impetrado, este debe ser desestimado”³⁶. En otras situaciones, se ha conferido el cuidado personal

36 Corte Suprema, 14 de julio de 2015, Rol n.º 23.113-14. Esta sentencia en todo caso, tiene dos votos de minoría que estaban por mantener el cuidado personal a favor del padre. Así, en el considerando séptimo se señaló que “en la especie, se estableció la igualdad de condiciones de los padres para ejercer el cuidado de su hijo, por lo que para discernir sobre quien debía ejercerlo, los jueces del grado señalaron que harían aplicación del interés superior del niño, sin embargo, en su decisión no se explicitaron las razones del porqué, en este contexto fáctico, prefieren entregar dicho cuidado a la madre, limitándose a indicar que el progenitor ha cometido una “grave falta” al no permitirle a xxxx un contacto cotidiano con su madre, haciendo presente las dificultades de los viajes que para la demandante resulta viajar de Puerto Montt a Santiago y, que en la actualidad, ella cuenta con la estabilidad laboral y económica, para hacerse cargo de su hijo. Fundamentos todos que se relacionan más bien con la actora, salvo el primero, que se refiere al régimen comunicacional, lo que unido a la igualdad de los padres para ejercer el cuidado personal de sus hijos y, en especial, el bienestar del niño, el que de acuerdo a los hechos establecidos en el fallo y señalados precedentemente, se transforma en precario y desconectado de los hechos del proceso, puesto que acoger la demanda, significa que el niño sería desarraigado del hogar en el que ha permanecido por dos años a la fecha, donde se ha desarrollado –como indica el fallo impugnado–, tanto intelectual como emocionalmente de manera sana y feliz; desconocer su deseo, manifestado en la audiencia reservada e informes periciales, de permanecer junto a su padre y que el régimen comunicacional con su madre se ha mantenido, sólo que ahora de forma distinta, sin que se haya evidenciado con ello –según los hechos de la causa–, afectación alguna para él con esta nueva modalidad, lo que se destaca porque no se debe perder de vista que es el niño a quien el Derecho de Familia, en estos juicios, pretende proteger”. Y más adelante se indicó en el considerando noveno se señaló que “en cuanto al fondo, cabe agre-

al padre, haciendo la misma salvedad que ambos progenitores estaban habilitados para tener el cuidado personal de sus hijos, pero tomando en consideración ahora la edad del menor, en virtud del llamado “principio de la autonomía progresiva del menor”. Por ello, en una sentencia de la Corte Suprema se estableció: “Que además, conforme se expone en la sentencia recurrida, consideraron los sentenciadores, que frente a la disyuntiva de decidir el fondo del asunto, debía recurrirse al principio de la autonomía progresiva del niño, quien con once años de edad, está habilitado para expresar su voluntad, como lo ha hecho” (cons. 3.º). Y agrega que “para los efectos de analizar el presente recurso, útil es señalar que el proceso en el cual recae, se inició mediante demanda por la cual el demandante solicita se le otorgue el cuidado personal del hijo menor de las partes, dándose por acreditados en la causa, en lo pertinente, dos circunstancias fácticas relevantes, por un lado, se establece que tanto el padre como la madre poseen la habilidad y aptitud para hacerse cargo del cuidado del niño, no observándose impedimentos para que alguno de ellos lo ejerza. Además, y por otro lado, se acreditó que el niño siente mayor cercanía con la figura paterna, manifestando su deseo de vivir con el padre, en la ciudad de Puerto Montt, donde además tiene vínculos de amistad y apego” (cons. 5.º)³⁷.

Esta falta de uniformidad puede deberse a que la regla residual por la cual el niño, niña o adolescente permanece con el padre o la madre con quien vive de cierta forma ancla un principio que es muy difícil de soslayar, pues el otro padre o madre tendría que probar que quien ejerce el cuidado personal se encuentra inhabilitado para ello. Y será en tales casos donde el tribunal atribuirá dicho cuidado, sea que la acción la ejerza uno de los padres o bien cuando sea planteada por un tercero, en los casos del artículo 226 del Código Civil, según se dirá³⁸. Sin embargo, un análi-

gar, que el interés superior del niño, como principio fundamental e inspirador de nuestro ordenamiento jurídico, de relevancia transversal en la legislación de familia, cuyo contenido se concreta en el caso específico, y el mismo, como lo ha señalado reiteradamente esta Corte, alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, buscando a través del mismo, asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de aquéllos y posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad. En la especie, el referido interés se relaciona con dos aspectos, por un lado, con el permitir que xxxx se desarrolle dentro de un entorno conocido y aceptado por él y, por otro –muy ligado a lo anterior–, se refiere al respeto de su autonomía progresiva que se tradujo en que manifestó su voluntad de quedarse con su padre”. Finalmente, en el considerando décimo cuarto indicaron “Que, sin perjuicio de lo anterior, procede destacar que la corresponsabilidad de los padres en la educación y formación de los hijos importa un vínculo de cada progenitor y en conjunto, ambos, con su hijo, situación que no es posible resolver por los jueces de la instancia sustentado en una sanción al padre, competencia que no le está asignada a los magistrados quienes deben tener siempre presente el interés superior del niño, no otros aspectos secundarios o consideraciones emocionales personales”. En el mismo sentido, Corte Suprema, 18 de diciembre de 2017, Rol n.º 41.871-2017.

37 Corte Suprema, 15 de abril de 2015, Rol n.º 1656-15.

38 Así por ejemplo, la Corte Suprema en sentencia de 13 de octubre de 2016, Rol n.º 55.304-2016, atribuyó el cuidado personal al padre y no a la abuela del menor, resolviendo que “sobre la base de los hechos reseñados, los jueces del grado concluyeron rechazar la demanda principal al no haberse acreditado alguna causal de inhabilitación del padre, sea física o moral, ni descuido o maltrato u otra causa calificada para ejercer el cuidado personal de su hijo, teniendo en consideración las reglas con-

sis de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema denominado “Descripción de casos de cuidado personal terminados por mediación, conciliación y sentencia”, que revisó las causas de tribunales con competencia en familia en materia de cuidado personal durante el año 2018, realizó un estudio estadístico a partir de una muestra representativa por tipo de término de la disputa, sea por mediación, conciliación y sentencia. Así, de los 284 asuntos que terminaron por mediación, en aquellas cuya acta se aprobó judicialmente, el 54,4% de los cuidados personales se atribuyeron a la madre, el 25,4% al padre y el resto a otras personas. De las causas que terminaron por conciliación en audiencia, la situación es distinta, pues en un 36,6% de los casos se atribuyó el cuidado personal al padre, el 29,3% a la madre, mientras que en los casos restantes se confirió a otras personas. Finalmente, en las causas que terminaron por sentencia definitiva, en un 27,2% se atribuyó el cuidado personal a la madre, en el 21,9% al padre, y lo que es muy relevante, en el 26% se atribuyó a la abuela del o la menor³⁹. Por ello, entonces, hoy día el cuidado personal se debe analizar no sólo desde el prisma de la madre o del padre, sino también de otras personas interesadas en ejercer este derecho, según se verá.

E. El cuidado personal ejercido por personas distintas a los padres

Tomando en consideración el principio del interés superior del niño, niña o adolescente, nuestra legislación permite expresamente que personas diferentes de los padres puedan tener el cuidado personal del niño, niña o adolescente, pero sólo en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres. Así, el artículo 226 establece que “Podrá el juez, en 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. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda”. De tanta relevancia es la consideración al principio del interés superior del niño o niña, que incluso en ciertos casos, estando habilitada la madre para ostentar el cuidado personal, éste le fue conferido una persona distinta de los padres. En ese sentido, la Corte Suprema, al otorgar el cuidado personal a una tía de la niña, indicó que “sobre la base de los hechos así establecidos, los jueces del fondo estimaron que si bien existe un obvio beneficio en la intensificación de la relación entre la niña y su madre, en la especie no resulta suficientemente bue-

templadas en los artículos 224 y 226 del Código Civil, de las que se concluye que, ante la ausencia de uno de los padres, se debe otorgar el cuidado personal al padre o madre sobreviviente, regla que solo puede alterarse si se acreditan situaciones de hecho que permitan configurar la existencia de alguna inhabilidad de las referidas, lo que no resultó acreditado”.

39 <http://decs.pjud.cl/articulo-descripcion-de-casos-de-cuidado-personal-terminados-por-mediacion-conciliacion-y-sentencia/> [consultado el 28 de marzo de 2021].

no para la niña, atendido el hecho que la tía paterna se ha convertido en su referente materno más cercano y dado el vínculo estrecho que ha formado con su primo, resulta de mayor beneficio para su interés superior, que su cuidado personal lo mantenga la tía paterna, doña xxxx⁴⁰. A la misma conclusión llegó nuestro máximo tribunal en otro caso en el cual, estando habilitado el padre para ostentar el cuidado personal, éste le fue conferido al tío materno⁴¹. En la mayoría de los casos, el cuidado se ha atribuido a los abuelos o abuelas de personas menores. Por ejemplo, en un caso en que el niño, niña o adolescente había vivido desde su nacimiento con su abuela y, estando el padre habilitado para tener el cuidado personal, la Corte de Apelaciones de Arica radicó el cuidado personal en la abuela. Esto se fundó en el interés superior indicándose que “el cuidado personal ejercido, de hecho, por la abuela materna, ejerciendo de manera adecuada el rol parental del niño desde su nacimiento, permite concluir la conveniencia de mantener dicha situación, en manifiesto interés superior del impúber, pues aquello permitirá encontrarse en posición de ejercer en su propio desarrollo y beneficio la mayor cantidad de derechos, velándose en el presente caso, por su interés superior, razón por la cual se rechazará la apelación [...]”⁴².

40 Corte Suprema, 16 de marzo de 2016, Rol n.º 17.033-2015 (cons. 4.º).

41 Corte Suprema, 20 de mayo de 2015, Rol n.º 22.616-2014. En todo caso, en esta misma sentencia hubo dos votos de minoría que le dieron un matiz diferente al principio del interés superior del niño, niña o adolescente. Así, estos votos indicaron: “Que lo señalado se relaciona con el “interés superior del niño”, principio fundamental que debe inspirar a las autoridades en todas las decisiones que adopten concernientes a los niños, niñas y adolescentes, que se concreta en la especie, con el derecho de todo niño a vivir, en primer lugar, con sus progenitores, quienes deben brindarle, dentro de sus condiciones, el mejor desarrollo emocional y material posible, lo que además, se relaciona directamente con el resguardo del derecho a la identidad de toda persona”.

42 Corte de Apelaciones de Arica, 25 de junio de 2016, Rol n.º 44-2016. En otra sentencia de la Corte Suprema, se confirió el cuidado personal a los abuelos, pero ahora en desmedro de la madre, indicándose que “Imposible, pues, prescindir del enmarcamiento fáctico-jurídico de un ambiente en el que la fuerza de los hechos ‘empuja’ al derecho a una regulación particular donde se hace difícil poner la línea divisoria entre lo uno –ser/realidad– y lo otro –deber ser/normatividad–. Por ello importa destacar cómo la sentencia procura poner cada cosa en su mérito y lugar, cual piezas del ansiado puzle. Así, establece que los niños se encuentran en un ambiente de estabilidad junto a los abuelos, que asegura el adecuado desarrollo de ambos; adicionalmente, que la madre cuenta con un régimen de relación directa y regular libre, que le permite mantener contacto permanente con sus hijos; que la muerte del progenitor hace que requieran de una firme red de apoyo y estabilidad; que media un fuerte lazo afectivo entre los niños y sus abuelos paternos, al haber transcurrido gran parte de sus días bajo su cuidado; que una eventual relación personal y directa con la madre augura una incierta situación emocional para los críos; y que, entonces, no se divisa la conveniencia de interrumpir el régimen en vigor (cons. 9)”. Y más adelante indica que “La hipotética conculcación del artículo 16 de la Ley 19.968, en relación con el 9 de la Convención de los Derechos del Niño, gira, como se adelantó, en torno a la incidencia del hecho de la partida del progenitor de los niños, tema que la sentencia en examen abordó, al explicitar la conciencia de los juzgadores en orden al duelo por el que pasaban los niños, la madre y los abuelos paternos; en ese contexto, hacen saber que mientras la actora coarta en sus hijos la espontánea manifestación del dolor –llanto–, los demandados dejan fluir el pesar común, lo que parece más adecuado de cara a la libre expresión de las emociones. Empero y al mismo tiempo advierten que ello no pugna con la imagen materna que la recurrente está empeñada en construir ante sus niños, así como la relación directa y regular que mantienen permanentemente. No se vislumbra infracción al axioma del interés superior de los niños, pues se ha procurado conservar un estado de cosas beneficioso para ellos, en un proceso que involucra, relevantemente, a

Respecto de los terceros a los cuales se les puede conferir el cuidado personal en caso de inhabilidad física o moral de los padres, la ley en general no estableció inhabilidades. El límite está dado por el interés superior del niño, niña o adolescente⁴³. Por esa razón la identidad sexual de una tercera persona no puede ser considerada una inhabilidad para que pueda ejercer el cuidado personal. Así lo afirmó la Corte de Apelaciones de Santiago, indicando que “atribuirle a la opción sexual del tío, una dificultad para el desarrollo del menor que puede ser superada en forma mucho más positiva bajo el alero de una familia entendida bajo el concepto tradicional, resulta una apreciación subjetiva que significa imponer a la familia extendida una sanción innominada y al margen de la ley, amén de discriminatoria. Que, así las cosas, no quedan suficientemente acreditadas las causales en que se funda la solicitud de susceptibilidad de adopción y por el contrario, cabe considerar que en la familia de origen existe una persona capaz e idónea para asumir el cuidado personal del menor”⁴⁴.

Según lo constatado del análisis de la jurisprudencia citada, en caso de inhabilidad de los padres el cuidado personal ha sido demandado y se ha otorgado a los abuelos de los menores⁴⁵, quienes tienen la preferencia para ejercer el cuidado personal, según se indica en el artículo 226, inciso 2.º, ya enunciado.

la mamá xxxx, a la abuela xxxx y al abuelo xxxx, todos involucrados en el desarrollo de aquéllos. El artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño tampoco es absoluto: ‘Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando...’; es el estadio de la excepción el que aquí se encuentra en juego, con una modalidad que, en rigor de verdad, no importa la separación que la guía internacional desdeña, dado que madre e hijos conservan una relación directa asaz fluida, por mientras un cambio de circunstancias no impela a una alteración del *statu quo* (cons. 12)”. Corte Suprema, 19 de julio de 2017, Rol n.º 12.224-1017. También la Corte Suprema, 14 de febrero de 2018, Rol n.º 38.815-2017.

43 Y la importancia que tiene el atribuir el cuidado personal a alguna de estas terceras personas radica en que en caso que se estimen inhabilitadas, pudiera estimarse una situación de susceptibilidad de adopción del *MMA*, fundado precisamente en el principio del interés superior, como se ha fallado en algunas causas: Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de julio de 2020, Rol n.º 3898-2019; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 23 de junio de 2020, Rol n.º 5-2020.

44 Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de julio de 2010, Rol n.º 2444-2009.

45 Incluso la ley n.º 20.680, del 21 de junio de 2013, incorporó un artículo (el 229-2) que se encargó de reconocer el derecho de los abuelos a mantener una relación directa y regular con sus nietos y nietas. La norma indica que “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 atendiendo el interés del hijo, en conformidad a los criterios del artículo 229”. Sobre este tema: PINOCHET, R., “La relación directa y regular de abuelos y nietos en el ordenamiento jurídico chileno”, en Departamento de Derecho Privado, Universidad de Concepción (coords.), *Estudios de Derecho Civil v*, Santiago de Chile, Thomson Reuters - Legal Publishing, 2010, 331-336; PINOCHET, R., “El derecho de abuelos y nietos a mantener una relación directa y regular: Génesis y crítica del artículo 229-2 del Código Civil y a su aplicación jurisprudencial. Un caso de exceso en la aplicación del principio de interés superior del niño”, en DOMÍNGUEZ, C. (coord.), *Estudios de Derecho de Familia III*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2018, 271-291; LEPÍN, C., “Modificación relación directa y regular ¿Subsistencia del derecho de visitas?”, en TURNER, S., y VARAS, J. A. (coords.), *Estudios de Derecho Civil IX*, Santiago de Chile, Thomson Reuters - Legal Publishing, 2014, 143-145.

III. Proyecciones en materia de cuidado personal en un enfoque coherente con estándares internacionales de derechos humanos y la realidad nacional

El derecho de familia está en constante evolución y es posible que esta institución nuevamente requiera ser revisada.

Por lo tanto, es deseable mirar los sistemas de derecho comparado y, sobre todo, la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, para analizar la situación actual del cuidado personal y la forma como se ha abordado⁴⁶. Esto, con el objeto de tener una institución que, por ejemplo, mire el interés superior del niño, niña o adolescente, tienda a evitar todo tipo de discriminación, no reproduzca estereotipos de género. Se trata de avanzar hacia contar con una regulación de la institución familiar que efectivamente logre estar en armonía con estándares internacionales de derechos humanos desarrollados en torno a la idea de que todas las familias y todos los hijos e hijas merecen la protección de la sociedad y los estados. Además, tener una regulación coherente con la realidad del país y sus transformaciones socioculturales.

En efecto, la evolución de esta institución desde un punto de vista dogmático no puede dissociarse de la realidad social, cultural y económica del país. Así, podríamos extraer que cada cambio legislativo es consecuencia del cambio cultural que experimenta el país. De esta manera, el propio rol de la mujer ha cambiado desde la entrada en vigencia del Código Civil en relación con el cuidado personal que, en el caso de los infantes, radicaba en ella. Recordemos también que en esa época la mujer casada era relativamente incapaz, por lo que su acceso al trabajo estaba completamente limitado, puesto que dicho rol estaba asignado al marido.

La situación hoy ha cambiado, pues la mujer tiene una mayor presencia en el mercado laboral. Esto ha significado una re-significación de la maternidad⁴⁷, lo cual se vincula con el objetivo de equiparar los derechos de las mujeres madres con los derechos de los hombres padres, como también el reconocimiento de todos los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres⁴⁸. De acuerdo con la información del Instituto Nacional de Estadísticas, en el 2017 la tasa de ocupación femenina alcanzó

46 Sobre la evolución del derecho comparado hacia un sistema de igualdad de facultades y derechos de filiación entre padre y madre véase: BARCIA, R., “La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres”, *Revista Ius et Praxis*, n.º 2, año 24, 2018, 489-495.

47 BATHYÁNY, GENTA y SCAVINO, “Análisis de género...”, cit.

48 Los derechos sexuales y reproductivos son aquellos que permiten a todas las personas, sin discriminación ni violencia o coerción, ejercer plenamente su sexualidad como fuente de desarrollo personal y decidir autónomamente sobre la sexualidad y reproducción, contando para ello con la información, los medios y servicios que así lo permitan. Los derechos sexuales y reproductivos no son privativos de las mujeres, son derechos de todas las personas, pero son especialmente importantes para las mujeres y las personas LGTBI, porque la toma de decisiones sobre el cuerpo, la sexualidad y reproducción implica poder y autonomía y porque la toma de decisiones sobre la sexualidad y reproducción, construye ciudadanía. El control de la sexualidad y el cuerpo de las mujeres ha sido históricamente un dispositivo de dominación para mantener su situación de subordinación.

el 48,5%^[49], muy superior al 29,1 % de 1986^[50]. De otra parte, se observa una gradual rearticulación de las relaciones de género en el hogar, incorporando mayores niveles de participación de ambos integrantes de la pareja en la definición de tareas y responsabilidades domésticas, así como también en los mecanismos de negociación de estos arreglos; incluso en algunos casos se produce una reasignación de roles tradicionales de género, mostrando la pluralidad de masculinidades existentes⁵¹. Ello ha generado nuevas exigencias parentales, que también han sido recogidas por nuestra legislación, sea en materia civil como también, por ejemplo, en materia laboral.

Las temáticas de cuidado han tenido avances legislativos y normativos importantes que han promovido un reconocimiento de los cuidados bajo una lógica más equitativa en responsabilidades en el interior de la familia y las instituciones públicas⁵². De igual forma, se ha avanzado con políticas públicas que han incorporado los cuidados en sus agendas, de la mano con nuevos servicios y prestaciones para promover el cuidado compartido⁵³. Sin embargo, este avance ha sido realizado paulatinamente y con lentitud. Esto se debe a que las representaciones del cuidado del niño, niña o adolescente recaen en su mayoría sobre las mujeres⁵⁴ debido a la falta de igualdad y distribución desequilibrada del trabajo remunerado entre la mujer y el hombre⁵⁵.

En este sentido, la división sexual del trabajo implica que las relaciones de género son el mayor principio de organización social y económica, que actualmente es desigual en la distribución de tareas entre hombres y mujeres⁵⁶. Aunque debe reconocerse el aumento de los cuidados compartidos, la mayoría de estos cuidados se ordena en torno a roles de género, que asocia las tareas de cuidado principalmente a las mujeres⁵⁷ bajo la creencia estereotipada de que las mujeres son buenas cuida-

49 Véase Instituto Nacional de Estadística: “48,5% de las mujeres participa en el mercado laboral chileno durante 2017, menor al 71,2% de participación de los hombres”, 2018, disponible en <https://www.ine.cl/prensa/2019/09/16/solo-un-48-5-de-las-mujeres-participa-en-el-mercado-laboral-chileno-durante-2017-menor-al-71-2-de-participaci%C3%B3n-de-los-hombres> [consultado el 23 de noviembre de 2020].

50 Instituto Nacional de Estadísticas, *Mujeres en Chile y Mercado del Trabajo. Participación laboral femenina y brechas salariales*, 2015, disponible en https://www.ine.cl/docs/default-source/ocupacion-y-desocupacion/publicaciones-y-anuarios/publicaciones/mujeres-en-chile-y-mercado-del-trabajo--participaci%C3%B3n-laboral-femenina-y-brechas-salarialesa.pdf?sfvrsn=ade344d4_3 [consultado el 23 de noviembre de 2020].

51 SALDAÑA, L., “Relaciones de género y arreglos domésticos: Masculinidades cambiantes en Concepción, Chile”, *POLIS - Revista Latinoamericana*, n.º 50, 2018, 186.

52 BATHYÁNY, K., *Asuntos de género: Las políticas del cuidado en América Latina. Una mirada a las experiencias regionales*, Santiago de Chile, CEPAL, 2015.

53 RIVERA *et al.*, *Políticas públicas para la equidad social*, cit.

54 RIVERA *et al.*, *Políticas públicas para la equidad social*, cit.

55 BATHYÁNY, *Asuntos de género*, cit.

56 RIVERA *et al.*, *Políticas públicas para la equidad social*, cit.

57 ESQUIVEL, V. y KAUFMANN, A., *Innovaciones en el cuidado. Nuevos conceptos, nuevos actores y nuevas políticas*, Santiago de Chile, UNRISD - Friedrich Ebert Stiftung, 2017; y en BATHYÁNY, GENTA y SCAVINO, “Análisis de género...”, cit.

ras de otras personas. Eso ha quedado incluso de manifiesto producto de la pandemia del covid-19, donde se ha demostrado el fuerte rol de la mujer en dichas labores de cuidado personal de sus hijos, especialmente en el caso en que no viva junto al padre, que lo que se acredita por ejemplo en la modificación legal por la cual se autoriza a los tribunales de justicia a ordenar retener del retiro del 10% de los fondos de pensiones individuales de los padres, las deudas de alimentos a favor de los alimentarios, a solicitud de estos, para el pago de los alimentos devengados y atrasados, según las leyes n.º 21.254 y n.º 21.295, ambas del año 2020. O bien, los problemas que se han producido debido a de la suspensión de las audiencias en procedimientos orales, como lo son en Chile las que derivan de los juicios de familia, por todo el tiempo que dure el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, según lo establecido en el artículo 1.º de la ley n.º 21.226.

En América Latina existe aún una debilidad en las políticas públicas y acciones privadas en favor de la articulación de los roles y la división de tareas, para complementar una vida laboral y familiar que garantice una coparentalidad en temáticas de cuidado⁵⁸. Pero, además, es necesario que ciertos aspectos relativos al cuidado personal sean abordados legislativa o jurisprudencialmente. Hoy en nuestro país el cuidado compartido sólo puede ser objeto de acuerdo por los padres. Mediante una consulta realizada a través de la Ley de Transparencia al Servicio de Registro Civil, se nos informó que en Chile, entre el 2015 y el 2020, se habían inscrito 3506 acuerdos de cuidado compartido. En un estudio ordenado por la Cámara de Diputados y Diputadas, que realizó un análisis del funcionamiento de la ley n.º 20.680 hasta el año 2019, se hicieron una serie de recomendaciones y se llegó a varias conclusiones. Por ejemplo, se concluyó que la información sobre el cuidado personal compartido era escasa. Se indica que “Los profesionales entrevistados manifestaron que actualmente en Chile los padres y madres de familia se encontrarían más informadas sobre los derechos y deberes que tienen respecto a sus hijos e hijas. Sin embargo, se constató un escaso conocimiento en materias de cuidado personal compartido, desde lo que significa este tipo de régimen hasta el mecanismo a través del que se puede determinar y regular”⁵⁹.

Por otra parte, creemos que está pendiente regular la posibilidad que el cuidado compartido sea objeto de acción por el padre, madre o progenitor y que, a falta de acuerdo, se resuelva judicialmente la atribución del cuidado compartido, pues no se reconoce expresamente la referida acción en el artículo 225 del Código Civil. Como indica Tapia, “el juez carece, según esta regla de la Reforma, de facultades para asignar el cuidado compartido en ausencia de acuerdo entre los padres. Esto es,

58 BATHYÁNY, *Asuntos de género*, cit.

59 Departamento Evaluación de la Ley/OCDE de la Cámara de Diputados de Chile, *Evaluación de la Ley n.º 20.680*, Unidad de Diseño y Publicaciones de la Cámara de Diputados, 2020, 98, disponible en <http://www.evaluaciondelaley.cl/wp-content/uploads/2020/01/13.-Ley-20.680-Corresponsabilidad-Parental.pdf> [consultado el 28 de marzo de 2021].

se otorga a cada padre un derecho de veto, para oponerse y hacer inviable un cuidado personal compartido que pueda beneficiar a los hijos [...]. También es objetable porque con esto se priva a los jueces de una poderosa herramienta para estimular los acuerdos entre los padres”⁶⁰. Aunque también podría plantearse que los tribunales de justicia sí podrían dar lugar al cuidado compartido, aun cuando exista oposición del padre o madre demandado o demandada. Así, Barcia sostiene que “la custodia compartida debe ser considerada en la medida que uno de los padres lo solicite, no siendo relevante la oposición del otro. La lógica del Derecho de infancia es que los jueces no deben hacer sólo lo que las leyes les ordenan de forma concreta, sino muy por el contrario, deben hacer todo aquello que vaya en beneficio del interés superior del niño, niña o adolescente”⁶¹.

Podrían tener de cierta forma los tribunales las herramientas para promover judicialmente el cuidado compartido. Por ejemplo, el artículo 14 de la ley que crea los tribunales de familia establece en forma expresa que “Durante el procedimiento y en la resolución del conflicto, se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas”. Por otra parte, sería importante consagrar la posibilidad de acordar con los padres de niños, niñas y adolescentes un cuidado personal, compartido o no, con los terceros de que da cuenta el artículo 226 del Código Civil. Como señala Acuña, “El cuidado personal no implica hoy para el padre cuidador facultades excluyentes o una mejor posición frente al padre no cuidador, al menos, en cuanto a las funciones de crianza y educación de los hijos”⁶².

Es importante destacar, como desafío legislativo y político-programático, que se llegue a diseñar e implementar una coherente organización social de los cuidados, a modo de favorecer la igualdad de género y apuntar hacia un modelo de desarrollo basado en el derecho de las personas y la equidad entre los géneros⁶³. Pero, en un sentido más amplio, también desde la perspectiva de la participación de las instituciones en los cuidados, avanzando hacia una perspectiva de desfamiliarización, tal como lo ha propuesto Martínez⁶⁴; poniendo atención, de igual forma, a los enfoques y perspectiva de derechos y de género que tales sistemas de organización social de cuidados deben procurar, distanciándose de aproximaciones “familistas”, “familia-

60 TAPIA, M., “Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos (ley n.º 20.680)”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 21, 2013, 481.

61 BARCIA, R., “La legislación chilena no es contraria al cuidado personal compartido con oposición de uno de los padres”, *Revista de Derecho (Coquimbo en línea)*, n.º 26, 2019, e3594.

62 ACUÑA, M., “Contenido esencial del derecho-deber de cuidado personal de los hijos”, *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol. 33, n.º 1, 2020, 92-93.

63 BATHYÁNY, *Asuntos de género*, cit.

64 MARTÍNEZ, J., “Regímenes de bienestar en América Latina: consideraciones generales e itinerarios regionales”, *Revista Centroamericana de Ciencias Sociales*, 2 (2), 2005, 41-78; MARTÍNEZ, J., “Regímenes de bienestar en América Latina”, *Documentos de Trabajo Fundación Carolina*, n.º 11, 2007.

listas” o “maternalistas”⁶⁵ que mantienen anclada una visión tradicional de los roles de género, con sus consecuentes desequilibrios y desigualdades. De igual forma, se torna necesario ampliar el concepto de “familia” tradicionalmente impartido, reconociendo diversos tipos de familia y roles de cuidado como lo hace el derecho comparado⁶⁶ o el propio derecho internacional de los derechos humanos a través, por ejemplo, de pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello ocurrió en la opinión consultiva 24/17 del 24 de noviembre de 2017. En el considerando 176, ésta indicó que “Con la finalidad de establecer el sentido corriente de la palabra ‘familia’, la Corte estima necesario reconocer la importancia neurálgica de ésta como institución social, la cual surge de las necesidades y aspiraciones más básicas del ser humano. Busca realizar anhelos de seguridad, conexión y refugio que expresan la mejor naturaleza del género humano. Para la Corte, es indudable que ésta es una institución que ha cohesionado comunidades, sociedades y pueblos enteros”. En el considerando 177 señaló en tanto que “Sin perjuicio de su importancia trascendental, la Corte también hace notar que la existencia de la familia no ha estado al margen del desarrollo de las sociedades. Su conceptualización ha variado y evolucionado conforme al cambio de los tiempos. Por ejemplo, hasta hace algunas décadas, todavía se consideraba legítimo distinguir entre hijos nacidos dentro o fuera de un matrimonio. Asimismo, las sociedades contemporáneas se han desprendido de nociones estereotipadas respecto de los roles que los integrantes de una familia deben asumir, muy presentes en las sociedades de la región al momento de la creación de la Convención. En ocasiones, la evolución de estas nociones ha ocurrido mucho antes que la legislación de un Estado se adapte a las mismas”.

Incluso en nuestro derecho interno, a través de ciertas sentencias de nuestros tribunales también se ha avanzado en la evolución del concepto de “familia”. Así se hizo en la sentencia del segundo juzgado de familia de Santiago, del 8 de junio de 2020, RIT C-10028-2019, que acogió una demanda de reclamación de maternidad, declarándose que el niño XXXX es hijo de dos mujeres, sobre la base de que “atendido lo expuesto, y considerando el principio de inexcusabilidad, debiendo este tribunal pronunciarse sobre la petición solicitada, en virtud de normas sobre igualdad, el concepto de familia que subyace en nuestro ordenamiento jurídico, las convenciones internacionales sobre derechos humanos y su rango constitucional, y recurriendo a la norma de interpretación de los principios generales de derecho, utilizando el criterio de criterio jerárquico, considerando que los principios señalados se encuentran en rango al menos suprallegal, este tribunal dará lugar a lo solicitado”.

El análisis anterior muestra que si bien se ha evolucionado en la consideración de la institución jurídica del cuidado personal, respecto de mejorar las formas lega-

65 GUIMARÃES, N., e HIRATA, H. (comps.), *El cuidado en América Latina: mirando los casos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Uruguay*. Buenos Aires, Fundación Medifé Edita, 2020, 22.

66 MARCO, F., *Legislación comparada en materia de familias. Los casos de cinco países en América Latina*. Serie Políticas Sociales n.º 149, Santiago de Chile, CEPAL, 2009.

les de resolver las situaciones o conflictos de familia asociados al cuidado de hijos e hijas de acuerdo con la dinámica histórica y cultural de estas relaciones familiares y filiales, no es menos cierto que tales avances han sido efectuados con rezago. Como se señaló anteriormente, la velocidad y la profundidad de las transformaciones experimentadas por la institución de la familia, en el mundo, en América Latina y en Chile, han sido de tal envergadura que los desafíos al derecho, en general, y al derecho de familia en particular, son enormes y urgentes de resolver. Siempre, teniendo como parámetro doctrinario la perspectiva de derechos humanos, con especial énfasis en las categorías de protección especial a la niñez y adolescencia, y a la perspectiva de género y diversidad que los cambios sociales hoy imponen.

Conclusiones

A partir de lo expuesto en este trabajo, es posible concluir que, desde una perspectiva jurídica, en materia de cuidado personal el rol de la madre ha variado, desde un cuidado personal exclusivo de carácter legal en el caso de separación de los padres, hacia uno de carácter convencional, aceptándose incluso un sistema de cuidado compartido. Esto no necesariamente significa una coparentalidad efectiva, ya que si bien el rol de la mujer ha cambiado, aún se le siguen atribuyendo los roles de cuidado y reproducción privada. Al evolucionar el rol de la mujer en la sociedad, el cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes ha avanzado hacia la corresponsabilidad de los padres aceptándose incluso que otras personas colaboren en este rol. Sin embargo, tomando en consideración el actual estado social, económico y cultural del país, la situación del cuidado personal merece también ser revisada.

En esta línea, se deben establecer mecanismos de alerta política, legislativa y judicial respecto a los cambios en las demandas de justicia y protección de derechos en las relaciones de familia que los cambios socioculturales van poniendo en evidencia en los últimos años. Ello puede favorecer una mejor lectura de la realidad cambiante en el mundo de las familias e implementar capacidad de ajustes en distintos operadores del sistema respecto de la normativa y servicios de bienestar con impacto en la cuestión del cuidado.

Lo anterior es especialmente relevante para cumplir, además, con estándares internacionales de derechos humanos en materia de familia y protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, en especial los contenidos en tratados internacionales que han sido ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Como se sugirió más arriba, el debate político-jurídico debería permitir ampliar la mirada, incorporando perspectivas interdisciplinarias para analizar y proponer los avances requeridos en materia de cuidado, incluso más allá de la esfera de las relaciones familiares o domésticas, sino también para un sistema integrado de cuidados, dotado de un progresivo carácter des-familiarizado y des-mercantilizado, que pueda hacerse cargo de las iniquidades sociales y de género aún presentes en la sociedad chilena.

A su vez, el derecho debe también dialogar entre sí: desde el derecho de familia a otros enfoques jurídico-legislativos que faciliten la mirada integral a la realidad de los cuidados como forma de avanzar en la armonización así del derecho nacional con los enfoques que se plantean en este trabajo.

Por último, en este como en otros temas de interés público, se deberá promover una articulación más intensa y eficaz entre el derecho y la política pública, entre la acción jurisdiccional y la producción de respuestas públicas por parte de los demás poderes del Estado, haciéndose cargo con la coherencia que requiere del rol y las obligaciones que como tal ha asumido frente a sus ciudadanos y los compromisos internacionales suscritos y ratificados en su nombre.

Referencias

Doctrina

- ABELIUK, R., *La filiación y sus efectos*, t. 1, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- ACUÑA, M., “Contenido esencial del derecho-deber de cuidado personal de los hijos”, *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol. 33, n.º 1, 2020, 75-95.
- BARCIA, R., “La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres”, *Revista Ius et Praxis*, n.º 2, año 24, 2018, 469-512.
- BARCIA, R., “La legislación chilena no es contraria al cuidado personal compartido con oposición de uno de los padres”, *Revista de Derecho (Coquimbo en línea)*, n.º 26, 2019, e3594.
- BATTHYÁNY, K., *Asuntos de género: Las políticas del cuidado en América Latina. Una mirada a las experiencias regionales*, Santiago de Chile, CEPAL, 2015.
- BATTHYÁNY, K., GENTA, N. y SCAVINO, S., “Análisis de género de las estrategias de cuidado infantil en Uruguay”, en *Cadernos de Pesquisa*, vol. 47, n.º 163, 2017, 292-319.
- Cámara de Diputados (Chile), “Moción Parlamentaria de Proyecto de Ley 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”, Biblioteca del Congreso Nacional, 2008, disponible en https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4280/HLD_4280_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf [consultado el 23 de noviembre de 2020].

CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, vol. II, t. III, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2015.

ESQUIVEL, V. y KAUFMANN, A., *Innovaciones en el cuidado. Nuevos conceptos, nuevos actores y nuevas políticas*, Santiago, UNRISD - Friedrich Ebert Stiftung, 2017.

ETCHEBERRY, L., “Análisis crítico de la Ley n.º 20.680”, en TURNER, S. y VARAS, J. A. (coords.), *Estudios de Derecho Civil IX*, Santiago de Chile, Thomson Reuters - Legal Publishing, 2014.

GUIMARÃES, N., e HIRATA, H. (comps.), *El cuidado en América Latina: mirando los casos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Uruguay*. Buenos Aires, Fundación Medifé Edita, 2020.

GÓMEZ DE LA TORRE, M., “El nuevo derecho de la niñez”, en Fundación Fernando Fueyo Laneri (ed.), *Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, 436-440.

IGLESIAS, C., *La guarda y custodia compartida. Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

Instituto Nacional de Estadísticas, “48,5% de las mujeres participa en el mercado laboral chileno durante 2017, menor al 71,2% de participación de los hombres”, 2018, disponible en <https://www.ine.cl/prensa/2019/09/16/solo-un-48-5-de-las-mujeres-participa-en-el-mercado-laboral-chileno-durante-2017-menor-al-71-2-de-participaci%C3%B3n-de-los-hombres> [consultado el 23 de nov. de 2020].

Instituto Nacional de Estadísticas, *Mujeres en Chile y Mercado del Trabajo. Participación laboral femenina y brechas salariales*, 2015, disponible en https://www.ine.cl/docs/default-source/ocupacion-y-desocupacion/publicaciones-y-anuarios/publicaciones/mujeres-en-chile-y-mercado-del-trabajo---participaci%C3%B3n-laboral-femenina-y-brechas-salarialesa.pdf?sfvrsn=ade344d4_3 [consultado el 23 de noviembre de 2020].

KEMELMAJER, A., “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino”, en GRAHAM, M. y HERRERA, M. (dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*, Buenos Aires, Infojus, 2014, 3-43.

LATHROP, F., “La custodia alternada o sucesiva de los hijos”, *Estudios de Derecho Privado, Libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

- LATHROP, F., “La corresponsabilidad parental”, en PIZARRO, C. (coord.), *Estudios de Derecho Civil iv. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2009, 207-232.
- LATHROP, F., “(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno”, *Ius et Praxis*, año 16, n.º 2, 2010, 147-184.
- LEPÍN, C., “Los nuevos principios del derecho de familia”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 23, 2014, 9-55.
- LEPÍN, C., “Modificación, relación directa y regular. ¿Subsistencia del derecho de visitas?”, en TURNER, S. y VARAS, J. A. (coords.), *Estudios de Derecho Civil ix*, Santiago de Chile, Thomson Reuters - Legal Publishing, 2014, 133-149.
- MARCO, F., *Legislación comparada en materia de familias. Los casos de cinco países en América Latina*, Serie Políticas Sociales, 149, Santiago de Chile, CEPAL, 2009.
- MARTÍNEZ, J., “Regímenes de bienestar en América Latina: consideraciones generales e itinerarios regionales”, en *Revista Centroamericana de Ciencias Sociales*, 2 (2), 2005, 41-78.
- MARTÍNEZ, J., “Regímenes de bienestar en América Latina”, *Documentos de Trabajo Fundación Carolina*, n.º 11, 2007.
- PINOCHET, R., “La relación directa y regular de abuelos y nietos en el ordenamiento jurídico chileno”, en Departamento de Derecho Privado, Universidad de Concepción (coord.), *Estudios de Derecho Civil v*, Santiago de Chile, Thomson Reuters - Legal Publishing, 2010, 321-336.
- PINOCHET, R., “El derecho de abuelos y nietos a mantener una relación directa y regular: génesis y crítica del artículo 229-2 del Código Civil y a su aplicación jurisprudencial. Un caso de exceso en la aplicación del principio de interés superior del niño”, DOMÍNGUEZ, C. (coord.), *Estudios de derecho de familia iii*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2018, 271-291.
- RAMOS PAZOS, R., “Derecho de familia, ciento cincuenta años después”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n.º 219-220, 2006, 187-199.
- RAMS, J., “La autonomía de la voluntad en las instituciones matrimoniales”, en RAMS, J., DE AMUNÁTEGUI, C., SERRANO, E. y ANGUITA, L. (coords.), *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid, Dykinson, 2009, 27-116.

RIVERA, P., MUÑOZ, J., MORALES, R. y BUTENDIECK, S., *Políticas públicas para la equidad social*, Santiago de Chile, Colección de Políticas Públicas USACH, 2018.

RODRÍGUEZ, M. S., “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, n.º 3, 2009, 545-586.

SALDAÑA, L., “Relaciones de género y arreglos domésticos: masculinidades cambiantes en Concepción, Chile”, *POLIS - Revista Latinoamericana*, n.º 50, 2018.

SOLSONA, M., AJENJO, M., BRULLET, C. y GÓMEZ-CASILLAS, A., *La custodia compartida en los tribunales ¿Pacto de pareja? ¿Equidad de género?*, Barcelona, Icaria, 2020.

SOMARRIVA, M., *Derecho de Familia*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1936.

SOMARRIVA, M., *Derecho de Familia*, 2.^a ed., Santiago de Chile, Nascimento, 1963.

TAPIA, M., *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

TAPIA, M., “Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos (ley n.º 20.680)”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 21, 2013, 477-491.

Jurisprudencia

Corte Suprema (Chile), 24 de junio de 2010, Rol n.º 608-2010.

Corte Suprema (Chile), 4 de octubre de 2010, Rol n.º 5303-2010.

Corte Suprema (Chile), 15 de abril de 2015, Rol n.º 1656-2015.

Corte Suprema (Chile), 27 de mayo de 2015, Rol n.º 29.566-2014.

Corte Suprema (Chile), 20 de mayo de 2015, Rol n.º 22.616-2014

Corte Suprema (Chile), 4 de junio de 2015, Rol n.º 27.042-2014.

Corte Suprema (Chile), 14 de julio de 2015, Rol n.º 23.113-2014.

Corte Suprema (Chile), 24 de noviembre de 2015, Rol n.º 16.207-2015.

Corte Suprema (Chile), 12 de enero de 2016, Rol n.º 4.242-2015.

Corte Suprema (Chile), 16 de marzo de 2016, Rol n.º 17.033-2015.

Corte Suprema (Chile), 13 de abril de 2016, Rol n.º 36.584-2015.

Corte Suprema (Chile), 13 de octubre de 2016, Rol n.º 55.304-2016.

Corte Suprema (Chile), 18 de octubre de 2016, Rol n.º 65.383-2016.

Corte Suprema (Chile), 12 de julio de 2017, Rol n.º 9.226-2017.

Corte Suprema (Chile), 19 de julio de 2017, Rol n.º 12.224-2017.

Corte Suprema (Chile), 14 de agosto de 2017, Rol n.º 10.338-2017.

Corte Suprema (Chile), 18 de diciembre de 2017, Rol n.º 41.871-2017.

Corte Suprema (Chile), 14 de febrero de 2018, Rol n.º 38.815-2017.

Corte Suprema (Chile), 28 de noviembre de 2019, Rol n.º 31.249-2018.

Corte Suprema (Chile), 13 de octubre de 2020, Rol n.º 21.299-2019.

Corte de Apelaciones de Santiago (Chile), 15 de julio de 2010, Rol n.º 2.444-2009.

Corte de Apelaciones de Santiago (Chile), 31 de enero de 2013, Rol n.º 2190-2012.

Corte de Apelaciones de Coyhaique (Chile), 26 de mayo de 2016, Rol n.º 6-2016.

Corte de Apelaciones de Arica (Chile), 25 de junio de 2016, Rol n.º 44-2016.

Corte de Apelaciones de Talca (Chile), 23 de abril de 2019, Rol n.º 422-2018.

Corte de Apelaciones de Santiago (Chile), 29 de mayo de 2020, Rol n.º 3.195-2019.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt (Chile), 23 de junio de 2020, Rol n.º 5-2020.

Corte de Apelaciones de Santiago (Chile), 28 de julio de 2020, Rol n.º 3898-2019.

Corte de Apelaciones de Santiago (Chile), 31 de agosto de 2020, Rol n.º 377-2020.

Tribunal Constitucional (Chile), 16 de junio de 2015, Rol n.º 2.699-2014.