

ABREVIATURAS

A.C.	Actualidad Civil
AC	Aranzadi Civil
B.G.B	Bürgerliches Gesetzbuch
C.C.	Código Civil chileno
CDN	Convención Internacional de los Derechos del Niño
Cfr.	Confrontar
Cit.	Citado
Col.	Colectivo
Coord.	Coordinador(a)
COT	Código Orgánico de Tribunales
CPC	Código de Procedimiento Civil
Ed.	Edición
G.T.	Gaceta de los Tribunales
JUR	Documento de Jurisprudencia en
LMC	Ley de Matrimonio Civil
Núm.	Número
Op. cit.	Obra citada
p.	Página
R.D.F.	Revista de Derecho de Familia
R.D.J.	Revista de Derecho y Jurisprudencia
R.G.D.	Revista General de Derecho
SAP	Sentencia Audiencia Provincial (España)
SAT	Sentencia Audiencia Territorial (España)
secc.	Sección
sem.	Semana
STC	Sentencia Tribunal Constitucional (España)
STS	Sentencia Tribunal Supremo (España)
ss.	Siguientes
T.	Tomo
VVAA	Varios autores
Vid.	Ver entre otros
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

Sobrevenida una ruptura conyugal o crisis de la pareja, el cuidado personal de los hijos -antes denominado tuición-, constituye una de las cuestiones más controvertidas que los padres deben resolver, dada la dimensión psicosocial que reviste y que rebasa con creces lo jurídico.

No obstante, en nuestro país, esta figura tiene una fisonomía propia, independiente de la ruptura entre padre y madre. A diferencia de la gran mayoría de las legislaciones, existe paralelamente a la patria potestad, no es contenido de ésta ni surge una vez producida la crisis matrimonial. Ello se debe al tratamiento dual que nuestro Código Civil¹ otorga a la relación filial, dividiendo lo personal de lo patrimonial, opción legislativa que nos parece anacrónica y deficiente.

Hemos intentado entonces, dar ciertas luces acerca de su concepto, marco legal, contenido, atribución y ejercicio, para luego referirnos brevemente a sus límites (el derecho de vigilancia y control, y el deber de colaboración), y a las modificaciones que pueden producirse en el contexto de la nueva regulación de la patología del vínculo matrimonial, que existe en Chile.

Las nuevas leyes de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia, constituyen fuentes esenciales para el estudio de esta figura jurídica, dados los nuevos paradigmas que informan el derecho sustantivo y procesal en materia de familia: la responsabilidad parental no se extingue con la ruptura conyugal; el interés superior del niño, niña o adolescente, reforzado en estos dos cuerpos legales; su derecho a ser oído y el dictamen de especialistas, especialmente en cuanto al rol del Consejo Técnico.

En el marco de los efectos comunes a la trilogía de institutos, a través de los cuales el ordenamiento jurídico determina los efectos de las rupturas matrimoniales, hemos abordado especialmente el acuerdo regulador de los cónyuges, contemplado de manera muy poco sistemática en la Ley de Matrimonio Civil², pues es en este instrumento donde se materializan los acuerdos relativos al cuidado personal de los hijos.

¹ En adelante C.C.

² En adelante LMC.

El legislador ha optado por una fórmula mixta al fijar tales consecuencias. Frente al divorcio y separación matrimonial de mutuo acuerdo, entrega a los cónyuges la posibilidad de autorregular las relaciones económicas que persistieren entre ellos, y las de carácter personal y patrimonial, que en todo caso subsistirán respecto de sus hijos menores, en el evento de existir descendencia común. Pero, además, contempla como *condictio iuris* de dicho convenio, su aprobación judicial, bajo ciertos y determinados principios protectores de los hijos, y del cónyuge más débil. Se trata de un instituto reconocido por los ordenamientos jurídicos, en la medida que el mutuo consentimiento comienza a penetrar en las situaciones de ruptura conyugal, constituyendo una de las manifestaciones más nítidas de la autonomía privada en materia familiar. Nos referimos a su contenido mínimo, a su naturaleza jurídica y a su aprobación y homologación judicial.

Por último, hemos querido referirnos a la custodia sucesiva o alternada, una institución moderna, que ha alcanzado un fuerte debate sociológico-jurídico en diversos países que gozan de un Derecho de Familia permeado por fenómenos relativamente recientes, como los son el decidido afianzamiento de la igualdad entre hombre y mujer y la consiguiente corresponsabilidad en el ámbito familiar. Se trata de una figura altamente cuestionada, que innova en el modo de conciliar la vida familiar anterior y posterior a la ruptura, permitiendo a ambos progenitores convivir alternadamente con los hijos, característica que a juicio de la interdisciplina y de un importante sector doctrinario importa una dañina intestabilidad para los hijos. Nos referimos a su terminología, sistemas de custodia compartida, antecedentes, modalidades, ventajas y desventajas, requisitos legales y de hecho, y a los diversos criterios judiciales para su atribución.

El cuidado personal de los hijos, y más aún su modalidad alternada, son instituciones poco estudiadas en Chile, realidad que contrasta con el desarrollo doctrinario y jurisprudencial que presenta el Derecho Comparado. Por ello, nos remitimos constantemente a la doctrina y jurisprudencia extranjera (especialmente española), herramientas importantísimas para el desarrollo del presente trabajo, que por lo mismo, creemos es un humilde aporte con miras a su posible inclusión en nuestro ordenamiento jurídico y aceptación judicial.

1. TRATAMIENTO DUAL DE LA RELACIÓN PATERNO FILIAL EN EL DERECHO CHILENO: PATRIA POTESTAD Y CUIDADO PERSONAL

Nos referiremos en este punto a tres cuestiones: el de la denominación de *patria potestad*, el actual tratamiento dual de la relación filial, y el ejercicio unilateral de la patria potestad.

En primer lugar, el término *patria potestad* ha sido reemplazado en el Derecho Comparado, por otras denominaciones que dimensionan más apropiadamente su contenido y significación.

Así ha sucedido en Francia, donde mediante la ley de 04 de junio de 1970, la patria potestad pasó a llamarse "*autorité parentale*", término que ha sido adoptado por cierta Doctrina española y chilena, traduciéndola a *autoridad parental*.

En Italia, por su parte, la ley de 19 de mayo de 1975, se refiere a la "*potestà dei genitori*", es decir, la potestad de los padres. Y en Alemania, la ley de 18 de julio de 1979, habla de "*elterliche Sorge*", esto es, cuidado o responsabilidad de los padres.

En Inglaterra, Luxemburgo, Portugal y Suecia, utilizan también expresiones similares a *autoridad parental* o *responsabilidad parental*.

La Doctrina extranjera critica la denominación de *patria potestad*. Ya en 1977, FRANCO GRANADO, señalaba que se trata de una denominación impropia del Derecho moderno, "porque la institución de que se trata no es ya una potestad absorbente como la patria potestad romana, sino una autoridad tuitiva, y no corresponde exclusivamente al padre..."³.

Agregaba la autora, que en el Derecho comparado, la expresión *patria potestad* estaba siendo reemplazada por *autoridad parental*, pues se aludía así a una autoridad ejercida por ambos padres en el propio interés del hijo, y no a un poder de dominio sobre éste. Además, la nueva expresión suprimía toda prerrogativa del padre, poniendo de relieve que ambos progenitores son titulares de la autoridad de la familia, en una posición de igualdad⁴.

³ FRANCO GRANADO, AMALIA, "Patria potestad: evolución de un sistema autoritario a una función compartida", *Pretor*, enero-marzo 1977, año XXV, segunda época, núm. 95, p.147.

⁴ *Ibid.*, p.151.

Creemos que el proceso de reforma de nuestro Derecho de Familia, ha producido un importantísimo cambio de lenguaje en la legislación. No hablamos de hijos "con apellidos", visitas, menores, tuición, sino de hijos, niños, niñas y adolescentes, relación directa y regular, y cuidado personal. La Doctrina ha hecho eco de ello y consolidando sus críticas a esta barrera anacrónica entre la patria potestad y cuidado personal, comienza a acuñar la denominación de *autoridad paterna*. Nosotros preferimos utilizar una fórmula que explícitamente se refiera a ambos progenitores, denominándola autoridad parental o función tutiva⁵.

En segundo lugar, en cuanto al tratamiento de la patria potestad, nuestro actual artículo 243 inciso primero del C.C. -en la redacción dada por la ley N° 19.585 de 1998, que modificó el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación-, la define como "*el conjunto de derechos que la ley da al padre o madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados*".

Como vemos, este concepto excluye los derechos funciones regulados en el Título IX del Libro I del C.C., que lleva por epígrafe "*De los Derechos y Obligaciones entre los padres y los hijos*". Se aparta así el legislador civil chileno de una fuerte tradición jurídica, que data de las Partidas y de los Códigos que le sirvieron de fuente⁶, y de una opción legislativa, que a la época de la tramitación de la ley N° 19.585, ya existía como tendencia en el Derecho Comparado (legislaciones de Argentina, Perú y España, por ejemplo).

No obstante, no era esta la idea original. El mensaje del Proyecto de la ley N° 19.585, señalaba entre sus ideas matrices, agrupar bajo el concepto de patria potestad, el aspecto patrimonial y personal, es decir, el conjunto de derechos y obligaciones a que da lugar la relación de filiación.

WEINSTEIN⁷, afirma que la separación entre los estatutos filiales de carácter personal y patrimonial, en dos instituciones diversas, no responde a una sistematización fortuita sino que es consecuencia de una voluntad deliberada y perfectamente conciente del legislador.

⁵ Se trata de hacer hincapié en la función dual, sin invisibilizar a la madre. Cfr. "Conclusiones del taller de trabajo realizado por la Asociación de Mujeres Juristas Themis, sobre el anteproyecto de la reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio", España, 17 de noviembre de 2004, [www.mujeresjuristasthemis.org].

⁶ Cfr. WEINSTEIN WEINSTEIN, GRACIELA, "Autoridad paterna y patria potestad", en *El Nuevo Estatuto de Filiación en el Código Civil chileno*, Santiago de Chile, Fundación Facultad de Derecho, 1999, p.57.

⁷ Cfr. Ibid., p.59.

De ello da cuenta la Historia de la Ley.

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, rechazó por unanimidad dicha norma. Los HH. Senadores señalaron que "*la distinción entre ambas instituciones que establece el Código Civil, responde a la conveniencia de utilizar criterios y normas particulares para los aspectos pecuniarios y los de orden personal. Este sistema tiene en nuestro país un cúmulo de doctrina y jurisprudencia que ha funcionado satisfactoriamente y se verá afectada al unir la autoridad paterna y la patria potestad, sin que existan motivos poderosos para hacerlo, pues lo medular consiste en los derechos y obligaciones que median entre padres e hijos*".⁸

Los HH. Senadores que estuvieron por unificar las dos instituciones indicaron que "*responde a una opinión extendida en la doctrina y recogida en diversos instrumentos internacionales, sin perjuicio de aceptar la necesidad de que la ley se haga cargo de casos como la separación de los padres. Estimaron que esta homologación de nuestra legislación al criterio que prevalece en el mundo occidental, además, fortalecería el vínculo entre ambos padres, al asignarles una misma responsabilidad en los aspectos personales y extrapatrimoniales de los hijos, disminuyendo la brecha real que existe entre ambos*".

Así las cosas, al abordar las relaciones filiales, la Doctrina denomina *autoridad paterna* al conjunto de derechos funciones de carácter personal, reservando el concepto de *patria potestad* para los que revisten connotación patrimonial.

Por último, en cuanto al ejercicio de la patria potestad, nuestro ordenamiento jurídico no permite un ejercicio compartido de los padres (o dual, al estilo del Derecho español u otras legislaciones). Conforme con el artículo 245 del C.C., en situaciones de crisis matrimonial, si ambos padres lo convienen o si el juez así lo decide fundándose en el interés del hijo, el padre o madre que no tenga a su cargo el cuidado personal, podrá ejercer la patria potestad, descartándose la posibilidad de que ambos padres ejerzan la patria potestad de manera conjunta.

⁸ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Boletín num. 1060-07, evacuado el 20 de noviembre de 1996, p.64.

Como veremos, la nueva LMC reconoce a los cónyuges una importante autonomía para regular la ruptura matrimonial; sin embargo, resulta difícil concluir que la libertad de los cónyuges juega un rol tanto más diverso al que cumplía antes de la dictación de dicha ley, como para aceptar un convenio en tal sentido⁹.

2. EL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS

2.1. Denominación y concepto

El artículo 224 del C.C. establece que corresponde a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.

La mayoría de la Doctrina¹⁰ entiende que esta norma se refiere al cuidado personal (antes denominado tuición). Incluso se critica su redacción señalando que debe destacarse su carácter de derecho función y no de simple derecho; y que además se trata de una figura que comprende no sólo la crianza y educación sino la realización de todo lo necesario para el desarrollo espiritual y material del hijo¹¹. La jurisprudencia, por su parte, ha señalado que los términos "tuición", "cuidado personal", "cuidado", y "crianza y educación" son utilizados como sinónimos por el legislador, siendo el primero (tuición) propio de la Ley de Menores 16.618¹².

⁹ El Proyecto de ley que modifica normas sobre patria potestad, Boletín núm. 3592-18, pretende redefinir el concepto de patria potestad y regular su ejercicio estableciendo como regla general que éste corresponde a ambos padres conjuntamente, sin perjuicio de las excepciones que la ley contempla. Dicho Proyecto ha sido informado por la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, el 27 de septiembre de 2005.

¹⁰ Cfr. ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *La Filiación y sus efectos*, Tomo I. La Filiación, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2000, p.322; COURT MURASSO, EDUARDO, *Nueva Ley de Filiación*, Santiago de Chile, ConoSur, 1999, p.133; Cfr. RAMOS PAZOS, RENÉ, *Derecho de Familia*, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2001, p.425.

¹¹ Cfr. ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *Ibid.*

¹² R.D.J., vol. LIX, secc.1, p.145.

Sin embargo, compartimos lo afirmado por la profesora SCHMIDT HOTT¹³, en cuanto a que este artículo alude a un deber de carácter genérico, que comprende todos los deberes que a ambos padres corresponden respecto de los hijos, responsabilidades que devienen precisamente de la filiación y que deben cumplir teniendo como preocupación fundamental el interés superior del hijo, conforme a lo preceptuado por el artículo 222 inciso segundo del C.C. (Así, es el artículo 225 del C.C. el que regula derechamente el cuidado personal).

De acuerdo con el artículo 224 del C.C., ambos padres ejercen conjuntamente este deber genérico de cuidado personal de la crianza. En caso de filiación determinada por reconocimiento de uno sólo de los progenitores, sólo corresponde a éste, y en caso de filiación indeterminada, a la persona designada por el juez. En cuanto al concepto de cuidado personal, la Doctrina chilena lo ha definido como "el derecho de los padres de tener a sus hijos en su compañía"¹⁴, o "el derecho paternal a la crianza, educación y establecimiento del menor de edad, o como el deber de alimentar, corregir y otorgar por lo menos una educación básica y un oficio de profesión al hijo"¹⁵.

2.2. Marco legal

El ordenamiento jurídico chileno regula el cuidado personal en los artículos 225 a 228 del C.C.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley de Filiación N° 19.585, la Ley de Menores N° 16.618, en su antiguo artículo 46, complementaba las normas del C.C. para los casos de separación de hecho o convencional de los cónyuges, y padres no casados. La Ley de Filiación traslada dicha reglamentación al cuerpo del C.C., derogando dicho artículo 46.

¹³ Cfr. SCHMIDT HOTT, CLAUDIA, "Relaciones filiales personales y patrimoniales", en *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, SCHMIDT HOTT, CLAUDIA, y VELOSO VALENZUELA, PAULINA, Santiago de Chile, ConoSur, 2001, p.253. La autora cita a Fueyo Laneri, quien refiriéndose al cuidado de la crianza, señala que "a primera vista parece que comprendiere solamente la atención personal del menor, (...) Comprende sin embargo, la prestación de los más variados socorros.", FUEYO LANERI, FERNANDO, *Derecho Civil*, Tomo sexto, Derecho de familia, vol. III, Imprenta y Litografía Universo S.A., Santiago de Chile, 1958, p.353.

¹⁴ SCHMIDT HOTT, CLAUDIA, *op. cit.*, p.273.

¹⁵ BAVESTRELLO BONTÁ, IRMA, *Derecho de menores*, Santiago de Chile, LexisNexis, segunda edición actualizada, 2003, p.61.

La nueva Ley de Matrimonio Civil, de 2004 (ley N° 19.947), se refiere al cuidado personal, toda vez que se trata de un contenido mínimo del acuerdo regulador de las crisis matrimoniales. Nos remitimos, por ende, a lo que señalaremos más adelante respecto de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, y en especial, a los artículos 21, 27 y 55 de la LMC.

Por su parte, la ley que crea los Tribunales de Familia, de 2004 (ley N° 19.968), modifica sustancialmente el antiguamente denominado "juicio de tuición" regulado por la ley N° 16.618, sometiendo las cuestiones relativas al cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes (artículo 8 N° 1 de la ley N° 19.968), al procedimiento ordinario contemplado en sus artículos 55 y siguientes (párrafo cuarto del Título III de la ley N° 19.968).

2.3. Contenido

La Doctrina chilena no ha delimitado el contenido del cuidado personal, es decir cuáles son los derechos y deberes que comprende su ejercicio. Aisladamente, BAVESTRELLO BONTÁ¹⁶ enumera una serie de "atribuciones que conlleva la tuición", entre las cuales se encuentra: la crianza, la educación, el establecimiento del hijo, la corrección, y la autorización de salida del país.

Nosotros creemos que la autora alude a una serie de facultades, relacionadas más bien con el deber genérico a que alude la profesora SCHMIDT HOTT¹⁷, que al contenido propiamente tal del cuidado personal de los hijos. Entendemos que la preocupación por los alimentos y la salud del hijo (que BAVESTRELLO BONTÁ¹⁸ menciona dentro de la crianza), la educación y la corrección, si bien forman parte de la responsabilidad parental en general, no definen el cuidado personal y responden más bien a otros derechos funciones con fisonomía propia, independientemente de que el progenitor que ejerce dicho cuidado personal sea quien cotidianamente los desarrolle.

¹⁶ BAVESTRELLO BONTÁ, IRMA, *op. cit.*, pp.62 y 63.

¹⁷ *Ibid.* lo señalado en el epígrafe 2.1.

¹⁸ BAVESTRELLO BONTÁ, IRMA, *op. cit.*, p.62.

Los derechos y deberes que comprende el cuidado personal, a que se refiere el artículo 225 del C.C., presuponen la convivencia habitual entre padres e hijos¹⁹.

Sin embargo, ello no quiere decir que deban vivir necesariamente bajo un mismo techo. La compañía no se restringe a la unidad de domicilio, por el contrario, como veremos, comprende mucho más que el mero contacto físico; el cuidado personal de un hijo abarca la comunicación afectiva e intelectual, buen ejemplo de los padres y cariño ambiental²⁰.

La dispensación de toda clase de cuidados a los hijos, es también un contenido de la guarda y custodia, toda vez que se trata de una función implícita en la patria potestad²¹, salvo ciertas circunstancias justificadas como internamiento por estudios o razones médicas, viajes de estudio, etc.²²

Más acotado se encuentra el contenido del cuidado personal en España, donde el Código Civil establece en su artículo 154²³, que la patria potestad comprende, entre otros derechos y facultades respecto de los hijos, los de velar por ellos

¹⁹ La doctrina española ha señalado repetidamente, que el derecho función de tener a los hijos menores en su compañía, se encuentra indisolublemente unido a la guarda y custodia de los hijos, implicando comunidad de vida con éstos. *Cfr.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, "Comentario al artículo 154 del Código Civil", *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, Vol. II, Madrid, Tecnos, 1984, p.1049; ZANÓN MASDEU, LUIS, *Guarda y Custodia de los hijos*, Barcelona, Bosch, 1996, p.13; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, "El menor en las situaciones de crisis familiares: la atribución de su guarda y custodia", en *Menores: Instituciones de protección y responsabilidad*, MARTÍNEZ GALLEGU, EVA (Coord.), Murcia, Fundación Diagrama, 2004, p.116.

²⁰ *Cfr.* LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHEZ REBULLIDA, FRANCISCO; LUNA SERRANO, AGUSTÍN; DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS; RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO; RAMS ALBESA, JOAQUÍN J., *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Madrid, Dykinson, 2002, p.421; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *Ibid.*

²¹ *Cfr.* MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *Ibid.*

²² DE COSSÍO MARTÍNEZ, MANUEL, *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p.18.

²³ Según el artículo 154 del Código Civil español, corresponde a quien ejerce la patria potestad de los hijos: 1° Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; y 2° Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberá oírlos siempre antes de tomar decisiones que les afecten. Y finalmente, podrá corregirlos razonable y moderadamente, y recabar el auxilio de la autoridad cuando lo requiera.

y tenerlos en su compañía. El Tribunal Supremo español, ha señalado que ellos "se refieren, sin duda alguna a los derechos de guarda y custodia"²⁴ de los hijos sujetos a patria potestad.

2.4. Atribución y ejercicio

Hasta hace algunas décadas, diversas legislaciones regulaban la determinación del cuidado de los hijos entre los padres en situación de crisis matrimonial, atendiendo a la buena o mala fe en el evento de la nulidad, y a la culpa para el caso de la separación matrimonial. Evidentemente el hijo no jugaba ningún papel en estas determinaciones.

siendo un mero espectador de la ruptura de sus padres.

Siguiendo el ejemplo de las legislaciones modernas –como la francesa, alemana, italiana y española²⁵–, el legislador chileno, recoge el principio del interés superior del niño y abandona estos injustos criterios de atribución del cuidado personal.

²⁴ STS 19 de octubre de 1983.

²⁵ El artículo 287 del Código Civil francés dispone: "*La patria potestad se ejercerá conjuntamente por los dos progenitores. El Juez designará, a falta de acuerdo amistoso o si este acuerdo le pareciera contrario a los intereses del hijo, al progenitor en cuya casa tuvieran los hijos su residencia habitual.*"

Si el interés del hijo lo exigiera, el Juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad a uno de sus dos progenitores.

Los padres podrán, por propia iniciativa o a instancia del Juez, presentar sus observaciones sobre las modalidades de ejercicio de la patria potestad."

El artículo 1671 del B.G.B. establece que si los padres viven separados, ambos comparten la responsabilidad del cuidado del hijo; si ambos padres tienen el cuidado personal del hijo y viven separados, cualquiera de ellos puede pedir al Tribunal de Familia que le entregue sólo a él el cuidado personal o una parte de éste, solicitud que será aceptada si: el otro padre está conforme y el hijo mayor de 14 años no se opone, y si es de suponer que entregar el cuidado sólo al padre que lo solicita, es lo mejor para el bienestar del hijo. Los artículos 6 de la ley de divorcio italiana de 1970, y 155 del Código civil italiano, se refieren, entre otros aspectos, al cuidado personal de los hijos, señalando al respecto, que "(...) la custodia y los demás pronunciamientos referentes a los hijos se realizarán teniendo presente los intereses materiales y morales de los mismos.". El artículo 154 del Código Civil español prescribe: "*Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2. Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad.*"

Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos."

Pues bien, desde la perspectiva de la crisis matrimonial, debemos partir distinguiendo entre situaciones de normalidad y las de ruptura.

En situaciones de normalidad, la regla general es el ejercicio conjunto del cuidado personal. Los derechos funciones que éste comprende, van desenvolviéndose de manera natural respecto de los hijos, sin que el aparato jurisdiccional deba intervenir.

Así, si los padres viven juntos, ya se trate de filiación matrimonial o no matrimonial determinadas, el cuidado personal corresponde a ambos progenitores (el artículo 225 del C.C. parte del supuesto de anormalidad).

No obstante, parte de la Doctrina²⁶ hace una distinción previa en cuanto a la filiación no matrimonial; si el hijo no ha nacido ni ha sido concebido durante el matrimonio, conforme al artículo 224 inciso segundo, debe subdistinguirse si el hijo está o no reconocido por ambos padres. En el primer caso, rige el artículo 224 inciso primero, tocando a padre y madre ejercer de consuno el cuidado persona; si el hijo sólo está reconocido por uno de sus progenitores, corresponde a éste dicho cuidado.

Por último, si la filiación ha sido determinada judicialmente contra la oposición del padre y de la madre, conforme al artículo 203 del C.C., éstos quedan privados, en general, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del hijo y de sus descendientes, en cuyo caso es el juez quien debe determinar quién ejerce el cuidado personal del niño²⁷.

²⁶ Cfr. ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *op. cit.*, p.324. Para este autor, esta situación es idéntica a la existente antes de la vigencia de la ley N° 19.585, sólo que no existe la filiación simplemente ilegítima para los efectos de alimentos, pues en el caso de que el hijo sea reconocido sólo por uno de los padres, a éste le corresponde el cuidado personal, pudiendo el juez atribuirlo a otra persona, incluido ese padre o madre que no ha reconocido, siempre que haya causa legal para privar al reconociente del cuidado personal; COURT MURASSO, EDUARDO, *op. cit.*, pp.133-134; RAMOS PAZOS, RENÉ, *op. cit.*, p.426; y ETCHEBERRY COURT, LEONOR, "Los derechos y obligaciones entre padres e hijos y la patria potestad", en *El Nuevo Estatuto Filiativo y las Modificaciones al derecho Sucesorio, a la luz de las Normas y Principios de la ley N° 19.585*, Santiago de Chile, SERNAM, 1999, p.97.

²⁷ Para Abeliuk esta solución, a la que se arriba aplicando la norma general del artículo 203 del C.C., no aparece tan clara en la ley, ya que no se ha repetido expresamente dicha sanción en el artículo 224. Cfr. ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *op. cit.*, pp.325-326.

En definitiva, la regla básica es que si padre y madre viven separados, sea matrimonial o no matrimonial la filiación determinada, debemos distinguir entre atribución de carácter legal, convencional y judicial²⁸.

2.4.1. Atribución legal

De acuerdo al artículo 225 inciso primero del C.C., la regla general es que si ambos padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos²⁹.

De ello da cuenta la sentencia emanada de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 16 de septiembre de 2005, señala que "... la regla legal del artículo 225 del Código Civil, otorga preferencia a la madre para el cuidado personal de los hijos, el cual cede, sólo frente a las inhabilidades que fijó el legislador. Y dejará de ser preferente, en aquellas específicas situaciones a favor del menor, buscando siempre la mejor alternativa para el y dejarlo bajo el cuidado de quienes a la luz de las pruebas y antecedentes, reúne las mejores condiciones integrales de vida..."³⁰.

Dada la amplitud del artículo 225 inciso primero, resulta irrelevante la causa de dicha separación, pudiendo tratarse de padres no casados que ya no conviven, o de un matrimonio separado de hecho o judicialmente.

Al respecto el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 20 de noviembre de 1996, señala que a falta de acuerdo, sea porque no existe o porque no consta en la forma señalada, la madre tiene el cuidado personal de los hijos menores. Se establece, además, que la radicación legal del cuidado de los hijos, si no hay acuerdo, evita numerosas

²⁸ Cfr. SCHMIDT HOTT, CLAUDIA, *op. cit.*, p.274.

²⁹ Se trata de una norma que tiene su antecedente inmediato en el antiguo artículo 223 del C.C., que de acuerdo a la ley N° 18.802 de 1989, establecía que correspondía a la madre el cuidado de todos los hijos menores, cualquiera sea su sexo, salvo en caso de depravación materna que provocase pervisión en los hijos. Sin embargo, los orígenes del artículo 225 actual, se remontan al Código Civil de 1855, el cual otorgaba a la madre el cuidado de los hijos menores de cinco años e hijas mayores de esa edad, y al padre, el cuidado de los mayores de cinco años. En 1972, la ley N° 10.271 aumentó la edad hasta la cual la madre cuidaba a los hijos, de cualquier sexo, a los catorce años; cumplida esa edad, los hijos varones pasaban a estar bajo el cuidado personal del padre.

³⁰ *Leyes y Sentencias*, núm. 1, 1 a 16 de octubre de 2005, p.59.

dificultades y responde a la práctica, que demuestra que lo más frecuente es que sea la madre la que lo asuma cuando los padres no viven juntos³¹⁻³².

Nuestro C.C. se aparta de la tendencia en el Derecho comparado³³, cual es la atribución convencional homologada por el juez.

Por otra parte, cierto sector doctrinario³⁴ ha alegado una posible inconstitucionalidad de esta norma, por violar el principio de igualdad al establecer una discriminación en contra del progenitor varón.

³¹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, Boletín núm. 1060-07, p.74.

³² La Doctrina da cuenta de esa supuesta ventaja práctica. Abeliuk señala que "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". ABELIUK MANASEVICH, RENE, *op. cit.*, p.327. Esta misma situación es la que critica Bavestrello al señalar que "desgraciadamente la ley no consideró la forma en que la madre puede probar su derecho a la tuición del hijo que le corresponde al vivir separada del padre. Para ello deberá recurrir al Juzgado de Menores solicitando una tuición declaratoria.". BAVESTRELLO BONTA, IRMA, *op. cit.*, p.62.

³³ En España, el artículo 90 del Código Civil, contempla el cuidado personal de los hijos, como uno de los aspectos a los cuales debe referirse el convenio regulador de las crisis matrimoniales. El artículo 156.5 del Código Civil, que establece que, si como consecuencia de la crisis matrimonial, los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por el padre o madre con quien conviva el hijo. A no ser que el progenitor no conviviente solicite fundadamente al juez, el ejercicio conjunto de la patria potestad o la distribución de las funciones inherentes a su ejercicio, en cuyo caso, la decisión judicial debe atender el interés del hijo. A falta de acuerdo entre los progenitores, conforme con el artículo 159 de dicho cuerpo legal, es el juez quien atribuye, en interés del hijo, la atribución de la guarda y custodia. Los artículos 6 párrafo segundo de la Ley de Divorcio italiana de 1970, y 155 del Código Civil italiano, prescriben que el tribunal que pronuncia la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio declara a cual progenitor corresponde el cuidado de los hijos y adopta cualquier otro pronunciamiento relativo a los hijos teniendo presente los intereses materiales y morales de los mismos.

El artículo 1671 del BGB dispone que si los padres viven separados, ambos comparten la responsabilidad del cuidado del hijo; si ambos padres tienen el cuidado personal del hijo y viven separados, cualquiera de ellos puede pedir al Tribunal de Familia que le entregue sólo a él el cuidado personal o una parte de éste, solicitud que será aceptada si: el otro padre está conforme y el hijo mayor de 14 años no se opone, y si es de suponer que entregar el cuidado sólo al padre que lo solicita, es lo mejor para el bienestar del hijo.

³⁴ Cfr. BARROS BOURIE, ENRIQUE, "Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación", en *El nuevo estatuto de filiación en el código civil chileno*, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1999, p.47; SCHMIDT HOTT, CLAUDIA, *op. cit.*, p.277.

Por cierto, compartimos también esta opinión que duda sobre la constitucionalidad del precepto en estudio, pues además de vulnerar el principio de igualdad ante la ley, no respeta lo establecido en los tratados internacionales, y en la misma Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (artículo 16 letra d)³⁵.

No justifica esta discriminación, la creencia generalizada que estima más conveniente entregar a la madre el cuidado de los hijos de corta edad, aduciendo razones de mejor aptitud en comparación con el padre e incluso de mejor interés para el niño, o que simplemente por razones de lógica "y por obra de la naturaleza, los hijos deben estar al lado de la madre"³⁶.

No compartimos totalmente este último criterio. No es fácil fijar una edad a partir de la cual el niño esté en condiciones físicas y psicológicas para desprenderse del seno materno; la lactancia, desde luego, será uno de los factores que definirá la dependencia o independencia del hijo.

Creemos que las relaciones parentales avanzan hacia una fuerte asunción de funciones por parte del padre: las tradicionales esferas privativas de la madre en la atención del hijo, van abriendo terreno hacia una igualdad de roles: la ascendente inserción femenina en el campo laboral, contribuye a potenciar una mayor participación de los hombres en el cuidado y atención de los hijos.

En el Derecho Comparado, cada vez son más las sentencias que entregan al padre, el cuidado personal de los hijos³⁷; nuestra Jurisprudencia en cambio,

³⁵ SCHMIDT HOTT, CLAUDIA, *Ibid.*

³⁶ ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *op. cit.*, p.329.

³⁷ La STS de 22 de mayo de 1999 reconoce esta tendencia, aunque minoritaria, reconociendo que como regla general se atribuye el cuidado personal de los hijos a la madre, "salvo que concurran circunstancias excepcionales que aconsejen entregarlos al cuidado paterno". En la SAP de Tarragona, de 02 de octubre de 1993, se señala que "este Tribunal no comparte el criterio del Juzgado 'a quo' sobre una mayor idoneidad de las madres para atender a los menores con un carácter absoluto y para los casos en que el padre también sea adecuado, por lo que estando ambos progenitores, en este caso, perfectamente capacitados para atender a su hijo, tanto material como afectivamente y no mostrando el niño rechazo por ninguno de ellos que evidencie que se haya condicionado su pensamiento o sus sentimientos por alguno de los padres a fin de indisponerlo con el otro, debe valorarse la preferencia del menor, y en consecuencia procede atribuir al padre la guarda y custodia, manteniendo las condiciones fijadas en la resolución recurrida para el derecho de visitas referidas a la madre." AC-1994-1, p.600.

excepcionalmente estima que es el padre quien debe asumir el cuidado personal, fundándose dicha atribución en situaciones especialísimas, que no evidencian un cambio de mentalidad³⁸.

Resulta interesante señalar que en España, el legislador de 1981, recogió los criterios que venían plasmando en la ley una realidad social que reconocía a la madre una mayor idoneidad en la esfera personal del cuidado de sus hijos. El artículo 159 del Código Civil, referido a la facultad del juez para la determinación de la guarda de los hijos, contemplaba una atribución directa del cuidado de los hijos menores de siete años, a la madre, salvo que el juez por motivos especiales proveyere de otro modo. Posteriormente, la ley N° 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación

(continuación nota 37)

La SAP de Guadalajara de 13 de enero de 1995, reconoció "la situación de igualdad en que a priori se encuentran los progenitores, sin que sea por sí solo el sexo del mismo determinante de unas mayores facultades al respecto que justifiquen su atribución al mismo." AC 1995/168.

La SAP de Tarragona de 24 de julio de 2000 señala que "ha desaparecido en nuestra legislación toda desigualdad o trato discriminatorio entre el padre y madre a la hora del ejercicio de la patria potestad y de la guarda y custodia respecto a los hijos menores, en lógica aplicación del principio de igualdad que viene contemplado en el art. 14 de la Constitución Española, y aunque en la práctica judicial se produce, a veces, un cierto automatismo a la hora de resolver con cual de los dos progenitores ha de quedar el hijo o los hijos habidos, por la existencia de un criterio consolidado, salvo contadas excepciones y basadas en la tradición y realidad social conforme al cual se estima que durante la temprana edad de los hijos es más beneficioso para éstos la compañía permanente de la madre, lo cierto es, que los cambios en esa realidad social, que sobrevienen fundamentalmente por el acceso al mundo laboral de las mujeres, van desplazando el problema a un campo donde las resoluciones acerca de tan importante punto han de atender a las peculiaridades de cada caso concreto, de modo que en aquellos supuestos donde ambos progenitores trabajan fuera del domicilio, habrá que ver-cuál de los dos podrá atender más y mejor las necesidades de los hijos." JUR 2001/39474.

Martínez Rodríguez señala que al parecer existe una "presunción *iuris tantum* de que la compañía y el cuidado materno es lo más beneficioso para el menor, lo más acorde con su interés, y sólo cuando esa presunción pueda destruirse con prueba en contrario, el padre obtendrá la guarda y custodia." MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *op. cit.*, p.137.

³⁸ La Corte de Apelaciones de Santiago, en su sentencia de 05 de mayo de 1989, ha señalado que el hecho de convivir la madre con quien no es su cónyuge legítimo, ni el padre de los menores, en el mismo hogar que éstos habitan, la inhabilita en los términos de los artículos 223-inciso 2° del C.C. [actual artículo 225-inciso tercero] y artículo 42 N° 6 de la Ley de Menores, por cuanto con ello da un manifiesto y permanente mal ejemplo, que implica necesario peligro para la moralidad de los hijos, debiendo entregarse al padre la tuición. R.D.J., vol. LXXXVI, secc. 2°, p.30.

de principio de no discriminación por razón de sexo, modificó el texto del artículo 159 del Código Civil, eliminando la atribución preferente a la madre³⁹. La disposición actual entrega al juez la decisión sobre el cuidado de los hijos, sin supeditarla a la edad de éstos; cuestión que debe resolverse atendiendo al interés de los hijos, tras oírlos si tienen suficiente juicio, y en todo caso, al mayor de doce años.

2.4.2. Atribución convencional

Conforme con el artículo 225 inciso segundo, si los padres viven separados, pueden acordar que el cuidado personal de uno o más hijos⁴⁰ corresponda al padre, alterando de esta forma, lo señalado por el artículo 225 inciso primero.

Esta norma reconoce cierta autonomía de los progenitores, para decidir cuestiones atinentes a la esfera personal del hijo común. Recordemos que la Jurisprudencia había declarado la nulidad de este pacto⁴¹ y la irrenunciabilidad del derecho de la madre a la tuición que la ley le otorgaba⁴².

³⁹ Más adelante veremos que no obstante dicha eliminación, en la práctica existe una arraigada tendencia jurisprudencial que otorga a la madre los hijos de corta edad.

⁴⁰ La frase "uno o más hijos", da cabida a una "distribución" de los hijos entre los padres, cuestión con la que no estamos completamente de acuerdo. Creemos que se trata de una circunstancia especial, que sólo se justifica en el mejor interés de los hijos. La ley debió referirse a esto declarando, como criterio legal, que los padres y el juez deben procurar no separar a los hermanos. Es también la opinión de Etcheberry Court, Cfr. ETCHEBERRY COURT, LEONOR, *op. cit.*, p.104.

La ley española lo establece como otro criterio de atribución del cuidado personal, como consecuencia directa de la aplicación del *favor filii*. El artículo 92 del Código Civil español, en su párrafo cuarto, establece que "podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro **procurando no separar a los hermanos**." (el destaque es nuestro). El legislador español recogió en esta norma, una importante línea jurisprudencial que buscaba no recrudecer la ruptura familiar, y procurar el mantenimiento de los lazos frateros.

⁴¹ La Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia dictada el 08 de octubre de 1956, señaló que es nulo, de nulidad absoluta, por ilicitud de objeto, el pacto en virtud del cual los cónyuges acuerdan suspender la vida en común y que los hijos queden en el futuro bajo la tuición de la madre. *R.D.J.*, vol. LIII, secc. 2º, p.92.

⁴² La Corte Suprema, en sentencia dictada el 05 de mayo de 1983, señaló que los derechos de familia son por su naturaleza irrenunciables, de manera que la renuncia voluntaria que haga la madre respecto de la tuición de su hija no resulta aceptable, al tenor de lo dispuesto en el artículo 223 del C.C. *R.D.J.*, vol. LXXX, secc. 1º, p.31.

Se trata de un acuerdo solemne; debe constar en escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil. Se trata de una solemnidad objetiva, cuya omisión acarrea la nulidad absoluta (artículo 1681 y 1282 inciso primero del C.C.).

Asimismo, sólo es oponible frente a terceros a partir de su subinscripción al margen de la inscripción de nacimiento del hijo (solemnidad por vía de publicidad), lo que deberá efectuarse dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, de acuerdo con el artículo 225 inciso final y el número 4º del artículo 6º de la ley N° 4.808 sobre Registro Civil. Dicha subinscripción es además, formalidad por vía de prueba, conforme a los artículos 6º N° 5 y 8º de la mencionada ley.

Por último es un acuerdo revocable, acto sujeto a las mismas formalidades que el convenio que modifica (artículo 225 incisos segundo y cuarto).

De igual forma, si sobreviene la crisis matrimonial, los cónyuges deciden regular sus relaciones mutuas mediante la transacción a que se refiere el artículo 22 letra c) de la LMC, deben observarse estas formalidades para hacerla oponible frente a terceros, y producir, por otra parte, la fecha cierta del cese de convivencia (artículo 22 inciso segundo de la LMC).

En cuanto al artículo 225 inciso segundo del C.C., coincidimos con la profesora SCHMIDT HOTT⁴³, quien pone de relieve dos cuestiones relativas a la atribución convencional. En primer lugar, que permite, en ciertas situaciones, que la madre se vea forzada económicamente a prestar su consentimiento; y en segundo lugar, que no respeta el derecho del niño a ser oído, puesto que no menciona que en dicho convenio su opinión o deseo debe ser considerado toda vez que se trata de una cuestión que le atañe directamente.

Creemos que dados los nuevos principios que rigen la LMC, en cuanto a la protección del cónyuge más débil, por lo menos en sede de nulidad, divorcio y separación, la desigualdad de posiciones en las negociaciones entre los cónyuges, puede ser controlada judicialmente a través de la homologación del acuerdo regulador del artículo 21 de la LMC.

⁴³ Cfr. SCHMIDT HOTT, CLAUDIA, *op. cit.*, pp.279-280.

En cuanto al derecho del niño a ser oído, éste es un principio de carácter general reconocido en el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño⁴⁴ adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, recogido en el artículo 242 inciso segundo del C.C., normas que estimamos aplicables al caso que nos ocupa, aunque debió aludírsele expresamente en el artículo 225 del C.C. Es pertinente señalar, que la ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, establece en su artículo 16 inciso segundo, dentro de los principios generales del procedimiento, que *"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."*, reforzando claramente la importancia de dicha directriz en nuestro ordenamiento jurídico.

Lo dicho anteriormente es aplicable también a las hipótesis de atribución convencional del ejercicio de la patria potestad a que se refieren los artículos 245 inciso segundo, y 246 del C.C.

Dos últimas observaciones en cuanto al cuidado personal.

Conforme con la relevancia dada a la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la nueva LMC, sobrevenida la crisis matrimonial, la primera fuente de atribución del cuidado de los hijos, está constituida por los acuerdos de los progenitores. Esta opción del legislador se justifica plenamente en cuanto son los padres los que normalmente conviven con sus hijos, comparten su realidad familiar, y comprenden sus intereses y sinceras preferencias. Por estas mismas razones, son los primeros que deben sentirse llamados a atender las opiniones de los hijos, a ejercitar una efectiva escucha de lo que manifiestan, y a respetar su autonomía progresiva a la hora de tomar decisiones que les afecten.

Así las cosas, al momento de fijar el contenido del convenio regulador, los padres deben escuchar a sus hijos y tener en cuenta su interés en todos aquellos aspectos que puedan afectarle. RIVERO HERNÁNDEZ señala incluso la utilidad de dejar constancia de ello en el acuerdo regulador⁴⁵, lo que resulta positivo siempre que no pase de ser una mera cláusula de estilo del mismo.

⁴⁴ En adelante CDN.

⁴⁵ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, "Comentarios al artículo 93", en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro I del Código Civil Coordinados por LACRUZ BERDEJO, J. L.*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1994, p.1023.

En la práctica será difícil, pero no por ello menos exigible, que los padres trasladen el centro del problema familiar, desde su conflicto conyugal o de pareja, a la vivencia de esa ruptura por parte de los hijos. Esto es, que en vez de discutir y determinar la cuantía de los alimentos o la atribución de la vivienda, visualicen sus desavenencias proyectando los daños que pueden provocar en los niños. Nos parece que la mejor forma de desarrollar esa dinámica, es atender las aprensiones que aquéllos dejan entrever al manifestar sus deseos, temores, y opiniones⁴⁶.

2.4.3. Atribución judicial

No obstante la atribución legal y convencional a las que nos hemos referido, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, el juez puede ordenar que el cuidado personal del hijo lo ejerza el otro progenitor, en los siguientes casos: si el padre o madre a quien se ha entregado el cuidado personal, ocasiona maltrato, descuida a los hijos, o los ha abandonado, o bien por cualquier otra causa calificada (artículo 225 inciso tercero del C.C.).

Todo ello con una limitación importante: no puede atribuir el cuidado personal del hijo a quien no ha contribuido a la manutención del hijo mientras estuvo al cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo (artículo 225 inciso tercero, segunda parte, del C.C.).

⁴⁶ Evidentemente los jueces no pueden compeler a los padres para que, en lo cotidiano, tomen en cuenta las opiniones de sus hijos; claramente ello debe surgir en forma espontánea en el seno familiar. Pero también es cierto que, mediante sus decisiones, los jueces ponen de manifiesto que la falta de dicha escucha puede ser un elemento de juicio y fundamento de una sentencia. Así lo demuestra la siguiente Jurisprudencia: 1) La SAP de Madrid de 17 de marzo de 1998, dejó sin efecto la medida pactada por los cónyuges en un convenio regulador aprobado en auto de separación matrimonial, por la cual habían acordado una custodia temporal de las hijas. La sentencia se basó en la frontal oposición de las dos hijas mayores no consultadas en el procedimiento de separación (AC 1998/5159). 2) En otra decisión de la SAP de Madrid de 17 de marzo de 1998, se solicitaba la supresión de la modificación medida por la cual se había atribuido la guarda y custodia de los hijos al padre. La oposición de las menores para convivir con su madre determinó la inoportunidad de nueva modificación (AC 1998/5160). 3) La SAP de Lugo de 27 de junio de 2003, señaló que es difícil omitir la voluntad manifestada por la menor de convivir con su madre, ya que se trata de una joven de 14 años de edad, donde sus manifestaciones dentro de lo posible han de ser tenidas en cuenta (JUR 2003, 248688).

Asimismo, conforme al artículo 226 del C.C., el juez puede, en caso de inhabilidad física o moral de los padres⁴⁷, confiar el cuidado personal del hijo, al otro progenitor⁴⁸, o a otra persona o personas que estime competentes (según veremos en el epígrafe siguiente). El artículo 42 de la Ley de Menores, establece lo que para efectos del artículo 226 del C.C., debe entenderse por inhabilidad física o moral⁴⁹.

En caso de crisis matrimonial, la intervención judicial a este respecto, tiene lugar ante la falta de acuerdo de los cónyuges, o en caso de desaprobación del mismo.

El juez deberá entregar el cuidado personal del hijo, a la persona que reúna las mejores condiciones espirituales y materiales para cuidar de él, no importando que se trate del cónyuge culpable de la separación o el divorcio, o que estuvo de mala fe respecto del vicio que invalidaba su matrimonio (ya señalamos que la legislación se encuentra desprovista de prejuicios al respecto).

El juez deberá indagar entre los motivos que los cónyuges invocan, corroborar la ausencia de presiones que condicionen lo acordado, comprobar que la atribución convenida coincide con el interés del hijo, si éste ha sido realmente el protagonista de la decisión, si se le ha tenido en cuenta o si ha sido nada más

⁴⁷ La Jurisprudencia ha señalado que, mientras no se establezca judicialmente la inhabilidad de uno de los padres para intervenir en el cuidado personal de los hijos, no puede privársele de ese derecho y obligación. Vid. G.T. de 1884, 2º sem., N° 3282, p.2177, cit. por ABELIUK MANASEVICH, RENE, *op. cit.*, p.322.

⁴⁸ Conforme con la interpretación de dicha norma y su concordancia con los artículos 42 de la Ley de Menores y 238 del C.C., efectuada por SCHMIDT HOTT, CLAUDIA, *op. cit.*, p.281.

⁴⁹ "Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

- 1.º Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;
- 2.º Cuando padecieren de alcoholismo crónico;
- 3.º Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;
- 4.º Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;
- 5.º Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;
- 6.º Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;
- 7.º Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material."

que un elemento de transacción dentro de las concesiones que se han efectuado. Sólo así estará en condiciones de determinar la persona idónea para el ejercicio del cuidado personal del niño: el padre, la madre, u otra tercera persona o institución adecuada⁵⁰.

Para ello, ya sea a falta de acuerdo, o de homologación del convenio presentado, el juez deberá dar audiencia a el o los hijos, cuando estime que cuentan con suficiente juicio. Deberá decidir sobre su cuidado habiéndoles escuchado directamente y, si es necesario, con la colaboración de los especialistas cuyo dictamen evalúe necesario⁵¹.

Cabe preguntarse hasta dónde debe llegar la actividad judicial, para determinar al progenitor o persona idónea para el ejercicio de la guarda. Nuestra opinión es que debe reunir el máximo de información posible, a través de los medios que estime convenientes. RIVERO HERNÁNDEZ, por ejemplo, señala que podría solicitar a los cónyuges una "especie de proyecto de vida y medios materiales y espirituales de que disponen para sacar a sus hijos adelante con dignidad."⁵²

Algunos de los factores a ponderar podrían ser la edad del niño, o la forma en que vivía y se desenvolvía antes de la ruptura familiar. Así, sería adecuado no alterar el *modus vivendi* del hijo, si éste, a causa de una separación anterior, vivía ya con uno de sus padres (salvo hipótesis de mayor conveniencia).

2.4.4. Atribución del cuidado personal a un tercero

Creemos que la regla general teórica y práctica, es que los padres sean los que ejerzan el cuidado personal de sus hijos. Sin embargo, podrán existir circunstancias que ameriten la atribución del cuidado y educación de los hijos, en personas distintas de sus progenitores.

Esta alternativa está prevista en el Derecho Internacional de la Infancia y la Adolescencia. La CDN establece en su artículo 9, que los tribunales pueden determinar que un hijo sea separado de sus padres cuando, en conformidad a

⁵⁰ Vid. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES, *op. cit.*, pp.134-136.

⁵¹ Vid. lo comentado en cuanto al derecho del niño a ser oído, en el epígrafe 3.1.2.2. del presente trabajo.

⁵² RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *op. cit.*, pp.1025-1026.

la ley y a los procedimientos aplicables, ello sea necesario para garantizar el interés superior del niño.

Sólo en situaciones muy calificadas procederá la entrega del cuidado personal a terceras personas -generalmente parientes-, cuya aptitud haya quedado establecida en el proceso, o instituciones idóneas para la protección de niños.

Será el juez el que deberá sopesar la magnitud de dichas circunstancias excepcionales. Puede tratarse de cuestiones de índole patrimonial, como la falta de recursos económicos para sostener a los hijos, o factores de carácter personal, como algún impedimento físico o psicológico, o sencillamente de hechos que han quedado acreditados en el juicio, como la inidoneidad concurrente de ambos padres.

En definitiva será el juez quien decidirá, si lo estima más beneficioso para el niño, que una persona jurídica asuma como tutor, independientemente de si existen personas físicas para ello.

El artículo 41 de la ley N° 16.618 señala que *"en el caso del artículo 226 del Código Civil, a falta de los ascendientes y de consanguíneos el juez confiará el cuidado personal de los hijos a un reformatorio, a una institución de beneficencia con personalidad jurídica o a cualquier otro establecimiento autorizado para este efecto por el Presidente de la República."*

2.4.5. Muerte del progenitor a quien se le ha atribuido el cuidado personal

La muerte del progenitor a quien se le ha atribuido la guarda, acarrea una serie de consecuencias en el ejercicio de las relaciones paterno-filiales.

Bajo la actual legislación, fallecido el progenitor a quien se le ha atribuido el cuidado personal, la primera alternativa que se planteará será radicarlo en el padre o madre sobreviviente, cuidado que le deberá ser concedido si acredita aptitud suficiente, ya que el haber preferido anteriormente al fallecido no constituye, *per se*, un obstáculo para esta nueva atribución. Y en el caso de no reunir las condiciones necesarias para ejercer el cuidado de los hijos, procederá el nombramiento de una tercera persona, y en su defecto, de una institución idónea, del modo como describimos en el epígrafe anterior, aunque con una mayor discrecionalidad dados los términos amplios en que está redactado el párrafo 2 del artículo 226 del C.C.

2.4.6. Situación del artículo 228 del Código Civil

El artículo 228 del C.C. establece que *"la persona casada a quien corresponda el cuidado personal de un hijo que no ha nacido en el matrimonio, sólo podrá tenerlo en el hogar común con el consentimiento de su cónyuge."*

Esta norma no proviene del proyecto originario; fue introducida por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Según da cuenta el Informe de dicha Comisión de 20 de noviembre de 1996, los HH. Senadores Fernández, Hamilton, Larraín y Sule, aprobaron por unanimidad la incorporación de una norma similar a la entonces vigente, referida a los hijos de filiación no matrimonial (de acuerdo a la nueva nomenclatura utilizada por la ley N° 19.585). Finalmente, la redacción actual del artículo 228 del C.C., consta en el Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 22 de julio de 1997, extendiendo la hipótesis al hijo de matrimonial proveniente de un matrimonio anterior.

Se trata entonces, de la reproducción del antiguo artículo 278 inciso segundo del C.C., vigente antes de la ley N° 19.585 (que se refería a los hijos naturales); con la salvedad de que la actual disposición incluye no sólo a los hijos de filiación no matrimonial, sino también a los de filiación matrimonial, es decir, a los hijos provenientes de un anterior matrimonio. Por otra parte, el artículo 228 actual, exige el consentimiento del cónyuge no progenitor para que dicho hijo pueda vivir en el hogar común, cuestión que antes no se contemplaba.

Al abordar el contenido de este artículo, la Doctrina⁵³ se limita a efectuar un análisis histórico del mismo, advirtiendo a lo más, posibles complicaciones prácticas en el ejercicio del cuidado personal, que le corresponde al progenitor cuyo actual cónyuge no presta el consentimiento a que se refiere la norma en cuestión⁵⁴⁻⁵⁵.

⁵³ Cfr. RAMOS PAZOS, RENÉ, *op. cit.*, p.429.

⁵⁴ Cfr. ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, *op. cit.*, pp.335-336.

⁵⁵ Court Murasso estima injustificable la exigencia de dicho consentimiento, cuando se trata de hijos de filiación matrimonial, estimándola razonable respecto de los hijos de filiación no matrimonial. Cfr. COURT MURASSO, EDUARDO, *op. cit.*, p.133.

Sin embargo, SCHMIDT HOTT⁵⁶ ha criticado fuertemente esta norma aduciendo los siguientes argumentos.

Constituye un tratamiento discriminatorio entre el hijo de filiación matrimonial y no matrimonial, pues no obstante corresponderle permanecer bajo el cuidado personal de uno de sus padres, si el actual cónyuge de ese padre o madre se opone, no tiene derecho a vivir en compañía de éste bajo el mismo techo, cuestión que como antes analizamos, es uno de los contenidos de este derecho función de cuidado personal.

Este consentimiento del actual cónyuge no progenitor, viene a ser un derecho absoluto, pues su oposición no requiere expresión de causa.

Según la autora, se trata de una norma que contraviene lo previsto en el artículo 222 inciso segundo del C.C. -introducido mediante la ley N° 19.585 que fijó también la redacción del artículo 228-, y cuyo contenido pertenece a la categoría de principio rector en el ejercicio de las relaciones filiales, al prescribir que la preocupación fundamental de los padres es el interés superior de los hijos, para lo cual deben procurar su mayor realización espiritual y material posible, guiándolo en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Vulnera además el artículo 17 N° 5 del Pacto de San José de Costa Rica, referido a la protección de la familia, en cuanto señala que la ley debe reconocer iguales derechos a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo; y el artículo 9 párrafo 1 y 2 de la CDN, de acuerdo con el cual, 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.

El artículo 228 del C.C. ignora por completo los criterios enunciados en dichos tratados internacionales y en la misma legislación civil, puesto que no entrega la decisión del asunto a la autoridad judicial, sino directamente al cónyuge no progenitor. Se trata de una norma inconstitucional a la luz del artículo 19 N°2 de la CPR.

⁵⁶ Cfr. SCHMIDT HOTT, CLAUDIA, *op. cit.*, pp.287-288, y "Filiación matrimonial y filiación no matrimonial: fundamento y alcance de esta distinción en la nueva legislación", en *El Nuevo Estatuto de Filiación en el Código Civil chileno*, Santiago de Chile, Fundación Facultad de Derecho, 1999, pp.175-176. *Vid.*, ETCHEBERRY COURT, LEONOR, *op. cit.*, pp.106-107.

2.5. Modificación de los derechos y obligaciones relativos al cuidado personal

Así como el interés superior del niño puede indicar que el cuidado personal sea atribuido a uno u otro progenitor, ese mismo interés considerado en distintas circunstancias, puede justificar un cambio en la radicación del cuidado personal, de modo que quien no la ejercía, sea ahora el más idóneo para ello.

El artículo 242 del C.C., prevé la revocación de las resoluciones judiciales relativas a los derechos y obligaciones entre padres e hijos, por la cesación de la causa que haya dado motivo a su pronunciamiento; señala que también pueden modificarse o revocarse, en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo.

Eso sí, la modificación de lo acordado por los progenitores, debe considerar lo prescrito por el inciso segundo, parte final, y cuarto del artículo 225 del C.C., que en cuanto al acto de atribución convencional del cuidado personal, admiten su revocación exigiendo que se cumplan las mismas solemnidades observadas para su otorgamiento.

En la doctrina española, ZANÓN MASDEU⁵⁷, señala que serán verdaderamente relevantes los hechos posteriores, cuando de haber existido con anterioridad hubiesen determinado la concesión de las medidas en sentido distinto al adoptado. RIVERO HERNÁNDEZ⁵⁸ concluye que para que proceda la modificación de medidas, el hecho que se invoque debe ser, por una parte nuevo, en cuanto no conocido o no podido tener en cuenta al establecer el régimen inicial -es decir, que haya una alteración respecto de los presupuestos fácticos de que se partió-, y además debe ser suficientemente serio y grave, amén de justo, para dar lugar a ese cambio.

El problema radica en la determinación de dicha alteración sustancial, que justifica la modificación de la atribución o ejercicio del cuidado personal.

⁵⁷ Cfr. ZANÓN MASDEU, LUIS, *Guarda y custodia de los hijos*, Barcelona, Bosch, 1996, p.131.

⁵⁸ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *El derecho de visita*, Barcelona, Bosch, 1997, p.329.

Así por ejemplo, el hecho que el cónyuge pase a convivir con otra persona, contrayendo o no vínculo de matrimonio, no es motivo suficiente para modificar el cuidado personal de los hijos⁵⁹. En cambio, el hecho acreditado de que esta nueva situación amorosa influye negativamente en el hijo, sí puede ameritar una reforma del cuidado personal; o si el mismo niño manifiesta con insistencia su deseo de convivir con su otro padre o madre, deberá atenderse y determinar si verdaderamente se justifican sus aprensiones, siempre considerando primordialmente su mejor interés.

Están legitimados para solicitar este cambio de atribución, el progenitor no guardador -en virtud del ejercicio de su derecho de vigilancia y control (al que nos referiremos luego)-, el juez, e incluso, el mismo hijo en virtud de su derecho a ser oído.

2.6. Límites tradicionales del ejercicio del cuidado personal: derecho de vigilancia y control, y deber de colaboración

La atribución del cuidado personal al progenitor que resulte más apto para ejercerla, no acarrea la pérdida de la titularidad de la patria potestad del padre o madre no guardador, quien conserva por ende, una importante injerencia en la formación integral de su hijo.

En los países en que la patria potestad no tiene sólo un contenido patrimonial sino que comprende todos los derechos funciones de carácter filial, la titularidad de la patria potestad continúa, salvo decisión judicial o acuerdo de los padres, en manos de ambos progenitores, pero sólo en uno de ellos ejerce el cuidado personal (guarda o custodia).

Al progenitor que no tiene el cuidado personal, le competen los siguientes derechos-deberes: mantener una relación directa y regular con el hijo que no

⁵⁹ Recordemos que la Corte de Apelaciones de Santiago, en la sentencia ya citada, de 05 de mayo de 1989, ha señalado que el hecho de convivir la madre con quien no es su cónyuge legítimo, ni el padre de los menores, en el mismo hogar que éstos habitan, la inhabilita en los términos de los artículos 223 inciso 2º del C.C. [actual artículo 225 inciso tercero] y artículo 42 N° 6 de la Ley de Menores, por cuanto con ello da un manifiesto y permanente mal ejemplo, que implica necesario peligro para la moralidad de los hijos, debiendo entregarse al padre la tuición. *R.D.J.*, vol. LXXXVI, secc. 2º, p.30.

vive en su compañía, el derecho de vigilancia y control, y el deber de colaboración. Se trata de ciertas facultades derivadas de la responsabilidad parental, que limitan el ejercicio del cuidado personal.

En efecto, el cumplimiento del llamado derecho-función de contacto directo y regular, o régimen comunicacional, determina en la práctica, una cortapisa a la guarda jurídica y la generación de ciertas cargas que deberá observar el progenitor cuidador. Enseguida nos referiremos a los otros dos derechos funciones a que hemos aludido, sin profundizar en el régimen comunicacional por exceder el objetivo del presente trabajo.

2.6.1. El derecho de vigilancia y control

El C.C. y nuestra nueva LMC, no hace referencia explícita a este derecho, a diferencia de otras legislaciones, como la francesa e italiana⁶⁰.

⁶⁰ El primer párrafo del artículo 288 del Código Civil francés, establece que: "*El padre que no tenga el ejercicio de la patria potestad conservará el derecho a vigilar la manutención y la educación de los hijos y deberá ser informado, en consecuencia, de las decisiones importantes relativas a la vida de estos. Contribuirá en proporción a sus recursos y a los del otro progenitor.*".

Por su parte, el artículo 373-2-1 del mismo cuerpo legal, prescribe: "*Si el interés del niño lo exigiera, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad a uno de los padres. El ejercicio del derecho de visita y de alojamiento no podrá denegarse al otro progenitor, salvo por motivos graves.*".

Este progenitor conservará el derecho y el deber de velar por el mantenimiento y la educación del niño. Deberá ser informado de las decisiones importantes relativas a la vida del menor. Deberá cumplir la obligación que le impone el artículo 371-2.".

En tanto, el Código Civil italiano, dispone en su artículo 155, párrafo tercero: "*El cónyuge a quien los hijos no hayan sido entregados a su cuidado tiene el derecho y el deber de vigilar su instrucción y educación y puede recurrir al juez cuando considere que hayan sido adoptadas decisiones perjudiciales a su interés.*".

El Código Civil español, en cambio, no hace referencia a este derecho, no obstante haberse contemplado tanto en los anteproyectos que precedieron a la ley de 1981, como en el artículo 20 de la ley de divorcio de 1932, que establecía en su párrafo 2: "*el que no los tenga en su poder conserva el derecho de comunicar con ellos y vigilar su educación en la forma que determine el Juez, quien adoptará las medidas necesarias para asegurar el ejercicio de estos derechos.*".

El ejercicio de la responsabilidad parental por el padre que no ejerce el cuidado personal del hijo, importa el derecho-deber de estar informado de la forma de vida y educación de que gozan sus hijos, y correlativamente, del derecho-deber de vigilar su cuidado y educación, por parte del padre o madre cuidador. Éste estará, por lo tanto, obligado a comunicarle las decisiones que incidan en la crianza -en sentido general-de los hijos comunes.

En todo caso, creemos que la mejor forma de estar al tanto de su rendimiento escolar, estado de salud, actividades de esparcimiento, educación religiosa, etc., es mediante el cumplimiento del régimen de contacto directo y regular que se determine, y la calidad de la comunicación que se mantenga con el niño. Obviamente que si la edad del hijo u otras circunstancias no permiten este conocimiento espontáneo, el padre o madre guardador deberá informarle de ello. MASSIP⁶¹ señala que "la existencia de este derecho de vigilancia debería normalmente llevar al esposo cuidador a mantener, a su ex-convivierte, informado de las decisiones importantes que él adopta en lo que concierne a su hijo en común. El hecho de dejar al padre no cuidador sin ninguna noticia podría hasta, aparentemente, constituir un abuso de derecho."

Cada uno de los derechos-funciones que origina la relación paterno-filial, justifica este derecho de vigilancia y control. La ruptura conyugal no extingue el ejercicio de la responsabilidad parental⁶², subsistiendo todos los deberes generados por la relación de filiación, principio de carácter amplio, que por cierto, engloba esta carga de observar el desempeño del otro progenitor.

Otro argumento justificativo de este derecho, es el que RIVERO HERNÁNDEZ⁶³ construye a partir del deber de mantenimiento que le corresponde al progenitor no guardador, ya que al colaborar económicamente con la crianza y educación

⁶¹ "L'existence de ce droit de surveillance devrait normalement amener l'époux gardien à tenir son ex-conjoint informé des décisions importantes qu'il prend en ce qui concerne leur enfant commun (voire à le consulter). Le fait de laisser le parent non gardien sans aucune nouvelle pourrait même, semble-t-il, constituer un abus de droit." MASSIP, JACQUES, *La réforme du divorce*, Tomo I, Paris, Répertoire du notariat déférénois, 1976, p.253.

⁶² Más adelante volveremos sobre este principio y analizaremos los artículos 36 y 53 de la LMC.

⁶³ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *op. cit.*, p.1035.

de sus hijos se estará en situación de controlar que efectivamente esa contribución se destine a dichos fines.

Si el cuidador se niega a cumplir este deber de información, será el juez quien deberá compelerlo a ello, en cuya situación su fallo será más limitado. Sin embargo, en caso de que las discrepancias entre los padres en la toma de decisiones que competen a ambos, sean de tal magnitud que no puedan darle solución sin mediar intervención judicial, el pronunciamiento será sobre el fondo de la cuestión debatida, determinación que no deja de ser compleja (casos de intervenciones quirúrgicas o cambios de profesión religiosa, por ejemplo).

2.6.2. El deber de colaboración

Este deber, cuyo desarrollo doctrinario se debe al Derecho italiano⁶⁴, es correlativo al derecho que recién desarrollamos. Consiste en un deber de carácter personal, no económico, pero con los mismos caracteres de exigibilidad que revisten los derechos-funciones que hemos analizado.

Así, como el progenitor no guardador tiene derecho a exigir cierto nivel de información relativa a sus hijos, el padre o madre guardador tiene, a su vez, el derecho a exigirle cierta especial colaboración de carácter no patrimonial, bajo determinadas circunstancias que exceden a la tarea de educación y crianza que de todos modos comparten. Sería el caso de ciertas urgencias en las que el guardador sencillamente no puede cumplir con su labor (enfermedad que le impida enviarlos al colegio, brindarle compañía al hijo en situaciones de accidentes, etc.).

⁶⁴ Vid. FALZEA, ANGELO, *La separazione personale*, Milano, A. Giuffrè, 1943, p.189; PALLADINO ALFONSO y PALLADINO VINCENZO, *Il Divorzio*, Milano, A. Giuffrè, 1975, pp.300-301; SCARDULLA, FRANCESCO, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, Milano, A. Giuffrè, 1977, pp.200-201; y SCARDULLA, FRANCESCO, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, terza edizione, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 63 y 206 y ss.

3. EL CUIDADO PERSONAL EN EL ACUERDO REGULADOR DE LAS CRISIS MATRIMONIALES

3.1. Principios generales que gobiernan el ejercicio de la responsabilidad parental

Los artículos 222 inciso segundo del C.C.; 36 y 53 de la Ley de Matrimonio Civil constituyen el punto de partida de la regulación de cada uno de los efectos que sobrevienen a las situaciones de crisis matrimonial.

El artículo 222 inciso segundo del C.C., establece 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"*. Se trata de un principio de carácter general que gobierna el ejercicio de las relaciones filiales.

La directriz conserva su validez si sobreviene la ruptura matrimonial. De ello dan cuenta los artículos 36 y 53 de la LMC. El artículo 36 señala que *"no se alterará la filiación ya determinada ni los deberes y responsabilidades de los padres separados en relación con sus hijos. El juez adoptará todas las medidas que contribuyan a reducir los efectos negativos que pudiera representar para los hijos la separación de sus padres"*. El mismo principio se encuentra consagrado en el artículo 53, en cuanto *"el divorcio pone término al matrimonio, pero no afectará en modo alguno la filiación ya determinada ni los derechos y obligaciones que emanan de ella."*

Como veremos, estos preceptos son el eje sobre el cual los cónyuges y el juez, deben construir las reglas que regirán la nueva realidad familiar. El legislador ha acogido fuertemente -desde la ley N° 19.985-, como principios informadores de este nuevo derecho de familia, el interés superior de los hijos y la audiencia de los mismos.

Por estas razones, estimamos adecuado realizar, a modo preliminar, un pequeño análisis de estas directrices: la no liberación de los deberes parentales en situaciones de crisis matrimonial, el interés superior del niño, su derecho a ser oído y el dictamen de especialistas.

3.1.1. La ruptura conyugal no extingue la responsabilidad parental

Este principio se encuentra consagrado en los artículos 36 y 53 de la LMC, transcritos más arriba⁶⁵. Se trata de reforzar lo prescrito por el artículo 222 del C.C., para las crisis de ruptura conyugal, pues la responsabilidad parental no se extingue ni restringe para ninguno de los progenitores, muy por el contrario, los derechos funciones que comprende, deben reforzarse.

La filiación, una vez determinada, da lugar a diversos efectos: de carácter personal o de contenido patrimonial. Muchas de las consecuencias del vínculo filiativo se estructuran sobre la base de los llamados derechos-funciones y no de simples obligaciones. Lo que antes se estimaba como derecho de los progenitores pasa a ser entonces un derecho-deber, o derecho-función, de tal manera que, por ejemplo, el llamado derecho a mantener una relación directa y regular, ya no es privilegio del padre o madre que no vive en compañía de su hijo, sino que es también un derecho del propio hijo, porque el desarrollo de su autonomía progresiva exige que mantenga un régimen de comunicación con ellos. Este elemento es lo que imprime el sello de indisponibilidad a este tipo de relaciones paterno-filiales, derivado del carácter de orden público que revisten las normas de derecho de familia (artículos 21 inciso tercero de la LMC y 12 del C.C.). El padre o la madre no pueden exonerarse del ejercicio de estos deberes invocando inaptitud para ello; tal pacto adolecería de nulidad y ni siquiera la homologación del juez podría reparar tal defecto.

⁶⁵ En España, el artículo 92 del Código Civil español, comienza afirmando que *"la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos."*. Este primer párrafo reitera lo señalado a propósito de la patria potestad, en los artículos 110 y 111.4. El artículo 110 del Código Civil español, establece que *"El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos."* El artículo 111 del mismo cuerpo legal, que enumera las causales de privación de la patria potestad, demás funciones tuitivas, y otros derechos, prescribe en su párrafo 4 que: *"Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos."*

Luego de las anteriores reflexiones, nos permitimos hacer un alcance importante. Es innegable que el modelo único de familia ha cedido lugar a distintos tipos de uniones familiares, ya que cada vez más proliferan los motivos que conducen a las personas a unirse en modos de cohabitación paralelos al matrimonio, y que como vemos, el ordenamiento jurídico comienza a regular. Aunque el presente trabajo versa sobre el cuidado personal de los hijos en el contexto de las crisis matrimoniales, este principio de responsabilidad se posiciona con igual validez frente a la ruptura de las uniones de hecho, de tal manera que carece de importancia la existencia o no de un vínculo de matrimonio puesto que la responsabilidad parental tiene su generación en otro hecho, el del vínculo filiativo.

3.1.2. El interés superior del niño y su derecho a ser oído

La importancia de estos principios se refleja en su carácter transversal; son numerosas las materias regidas por ellos.

Dos son entonces los principios que informan los aspectos a los cuales deberá referirse el convenio regulador, en el caso de existir hijos menores: el interés superior del niño y su derecho a ser oído. Su estudio supera el objeto del presente trabajo, por lo tanto sólo los abordaremos brevemente.

3.1.2.1. El interés superior del niño

El artículo 3.1 de la CDN⁶⁶ 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."*

⁶⁶ Ratificada y promulgada por Chile mediante decreto supremo núm. 830, de fecha 14 de agosto de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores; y publicada en el Diario Oficial de 27 de septiembre de 1990.

Este principio se encuentra consagrado en todos los países que han llevado a cabo un proceso de reforma del derecho de familia⁶⁷; ha sido fuertemente desarrollado por la doctrina, y la jurisprudencia avanza decididamente hacia su consideración en todas aquellas decisiones que involucren al niño como sujeto de derecho, constituyendo así un importantísimo criterio de interpretación judicial.

Es un principio cuya definición se encuentra en desarrollo, o dicho de otro modo, forma parte de los denominados conceptos indeterminados⁶⁸, relativos o abstractos, que adquieren verdadera dimensión cuando son aplicados al caso concreto. No obstante, podemos afirmar que su cumplimiento equivale al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente⁶⁹.

⁶⁷ En Europa, por ejemplo, el artículo 371-1 del Código Civil francés (modificado por la ley N° 2002-305 del 4 de marzo de 2002 relativa a la patria potestad, establece: *"La patria potestad es un conjunto de derechos y deberes que tienen por finalidad preservar el interés del niño."*

El padre y la madre ejercerán la patria potestad hasta que el niño alcance su mayoría de edad o su emancipación, con objeto de velar por su seguridad, su salud y su moralidad, asegurar su educación y permitir su desarrollo, con el respeto debido a su persona. Los padres permitirán a los hijos participar en las decisiones que les afecten, según su edad y grado de madurez."

Los artículos 6 párrafo segundo de la Ley de Divorcio italiana de 1970, y 155 del Código Civil italiano, prescriben que el tribunal que pronuncia la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio, declara a cual progenitor corresponde el cuidado de los hijos y adopta cualquier otro pronunciamiento relativo a los hijos teniendo presente los intereses materiales y morales de los mismos.

El artículo 1671 del BGB, ya citado, establece que si los padres viven separados, ambos comparten la responsabilidad del cuidado del hijo; si ambos padres tienen el cuidado personal del hijo y viven separados, cualquiera de ellos puede pedir al Tribunal de Familia que le entregue sólo a él el cuidado personal o una parte de éste, solicitud que será aceptada si: el otro padre está conforme y el hijo mayor de 14 años no se opone, y si es de suponer que entregar el cuidado sólo al padre que lo solicita, es lo mejor para el bienestar del hijo.

⁶⁸ Rivero Hernández, señala que *"el interés del menor constituye, en efecto, en nuestro sistema jurídico y en otros, un concepto jurídico indeterminado, por medio del cual la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite que sea precisado luego en el momento de su aplicación."* RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2000, p.57.

⁶⁹ Cfr. ALONSO PÉREZ, MARIANO, *"La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras"*, A.C., 1997-1, p.24; y ROCA TRIAS, ENCARNACIÓN, *Familia y Cambio social (De la "casa" a la persona)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, p.212.

En el marco de una crisis matrimonial, corresponde a los padres observarlo en sus relaciones con los hijos, y al juez determinarlo, en caso de desacuerdo de aquéllos, decodificando la opinión del niño con la ayuda de especialistas -dando aplicación al segundo de los principios enunciados cual es el derecho del niño a ser oído, y al cual nos referiremos enseguida-.

Diversas disposiciones se refieren al interés del niño, pero sin entrar a describir su contenido; es la técnica denominada *cláusula general*, por la cual los conceptos no se definen en la ley, sino que se refieren a realidades indeterminadas, que sólo llevadas a situaciones concretas conducen a una solución determinada. Esta opción legislativa se opone a la anglosajona, caracterizada por la concreción del interés del menor conforme a ciertos criterios normativos preestablecidos.

RIVERO HERNÁNDEZ⁷⁰ da cuenta de las distintas visiones en torno al *favor filii*. Una corriente tradicional y autoritaria ubica el interés del hijo en la perfección de su educación, impuesta y dirigida, ignorando las preferencias e inclinaciones del niño. Otra tendencia entiende que el interés del niño se identifica con sus gustos y deseos. Y una tercera posición, intermedia, que concibe el interés del hijo en función de su edad y personalidad, equilibraría el autoritarismo de la primera con las necesidades y tensiones afectivas, administradas ambas con prudencia, distinguiendo entre niño y adolescente para otorgarle al primero mayor estabilidad emocional, y al segundo, la debida libertad.

Veamos ahora el rol del interés del niño en el convenio regulador de las crisis matrimoniales.

En primer lugar, este principio debe ser respetado tanto por los padres que acuerdan el convenio, como por el juez al estudiar su contenido y determinar si lo homologa o lo rechaza.

Así, los progenitores deben tenerlo como consideración primordial al fijar el régimen de cuidado personal (y en su caso el de la patria potestad), y de comunicación, los alimentos, y demás materias que incidan en el interés del

⁷⁰ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, "Comentarios al artículo 92", en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro I del Código Civil* Coordinados por LACRUZ BERDEJO, J. L., Madrid, Civitas, 2ª ed., 1994, p.1018. Estas tendencias se citan en la SAP de Cuenca, de 31 marzo 1999 (AC 1999\4408).

niño, ya que se trata de uno de los principios inspiradores no sólo del Derecho Civil de familia, sino de todas las ramas del Derecho relativas a la infancia y la adolescencia⁷¹.

Por su parte, en caso de desacuerdo, o de desaprobación del convenio regulador, el juez es quien debe determinar dónde está verdaderamente dicho interés.

El artículo 3º inciso 1º de la LMC, establece que "*las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos (...)*". El artículo 27 inciso segundo, señala, a propósito de la separación judicial, que si ésta se solicitase de común acuerdo, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos, aclarando que el acuerdo será "*suficiente si resguarda el interés superior de los hijos (...)*". El artículo 36 inciso segundo, prescribe que "*el juez adoptará todas las medidas que contribuyan a reducir los efectos negativos que pudiera representar para los hijos la separación de sus padres.*", lo cual va encaminado a garantizar el interés superior de aquéllos. Y, por último, en materia de procedimiento, el artículo 85 inciso segundo determina que "*cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño (...)*"⁷²⁻⁷³.

Ha consagrado fuertemente el *favor filii*, la ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, considerándolo uno de los principios del procedimiento al señalar en su artículo 16, que "*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*

⁷¹ Cfr. VARGAS CABRERO, BARTOLOMÉ, "El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor", en *El menor y la familia: Conflictos e implicaciones*, vol. col., Rodríguez Torrente (ed.), Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998, p.89.

⁷² Los destaques de este párrafo son nuestros.

⁷³ Las normas transcritas refuerzan lo establecido en el C.C. respecto del *favor filii*. En efecto, el interés superior del niño se recoge en varias disposiciones del C.C.: artículos 222 inciso 2º, 225 inciso 3º, 229 inciso 2º, 234 inciso 3º, 240 inciso 2º, 244 inciso 3º, 245 inciso 2º, 268 inciso 2º, y 272 inciso 2º.

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."⁷⁴

Como vemos, el legislador ha optado por una alusión genérica, sin llegar a determinar qué entiende por *interés superior*; lo mismo sucede con la jurisprudencia al respecto, que tampoco otorga parámetros para concretarlo.⁷⁵

⁷⁴ La ley N° 19.968, concreta el principio del interés superior del hijo, en las siguientes disposiciones: artículo 2 N° 2, referido a la atención de público, "*destinada a otorgar una adecuada atención, orientación e información al público que concurra al juzgado, especialmente a los niños, niñas y adolescentes, y manejar la correspondencia del tribunal*"; en el artículo 5 letra b), dentro de las funciones del Consejo Técnico, "*asesorar al juez para la adecuada comparecencia y declaración del niño, niña o adolescente*"; en el artículo 19, referido a la representación, que establece "*en todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados*."

El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación.

La persona así designada será el curador ad litem del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones del juicio.

De la falta de designación del representante de que trata este artículo, podrán reclamar las instituciones mencionadas en el inciso segundo o cualquier persona que tenga interés en ello."; en el artículo 22 sobre medidas cautelares conservativas o innovativas, determinando que "*sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar*"; y en el artículo 30 relativo a convenciones probatorias, señalando que "*el juez aprobará sólo aquellas convenciones probatorias que no sean contrarias a derecho, teniendo particularmente en vista los intereses de los niños, niñas o adolescentes involucrados en el conflicto. Asimismo, el juez verificará que el consentimiento ha sido prestado en forma libre y voluntaria, con pleno conocimiento de los efectos de la convención*".

⁷⁵ Las distintas concepciones que del interés de los hijos pueden llegar a sostenerse, se reflejan en el bullado caso Atala, en el cual el padre de las menores dedujo su demanda dirigida a obtener el cuidado personal de sus hijas, sobre la base de argumentar que la decisión adoptada por la madre siguiendo su tendencia homosexual, provoca daños en el desarrollo integral psíquico y en el ambiente social de las tres menores. La Corte Suprema, en su resolución del 31 de mayo de 2004 que resolvió el recurso de queja interpuesto, señaló que la regla del

En el derecho inglés, en cambio -donde se ha acuñado el término *welfare principle*-, encontramos mayor precisión en el ámbito legal. En efecto, la *Guardianship of Minors Act 1971*, la *Children Act 1975*, la *Matrimonial Causes Act 1973*, la *Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Acts 1978*, y la *Children Act 1989*, señalan que los tribunales, en orden a la custodia o crianza de un menor, y en la administración de sus intereses, deben considerar el bienestar del menor como la primera y superior consideración. Esta última ley mencionada, contiene la enunciación de los criterios y factores dirigidos a determinar qué es el interés del niño.

En cuanto a la consideración del interés superior del hijo en decisiones relativas al cuidado personal, ZANÓN MASDEU⁷⁶ distingue entre el interés moral y el interés material del hijo. El primero dice relación con una completa y eficiente formación espiritual, psicológica y educativa, mientras que el segundo se pondría de manifiesto por la posición económica de los progenitores, cuestión

(continuación nota 75)

inciso primero del artículo 225 del Código Civil, que previene que en el caso de que los padres vivan separados el cuidado personal de los hijos toca a la madre, no es una norma absoluta y definitiva, y "*Que, en consecuencia, el tribunal puede confiar el cuidado personal de los hijos al otro padre, haciendo cesar la tuición de quien la ejerce, si existe una causa calificada que haga indispensable adoptar la resolución, siempre teniendo en cuenta el interés del hijo*", el cual estimó vulnerado por los "*efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas*". En cambio, el voto particular de los Ministros señores José Benquis C. y Orlando Álvarez H., establece que "*el juez no puede variar la norma general de la radicación del cuidado de los hijos, por arbitrio o con fundamentos faltos de justificación, livianos o ambiguos, sino únicamente cuando un examen restrictivo de la normativa legal y de los antecedentes acompañados demuestre un indispensable interés del niño*", agregando que "*en los dictámenes que obran en los autos agregados, tanto los sicólogos como las asistentes sociales, infieren que la homosexualidad de la madre no vulnera los derechos de las niñas, ni priva a aquella de ejercer su derecho de madre, ya que desde una perspectiva psicológica o siquiátrica, a juicio de dichos expertos, se trata de una persona absolutamente normal*" y que "*restarle a la madre, sólo por su opción sexual, la tuición de sus hijas menores de edad como lo ha requerido el padre sobre la base de apreciaciones netamente subjetivas, involucra imponer tanto a aquellas como a la madre una sanción innominada y al margen de la ley, amén de discriminatoria*".

⁷⁶ Cfr. ZANÓN MASDEU, LUIS, *op. cit.*, Barcelona, Bosch, 1996, pp.41 y ss.

que tendría relevancia, a efectos de la atribución de la guarda y custodia, cuando sus intereses materiales estén salvaguardados. Para este autor, el interés moral prevalece sobre el material, aunque lo ideal sería conciliar ambos intereses de los hijos, con sus intereses afectivos y con los de los progenitores.

3.1.2.2. El derecho del niño a ser oído

El derecho del niño a ser oído encuentra su fundamento en la participación, derecho esencial de todos los seres humanos, y que subyace en las diversas consagraciones que de él se hacen en beneficio de los adultos, pero también en favor de la niñez y la adolescencia. No se restringe a la idea de defensa en juicio o al alcance de la capacidad procesal de dicho grupo, sino que desborda ese marco para elevarse a un derecho humano cuyo ejercicio tiene lugar en todos los ámbitos de la vida⁷⁷.

Varias de las disposiciones que aparecen en la CDN abordan el derecho del niño a la participación; su artículo 12, concretamente, revela esta dimensión especial⁷⁸. El principio afirma que el niño es una persona en todo el sentido de la palabra, que tiene el derecho a expresar sus opiniones en aquellos asuntos que le afecten, las que deben ser escuchadas y tenidas debidamente en cuenta

⁷⁷ Vid. LOMABARDO VÁSQUEZ, JOSÉ MARÍA, "Problemática que plantea la audiencia de los hijos menores en la aprobación de los convenios y sus incidencias", en *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*, DIF, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1984, pp.399-412; LATHROP GÓMEZ, FABIOLA, "El derecho del niño a ser oído", en *Instituciones de Derecho de Familia*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2004, pp.145-185.

⁷⁸ Artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño:

"1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño, oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."

en función de su edad y madurez. Este artículo reconoce las posibilidades que tienen los niños de enriquecer el proceso de toma de decisiones, compartir su perspectiva y participar como ciudadanos y promotores del cambio.

Debe tenerse en cuenta que todo niño, niña o adolescente, tiene derecho a ser oído o escuchado, en todos los ámbitos de su vida, esto es, en el plano familiar, escolar, social, judicial, administrativo, etc. Pero, otra cosa es tomar en cuenta la opinión que ha manifestado sobre las cuestiones que le atañen. Se distinguen entonces dos etapas o estadios sucesivos. En el primero de ellos, es primordial entender que todos los sujetos que interactúan deben estar estimulados para acrecentar, cada uno en su ámbito, competencias propias y ponerse en una actitud de escucha recíproca, teniendo en cuenta que hay muchas formas de comunicarse que no son la verbalización y que en determinada edad son más importantes y que deben ser escuchadas desde la interdisciplina. En la segunda etapa de este proceso, se determina si debe o no tomarse en cuenta la opinión del niño, y en caso afirmativo, en qué medida. La respuesta a esta nueva interrogante, plantea diferentes respuestas, según se trate de la atribución del cuidado personal, de la fijación de un régimen de comunicación con el padre o madre no conviviente o con otros familiares a los cuales la ley concede tal derecho, en la adopción, en lo referido al ejercicio de la patria potestad, etc. La solución, será entonces, casuística.

RIVERO HERNÁNDEZ⁷⁹, estima que salvo los casos en que por razón de la edad quede excluida, *ab initio*, la audiencia (niños de seis meses o de cuatro años), será aconsejable que a partir de una edad razonable (ocho o diez años) deba ver el juez al niño para comprobar por sí mismo si tiene suficiente juicio.

Nuestra opinión es que el niño debe ser escuchado u oído, siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio; no es conveniente fijar edades en la ley sino seguir pautas generales inspiradas en el texto mismo del artículo 12 de la CDN. Eventuales inconvenientes, como razones psicológicas, físicas, falta de madurez, etc., podrían ser subsanables en algunos casos, a través del nombramiento de un tutor especial, o si se trata de discapacidades del habla,

⁷⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *op. cit.*, Bosch, Barcelona, 1997, p.172.

un intérprete, y en otros, de un psicólogo o médico personal o conocido por el niño. En estas situaciones, la única variación en la aplicación del derecho a ser oído, será respecto de la forma en que se llevará a cabo la escucha, que ya no se hará en forma directa sino a través de un tercero, interlocutor válido⁸⁰.

Por otra parte, la obligación de oír al niño no es equiparable con la de aceptar su deseo. Las expresiones que emita durante el proceso en que sea escuchado, no son una especie de orden para el juez. La actitud correcta será desentrañar la verdadera voluntad, interés, y conveniencia del niño. Lo que oiga de él será un elemento fundante de su decisión pero no su decisión misma: "su necesidad subjetiva deberá ser confrontada con la necesidad objetiva"⁸¹ y resolverá teniendo en cuenta el interés superior del niño⁸².

El juez deberá lograr la máxima congruencia entre lo que el niño expresa y lo que éste requiere para un adecuado proceso de socialización, teniendo siempre en cuenta su mejor interés. El juez y los demás operadores del Derecho deben representarse la posibilidad de que el niño esté sufriendo presiones o interferencias, las que variarán dependiendo del juicio de que se trate pero que tendrán el

⁸⁰ La SAP de Barcelona (Secc. 12ª), de 2 abril 1998 (AC 1998/669) señala ciertos inconvenientes del examen judicial de niños de 6 ó 7 años de edad: "la indagación judicial sobre sus preferencias, además de no ser significativas debido a la influenciabilidad de un niño de tal edad, sería notablemente perjudicial para su equilibrio psíquico, ya que implicaría colocarlo en la tesitura de que decida a favor de un progenitor, en perjuicio del otro, lo que supone un nivel de exigencia que la psiquiatría infantil especializada califica de traumatismo psíquico de carácter muy grave, y significa en la práctica el desplazamiento de la responsabilidad que sólo atañe a los padres -y, en ausencia de acuerdo, al juzgador- hacia el propio hijo menor."

⁸¹ ORLANDI, OLGA. "El derecho del niño a ser oído en los procedimientos judiciales vinculados con la familia", en X Congreso Internacional de Derecho de Familia: El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas, 1998, Mendoza, Argentina. Ponencias Comisión II. p.273.

⁸² En cuanto a la valoración de la opinión del niño, Bermúdez Ballesteros, señala que el criterio judicial es variable. En ciertos casos, la consideran directamente como fundamento de su decisión (aunque se observa que se valora una serie de otras circunstancias, principalmente en los casos de hijos de 5 a 8 años), en otros, en cambio, resuelven en un sentido contrario al expresado por los hijos menores. Los factores ponderados son la edad, el grado de discernimiento, la existencia de manipulaciones e influencias, la justificación en la que descansa el deseo del niño, etc. Cfr: BERMÚDEZ BALLESTEROS, Mª DEL SAGRARIO, "Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial", *Aranzadi Civil*, 2001-1, pp.1867-1868.

común denominador de deformar el legítimo derecho del niño de exteriorizar sus deseos y emociones; no olvidemos, además, que el juez no sólo debe ponderar lo *dicho* por él sino que deberá ser un atento interlocutor, descubrir actitudes y gestos que evidencian, en ocasiones, mucho más que las propias palabras.

El estatuto filiativo recoge el principio del derecho del niño a ser oído, fundamentalmente en el Título IX del C.C. denominado "*De los Derechos y Obligaciones entre los padres y los hijos*". Son dos los artículos claves en esta materia: el artículo 222 inciso segundo y en el artículo 242 inciso segundo del C.C., que cierra dicho Capítulo señalando que "*en todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez*".⁸³

La LMC reconoce expresamente este principio, en su artículo 85 inciso segundo -referido a ciertas reglas comunes para la nulidad, separación y divorcio-, señalando que "*oír a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes*".

Como vemos, no se establece una edad mínima a partir de la cual el niño, niña o adolescente deba ser oído o escuchado⁸⁴; la ley recoge el criterio de la CDN (artículo 12), estableciendo que debe ser oído cuando tenga suficiente juicio y discernimiento⁸⁵.

⁸³ Los destaques son nuestros.

⁸⁴ La ley N° 19.968 derogó el artículo 36 de la Ley de Menores, que distinguía entre púberes e impúberes a efectos de oír al niño.

⁸⁵ El derecho del niño a ser oído se encuentra consagrado en la legislación española. La audiencia tiene lugar en los procedimientos en que se discuten cuestiones que le atañen, ya sea de oficio, o a petición del Ministerio Fiscal, de los cónyuges, y del propio hijo. La audiencia propiamente tal se efectúa siempre de manera directa y exclusiva por el juez, aunque excepcionalmente, puede estar presente el Ministerio Fiscal. El artículo 92 del Código Civil español establece que: "*las medidas judiciales sobre cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de 12 años de edad*".

3.1.3. El dictamen de especialistas. El Consejo Técnico

Esta es la última de las directrices a que nos referiremos.

Si bien nuestro ordenamiento jurídico no contempla una norma, que con carácter general⁸⁶, permita al juez solicitar el dictamen de especialistas, se trata de una herramienta a la cual los jueces suelen recurrir.

(continuación nota 85)

El artículo 154 párrafo 5, de dicho cuerpo legal, en materia de patria potestad, prescribe: "si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que los afecten". Asimismo, su artículo 159, determina que "el juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieren suficiente juicio, y en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.". La Ley Orgánica 1/1996 del 15 de enero, sobre la Protección Jurídica del Menor, que modifica parcialmente el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece en las disposiciones generales, "que las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el estatus social del niño y como consecuencia de eso se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia.". Su artículo 9 establece: "DERECHO A SER OÍDO: 1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada, a su situación, y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad. 2. Se garantiza que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo, o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio. No obstante cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente. 3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le representa, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al ministerio fiscal y a aquéllos.". Cabe destacar el carácter obligatorio que reviste esta audiencia en el derecho español. Lo confirma la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 1987, que resolviendo un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal en interés de la ley por violación al artículo 92.2 del Código Civil español, señaló que la omisión de la audiencia del niño determina la nulidad de las actuaciones judiciales por provocar indefensión e ir en detrimento del *favor filii*, estimando que el precepto infringido es de carácter sustantivo y no procesal.

⁸⁶ La legislación española, en el marco de la regulación de las crisis matrimoniales, establece en el párrafo final del artículo 92 del Código Civil, que: "el juez, de oficio, o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas."

Algunos de los motivos que justifican el parecer de los especialistas, los señalamos a propósito de la necesidad de colaboración en la tarea de decodificación de la opinión del niño, pero ciertamente son numerosísimas las circunstancias que harán necesaria esta intervención, y diversas también las ciencias de cuya asistencia se requerirá. Recordemos que la crisis familiar encierra complejos conflictos, que deben resolverse por una justicia de familia interdisciplinaria.

La ley N° 19.968 le ha dado una nueva dimensión a este elemento, con el objeto de implementar los anteriores principios generales enunciados.

En efecto, los nuevos Juzgados de Familia -creados por la ley N° 19.968-, que operan en nuestro país desde el 1° de octubre de 2005, contemplan una nueva e importantísima figura: el Consejo Técnico, el cual entre otras funciones, debe evacuar los informes que se estimen convenientes para la mejor resolución del asunto sometido al conocimiento del juez.

Se trata de un órgano auxiliar de administración de justicia (artículo 457 del COT), previsto para cada juzgado de familia e integrado por profesionales especializados en asuntos de familia e infancia (artículo 6° de la ley N° 19.968).

Conforme con el artículo 5° de la ley N° 19.968, las funciones de dichos profesionales son: asesorar, individual o colectivamente, a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de su especialidad; y en particular: a) Asistir a las audiencias de juicio a que sean citados con el objetivo de emitir las opiniones técnicas que le sean solicitadas; b) Asesorar al juez para la adecuada comparecencia y declaración del niño, niña o adolescente; c) Evaluar la pertinencia de derivar a mediación o aconsejar conciliación entre las partes, y sugerir los términos en que esta última pudiere llevarse a cabo; y d) Asesorar al juez en todas las materias relacionadas con su especialidad.

Dentro de las normas referidas al procedimiento de la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes, el artículo 73 de la ley N° 19.968, señala a propósito de la audiencia de juicio, que "esta audiencia tendrá por objetivo recibir la prueba y decidir el asunto sometido a conocimiento del juez. En ella podrán objetarse los informes periciales que se hayan evacuado, pudiendo el juez hacerse asesorar por el

consejo técnico.”; y en el artículo 76 en cuanto a los informes sobre el cumplimiento de las medidas de protección, establece que “en la ponderación de dichos informes, el juez se asesorará por uno o más miembros del consejo técnico.”.

A propósito de la suspensión condicional de la sentencia en el procedimiento relativo a los actos de violencia intrafamiliar, el artículo 96 de la ley N° 19.968 establece que: “aprobada el acta de mediación, el juez suspenderá condicionalmente la dictación de la sentencia. Para efectos de lo dispuesto en este artículo, el juez deberá ser asesorado por uno o más miembros del consejo técnico, asegurándose que las partes estén en capacidad para negociar libremente y en un plano de igualdad”; y el artículo 100, prescribe que dicho proceso “sólo podrá terminar por sentencia ejecutoriada o en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 98. Asimismo, cuando el proceso se hubiere iniciado por demanda o denuncia de un tercero, el juez de familia, durante la audiencia preparatoria y previo informe del consejo técnico, podrá poner término al proceso a requerimiento de la víctima si su voluntad fuere manifestada en forma libre y espontánea.

Como vemos, el Consejo Técnico cumple el rol de asesoramiento, asistencia y sugerencia en todas aquellas materias de familia, que ameritan una opinión especializada para su mejor resolución.

Hasta ahora, la Corte Suprema ha fijado el alcance que de los informes de especialistas, en juicios relativos al cuidado personal, señalado que “en el campo de los asuntos de familia o que afecten a menores, las decisiones que la ley comete al tribunal también son y deben ser de resorte y responsabilidad propia e indelegable de los jueces respectivos, de suerte que los informes o dictámenes de psicólogos o asistentes sociales u otros profesionales que se alleguen por las partes a la causa o que ordene el tribunal, son sólo elementos de la convicción que deben formarse personalmente los jueces, al ponderar en su conjunto los medios de prueba.”⁸⁷.

⁸⁷ Sentencia de 31 de mayo de 2004, rol núm. 1.193-03. Leyes y Sentencias, núm. 1, 1 a 16 de octubre de 2005, p.59.

3.2. Los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio: el acuerdo regulador de los cónyuges en la Ley de Matrimonio Civil.

3.2.1. Cuestiones previas

Muchas de las instituciones de nuestra nueva legislación matrimonial, tienen entre sus fuentes de inspiración a la reforma española de 1981 en materia de divorcio. En efecto, en España, el divorcio descansaba hasta hace poco, en lo que en el nuevo lenguaje jurídico chileno es el cese o cese efectivo de la convivencia conyugal (según se trate de separación judicial o divorcio, respectivamente⁸⁸), que no es otra cosa que la separación de cuerpos, hecho que evidencia la ruptura o quiebre conyugal⁸⁹. Es decir, la separación en muchos supuestos abrirá paso al divorcio o lo que es lo mismo, será prerequisite de aquél; ello se aprecia en la tipología de divorcio que consagra la nueva LMC, a saber:

- * Divorcio culposo: por falta que constituya violación grave de los deberes y obligaciones del matrimonio, o respecto de los hijos. En una enumeración no taxativa incluye la conducta homosexual, el alcoholismo o drogadicción, abandono reiterado del hogar común, malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica y otros.
- * Divorcio de común acuerdo: cuando ha transcurrido 1 año desde el cese de la convivencia.
- * Divorcio unilateral: por cese efectivo de la convivencia conyugal por a lo menos 5 años, salvo que, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a sus obligaciones de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo.

⁸⁸ Cfr. BARRIENTOS GRANDON, JAVIER, y NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU, *Nuevo Derecho Matrimonial chileno*, Santiago de Chile, LexisNexis, segunda edición, 2004, p.390.

⁸⁹ La realidad jurídica española se vio radicalmente reformada por la ley N° 15/2005, de 08 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que amplió el ámbito de libertad de los cónyuges en el acceso al divorcio, eliminando el sistema causalista existente en la ley.

3.2.2. El convenio regulador en la nueva Ley de Matrimonio Civil chilena

La LMC regula bajo su Capítulo VII⁹⁰, que lleva por epígrafe "*De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio*", la compensación económica, la conciliación y la mediación. Se trata de una sistematización muy poco feliz, ya que tal como han advertido BARRIENTOS y NOVALES⁹¹, la normativa que reúne no es realmente común a estas tres instituciones; así, la compensación económica no procede en ningún caso de separación judicial (artículo 61 LMC), la conciliación sólo procede en los juicios de separación y divorcio (artículo 67 LMC), y la mediación no procede en casos de nulidad (artículo 71 LMC).

Lo que ocurre, es que el legislador chileno reprodujo deficientemente en esta materia, lo prescrito por la normativa española. En efecto, en cuanto a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, el Código Civil español establece un régimen jurídico unitario -al cual nos referiremos más adelante-, dentro del cual se encuentra el convenio regulador.

La LMC, alude a este último, bajo la denominación de "*acuerdo regulador*", entre otras disposiciones:

- En el Capítulo III, párrafo 1 "*De la separación de hecho*", al señalar en sus artículos 21 y 23:

Artículo 21. "*Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio.*

En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado.

Los acuerdos antes mencionados deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables."

⁹⁰ Introducido por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

⁹¹ Cfr. BARRIENTOS GRANDON, JAVIER, y NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU, *op. cit.*, p.402.

Artículo 23. "*A falta de acuerdo, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar que el procedimiento judicial que se sustancie para reglar las relaciones mutuas, como los alimentos que se deban, los bienes familiares o las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio; o las relaciones con los hijos, como los alimentos, el cuidado personal o la relación directa y regular que mantendrá con ellos el padre o madre que no los tuviere bajo su cuidado, se extienda a otras materias concernientes a sus relaciones mutuas o a sus relaciones con los hijos.*"

En el Capítulo III, párrafo 2 "*De la separación judicial*", al señalar en su artículo 27:

"Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar al tribunal que declare la separación, cuando hubiere cesado la convivencia.

Si la solicitud fuere conjunta, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita."

En el Capítulo VI "*Del Divorcio*", párrafo 1 "*De las causales*", al señalar en su artículo 55, incisos 1º y 2º:

"Sin perjuicio de lo anterior, el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año.

*En este caso, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita."*⁹²

⁹² Éste y los anteriores destaques son del autor.

3.2.2.1. Génesis de la institución

El proyecto original de la LMC⁹³ incluía un Título también denominado "*De las reglas comunes a la nulidad, la separación y el divorcio*". En él se contemplaba la posibilidad de un acuerdo que regulara las relaciones mutuas de los cónyuges, y con respecto de los hijos, para después que la nulidad se declarara o el divorcio o la separación, en su caso, se decretaran. Dicho acuerdo se estimaba *completo* si regulaba los siguientes aspectos: cuidado personal, régimen comunicacional, régimen económico del matrimonio, bienes familiares y alimentos. Se consideraba *suficiente* si al referirse a cada una de dichas materias, resguardaba suficientemente el interés de los hijos, procuraba aminorar el daño que causara la ruptura y establecía relaciones equitativas hacia el futuro entre quienes se divorciaran, anularan o separaran⁹⁴. Incluso se contemplaba la posibilidad que el juez, de oficio, ordenara a cada una de las partes presentar un proyecto de regulación de su vida futura, entregándole amplias facultades correctoras del mismo.

⁹³ Moción de la Diputada señorita Saa, señoras Allende y Aylwin, y los de Diputados señores Walker, Barrueto, Cantero, Longton, Munizaga, Elgueta y Viera-Gallo.

⁹⁴ **Artículo 63:** "En los casos de ruptura de que tratan los párrafos precedentes, los cónyuges podrán convenir en un acuerdo que regule sus relaciones mutuas y con respecto de los hijos para después que la nulidad se declare o el divorcio o la separación, en su caso, se decreten. Ese acuerdo constará por escrito y deberá ser completo y suficiente. Es completo cuando regula la tuición y visita de los hijos, contiene reglas explícitas acerca del régimen económico del matrimonio y respecto de los bienes familiares y precisa la situación alimentaria de los miembros de la familia constituida a resultas del matrimonio cuyas obligaciones se suspenden o cuyo término se decreta. Es suficiente cuando, al referirse a cada una de las materias que se acaban de señalar, resguarda suficientemente el interés de los hijos, procura aminorar el daño que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas hacia el futuro entre quienes ahora se divorcian, anulan o cuya separación se decreta."

Artículo 64: "No habiendo los cónyuges convenido en un acuerdo que regule su vida separada, o en el caso que aquel en que hubieren convenido resultare incompleto o insuficiente, corresponderá al juez precisar, en la misma resolución que lo decreta, los efectos de la nulidad, la separación o el divorcio, en su caso."

Artículo 65: "A fin de resolver las condiciones en que se desenvolverá la vida futura de quienes contrajeron matrimonio nulo o de quienes, habiéndolo contraído válido, se divorcian o separan, el juez, de oficio, ordenará a cada una de las partes presentar un proyecto de regulación de su vida futura que, al igual que el acuerdo a que se refiere el artículo precedente, sea suficiente y completo. Presentados los respectivos proyectos, el juez citará a una audiencia de conciliación en la que a partir de ellos, y procurando ajustar las expectativas de cada una de las partes, sugerirá bases de arreglo."

El texto aprobado por la Cámara de Diputados⁹⁵ recogió sustancialmente el contenido de la moción, introduciendo escasas variaciones. Se mantenía hasta entonces una destacable armonía entre esta trilogía de instituciones: nulidad, separación y divorcio.

Por su parte la Indicación del Ejecutivo, de 13 de septiembre de 2001, modifica el lenguaje hasta ahora utilizado y se refiere a "*los acuerdos de las partes relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y de relación directa y*

(continuación nota 94)

De no haber acuerdo, el juez derivará a las partes a un proceso de mediación ante los organismos extrajudiciales que determine el reglamento o ante los propios órganos del tribunal, o resolverá lo que, siendo suficiente y completo y siendo compatible con el mérito del proceso, más se adecue a la solución a que, atendidos sus respectivos proyectos, las partes habrían espontáneamente arribado.

Al respecto, y por resolución fundada, el juez podrá alterar las reglas de la distribución de gananciales o del crédito de participación, si los hubiere; disponer pensiones alimenticias por tiempo limitado a favor de uno de los cónyuges; o prever alguna otra prestación que asegure a favor de los hijos o el cónyuge relaciones equitativas."

⁹⁵ **Artículo 59:** "En los casos de ruptura de que traten los párrafos precedentes, los cónyuges podrán convenir un acuerdo que regule sus relaciones mutuas y con respecto de los hijos para después que la nulidad se declare o el divorcio o la separación, en su caso, se decreten. Ese acuerdo constará por escrito y deberá ser completo y suficiente. Es completo cuando regula la tuición y visita de los hijos, contiene reglas explícitas acerca del régimen económico del matrimonio y respecto de los bienes familiares y precisa la situación alimentaria de los miembros de la familia constituida a resultas del matrimonio cuyas obligaciones se suspenden o cuyo término se decreta.

Es suficiente cuando, al referirse a cada una de las materias que se acaban de señalar, resguarda suficientemente el interés de los hijos, procura aminorar el daño que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas hacia el futuro entre quienes ahora se divorcian, anulan o cuya separación se decreta.

Para determinar el carácter equitativo de dichas relaciones, el juez deberá considerar especialmente la situación de desventaja para incorporarse al mercado laboral en que se encuentre el cónyuge que ha permanecido al cuidado de los hijos y del hogar común. Sólo podrá considerarse como suficiente el acuerdo que compense estas desventajas."

Artículo 60: "No habiendo los cónyuges convenido un acuerdo que regule su vida separada, o en el caso en que aquél en que hubieren convenido resultara incompleto o insuficiente, corresponderá al juez precisar, en la misma resolución que lo decretó, los efectos de la nulidad, la separación o el divorcio, en su caso."

Artículo 61: "El juez citará a una audiencia de conciliación en la que, procurando ajustar las expectativas de cada una de las partes, sugerirá bases de arreglo.

De no haber acuerdo, el juez derivará a las partes a un proceso de mediación o resolverá lo que, siendo suficiente y completo y siendo compatible con el mérito del proceso, más se adecue a la solución a que atendidas sus respectivas expectativas, las partes habrían espontáneamente arribado."

personal de los padres con los hijos". Dicho acuerdo podía regular: materias vinculadas al régimen económico del matrimonio, bienes familiares, alimentos entre los cónyuges y respecto de los hijos, cuidado personal de éstos, y régimen de relación directa y regular entre hijos y progenitores. Además, los parámetros para estimar el acuerdo como completo y suficiente no diferían de los ya propuestos por la Cámara⁹⁶.

Fue en el Senado donde se modificó notablemente la sistemática hasta ahora observada. El Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional -y que no difiere sustancialmente en esta materia de su Segundo Informe ni del

⁹⁶ La indicación N° 57 señalaba: *Introducense al actual artículo 59, que pasó a ser 57, las siguientes modificaciones: c) Sustitúyese la frase que sigue al primer punto seguido y los incisos segundo y tercero, por el siguiente inciso segundo nuevo: "Dicho acuerdo podrá comprender: a) Todas las materias vinculadas al régimen patrimonial de bienes del matrimonio, b) La regulación de bienes familiares, c) El derecho de alimentos entre los cónyuges y respecto de los hijos, d) El cuidado personal de los hijos; y e) El régimen que detentarán las relaciones directas entre hijos y progenitores."*

La indicación N° 59 disponía el siguiente texto:

Artículo 59: "Cuando el acuerdo a que se refieren los artículos anteriores sea completo y suficiente, en los términos que a continuación se señalan, dará lugar a la declaración judicial inmediata de separación provisoria de los cónyuges.

El acuerdo es completo cuando regula el cuidado personal de los hijos comunes, la relación directa y personal de los padres con los mismos y las obligaciones alimentarias entre los cónyuges y respecto de dichos hijos.

Por su parte, es suficiente cuando, al referirse a cada una de las materias antes señaladas, resguarda adecuadamente el interés de los hijos, procura aminorar el daño que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas hacia el futuro entre los cónyuges que se separan.

Para determinar el carácter equitativo de las relaciones entre los cónyuges, deberá considerarse especialmente la situación de desventaja para incorporarse al mercado laboral en que se encuentre el cónyuge en que ha recaído el cuidado de los hijos y del hogar común."

texto definitivo de la LMC-, da cuenta de ello, al abordar los acuerdos de los cónyuges ya no en un cuerpo ordenado de disposiciones sino que a propósito de la separación de hecho⁹⁷ y la separación judicial⁹⁸, entre otras.

⁹⁷ **Artículo 22:** "Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio.

En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado."

El Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva ley de matrimonio civil, Boletín núm. 1759-18, sólo adicionó un tercer inciso: "Los acuerdos antes mencionados deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables."

⁹⁸ **Artículo 28:** "Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar al tribunal que declare la separación, cuando hubiere cesado la convivencia.

Si la solicitud fuere conjunta, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 22. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita."

El Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva ley de matrimonio civil, Boletín 1759-18, no introdujo cambios al artículo.

Artículo 32: "Al declarar la separación, el juez deberá resolver todas y cada una de las materias que se señalan en el artículo 22, a menos que ya se encontraren reguladas o no procediere la regulación judicial de alguna de ellas, lo que indicará expresamente. Tendrá en especial consideración los criterios de suficiencia señalados en el artículo 28.

El juez utilizará los mismos criterios al evaluar el acuerdo presentado o alcanzado por los cónyuges, procediendo en la sentencia a subsanar sus deficiencias o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente.

En la sentencia el juez, además, liquidará el régimen matrimonial que hubiere existido entre los cónyuges, si así se le hubiere solicitado y se hubiere rendido la prueba necesaria para tal efecto."

El Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva ley de matrimonio civil, Boletín núm. 1759-18, no introdujo cambios al artículo.

Las razones esgrimidas por la Comisión fueron de sistematización⁹⁹: prefirió tratar separadamente la relación entre los cónyuges, y entre éstos con los hijos. Al discutir la Indicación del Ejecutivo en materia de reglas comunes a la nulidad, la separación y el divorcio, señaló que: "La Comisión reguló estas situaciones a propósito de la separación, por lo que rechazó la sugerencia, pero aprovechó de precisar que estas reglas comunes se aplican a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio, habida consideración de que en otros no proceden."¹⁰⁰.

Lo anterior puede llevarnos a deducir que las normas sobre los acuerdos de los cónyuges, aplicables a los casos de separación y divorcio por mutuo consentimiento¹⁰¹, no lo son a la nulidad. De acuerdo al texto de la ley, a los cónyuges sólo les corresponderá determinar de común acuerdo lo referente a la compensación económica. Sin embargo, y esto es importante, hay que tener en cuenta el artículo 89 de la LMC, que señala en su inciso primero que "*las acciones que tengan por objetivo regular el régimen de alimentos, el cuidado personal de los hijos o la relación directa y regular que mantendrá con ellos aquél de los padres que no los tenga bajo su cuidado, cuando no se hubieren deducido previamente de acuerdo a las reglas generales, como asimismo todas las cuestiones relacionadas con el régimen de bienes del matrimonio, que no hubieren sido resueltas en forma previa a la presentación de la demanda de separación, nulidad o divorcio, deberán deducirse en forma conjunta con ésta o por vía reconvenional, en su caso, y resolverse tan pronto queden en estado, de acuerdo al procedimiento aplicable.*"

⁹⁹ "La Comisión, por razones de sistematización, prefirió tratar separadamente la relación entre los cónyuges, y entre éstos con los hijos, que el texto de la Cámara de Diputados regula en conjunto, y de manera escueta respecto de estos últimos". Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva ley de matrimonio civil. Boletín núm. 1759-18, p.158.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p.201.

¹⁰¹ La LMC ordena que si ambos cónyuges están de acuerdo en divorciarse, deben acompañarse el acuerdo al que nos hemos referido.

Inciso 2º del artículo 55: "*En este caso, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita.*"

¿Esto quiere decir que en los casos de nulidad los cónyuges no podrán convenir arreglos relativos a cuestiones patrimoniales y paterno filiales? La disposición transcrita habla de acciones que no se hubiesen deducido previamente. Los legisladores apartaron la nulidad de los *acuerdos* a los que nos hemos referido¹⁰²; sin embargo, me parece que en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, los cónyuges podrán pactar todo aquello que no rebase los límites de la misma. Por lo demás, puede resultar conveniente en algún supuesto, la autorregulación de los efectos de tal declaración de nulidad para lo cual pueden resultar útiles las reglas dadas para la separación y el divorcio.

3.2.3. Formulación, contenido mínimo y rol del juez en el acuerdo regulador

En cuanto a la formulación del convenio, es preceptivo en el divorcio de común acuerdo y separación judicial; y facultativo para las separaciones de hecho (artículos 21, 27 y 55 de la LMC).

El contenido mínimo previsto por la LMC para los acuerdos de los cónyuges está señalado en primer lugar, en el artículo 21, a propósito de la separación de hecho (se remiten a él, los artículos 27 y 55 referidos a la separación judicial

¹⁰² "La indicación de S.E. el Presidente de la República sustituye los artículos 60 a 65 por los artículos 59, 60 y 61, que regulan el acuerdo que puede producirse entre los cónyuges que se separan, así como la regulación judicial de las materias respectivas si tal acuerdo no se produce.

El contenido de estos tres artículos de la indicación del Ejecutivo quedó recogido en la normativa referente a la separación, en los artículos 22 y siguientes del texto que proponemos.

La Comisión compartió los criterios que inspiran estas indicaciones y, al respecto acordó señalar, en el artículo 91 del proyecto de ley que se propone en su oportunidad, que las acciones que tengan por objetivo regular el régimen de alimentos, el cuidado personal de los hijos o la relación directa y regular que mantendrá con ellos aquél de los padres que no los tenga bajo su cuidado, cuando no se hubieren deducido previamente de acuerdo a las reglas generales, como asimismo todas las cuestiones relacionadas con el régimen de bienes del matrimonio, que no hubieren sido resueltas en forma previa a la presentación de la demanda de separación, nulidad o divorcio, deberán deducirse en forma conjunta con ésta o por vía reconvenional, en su caso, y resolverse tan pronto queden en estado, de acuerdo al procedimiento aplicable". Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva ley de matrimonio civil. Boletín núm. 1759-18, pp.218-219.

y al divorcio, respectivamente). En esta disposición se contempla la regulación de: las relaciones mutuas entre ellos, especialmente alimentos y régimen de bienes; y en caso de que hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado.

En segundo lugar, a propósito de la separación judicial, el artículo 27 permite a cualquiera de los cónyuges solicitar al tribunal que declare la separación, cuando hubiere cesado la convivencia. En el inciso segundo, advierte que si la solicitud fuere conjunta, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será *completo* si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es *suficiente* si resguarda el interés superior de los hijos (conforme a los artículos 222 del C.C. y 3 de la LMC), procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura¹⁰³, y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita.

En definitiva el contenido mínimo¹⁰⁴ será:

- * En cuanto a las relaciones mutuas entre los cónyuges, los alimentos legales del artículo 321 del C.C. y las cuestiones relativas al régimen de bienes del matrimonio, esto es, los correspondientes pactos permitidos por la ley vigente el vínculo matrimonial.
- * En caso de haber hijos, el régimen de alimentos (conforme al artículo 321 número 2, 323 inciso segundo y 332 inciso segundo del C.C.); la regulación del cuidado personal (observando, entre otros, los artículos 222 inciso segundo y 225 del C.C.); y, por último, la determinación del régimen comunicacional o de la relación directa y regular que mantendrá con los hijos, el padre o madre que no los tuviere bajo su cuidado (artículo 229 del C.C. y artículo 48, inciso cuarto, de la ley N° 16.618).

¹⁰³ Elemento introducido por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en segundo trámite constitucional.

¹⁰⁴ Dado el margen de reconocimiento de la autonomía de la voluntad que inspira a nuestra nueva LMC, los cónyuges podrán convenir la regulación de otras materias que estimen pertinentes, siempre que se encuentren dentro de la ley. *Vid.* BARRIENTOS GRANDON, JAVIER, y NOVALES ALQUEZAR, ARANZAZU, *op. cit.*, p.301.

Las facultades de intervención que la LMC entrega al juez, con respecto al convenio regulador, son bastante amplias.

Al evaluar el acuerdo presentado o alcanzado por los cónyuges, deberá utilizar los mismos criterios que han de tener en cuenta los cónyuges, es decir, lo estimará suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges. Si fuere incompleto o insuficiente, en la sentencia deberá subsanar sus deficiencias o modificarlo (artículo 31 inciso primero y segundo de la LMC). Además, liquidará el régimen matrimonial que hubiere existido entre los cónyuges, si así se le hubiere solicitado y se hubiere rendido la prueba necesaria para tal efecto.

Por otra parte, en materia de separación judicial, el artículo 36 parte segunda, de la LMC, señala que *"el juez adoptará todas las medidas que contribuyan a reducir los efectos negativos que pudiera representar para los hijos la separación de sus padres."*

Por último, el artículo 85 inciso tercero, de la LMC, establece en materia de procedimiento aplicable a la nulidad, separación y divorcio, que *"el juez, en cualquier momento, podrá adoptar de oficio las medidas que crea convenientes para el cumplimiento de lo anterior, así como para solucionar de la mejor manera posible las rupturas o conflictos matrimoniales."*

3.3. Naturaleza jurídica del acuerdo regulador de las crisis matrimoniales

Dada su reciente instauración, no existe aún en nuestra doctrina y jurisprudencia, un desarrollo de la figura del acuerdo regulador. Nos permitimos en esta parte, efectuar un somero análisis de su naturaleza jurídica, cuestión que dada la enorme repercusión que ocasiona en una serie de otras materias, es de las menos pacíficas en los ordenamientos jurídicos que la contemplan dentro de la regulación de las crisis matrimoniales.

3.3.1. El convenio regulador como negocio jurídico

Se ha entendido que el acuerdo regulador de las crisis matrimoniales, constituye un negocio jurídico bilateral propio del derecho de familia¹⁰⁵.

LÓPEZ ALARCÓN¹⁰⁶, señala que "es un negocio jurídico bilateral, consentido por ambos cónyuges, típico del Derecho de Familia por su naturaleza y contenido, en el que aquéllos convienen establecer el régimen jurídico del matrimonio separado o divorciado, tanto en sus aspectos personales como en los patrimoniales."

La autonomía de la voluntad de los cónyuges ejercida en el acuerdo regulador, es suficiente para definirlo como negocio jurídico, eso sí, de derecho de familia (por las características especiales que presenta). Además, creemos que junto a ese rasgo negocial, la intervención judicial cumple una función de gran relevancia en este negocio jurídico.

En esa dirección creemos que apunta ALONSO PÉREZ¹⁰⁷, al señalar que el convenio es el estatuto jurídico negocial de los cónyuges separados o divorciados, y de los efectos inherentes a estas situaciones familiares. No es un contrato ya que no crea, modifica o extingue solamente relaciones patrimoniales; es más bien un acuerdo o convención que regula una múltiple situación familiar o un enrevesado de relaciones jurídicas de carácter familiar. A pesar de ser, como todo negocio jurídico, expresión de la autonomía privada manifestada en una declaración de voluntad concorde, no es por sí sola suficiente para generar consecuencias jurídicas: la aprobación judicial es su presupuesto esencial o *condictio iuris*.

Por otra parte, al dimensionar el alcance de la intervención judicial, se le califica también de negocio jurídico complejo; de este modo la naturaleza jurídica del instituto pasa de ser un negocio jurídico bilateral, a llamarse *complejo*, o *mixto*. Por ejemplo, LÓPEZ ALARCÓN¹⁰⁸, señala "el acuerdo de los cónyuges sienta términos reguladores del convenio, y el Juez, que no puede sustituir de

¹⁰⁵ *Ibid.* DÍEZ-PICAZO, LUIS, "El negocio jurídico del Derecho de Familia", *R.G.L.J.*, XLIV, 1962, pp.771-792.

¹⁰⁶ LÓPEZ ALARCÓN, MARIANO, "El acuerdo de los cónyuges en la separación y en el divorcio", *La Ley*, 1981-4, p.856.

¹⁰⁷ *Cfr.* ALONSO PÉREZ, MARIANO, *op. cit.*, p.25.

¹⁰⁸ LÓPEZ ALARCÓN, MARIANO, *El nuevo Sistema Matrimonial español*, Madrid, Tecnos, 1983, p.129.

oficio ninguna de sus cláusulas ni el convenio todo, colabora con los cónyuges mediante la aprobación o repulsa y, en este último caso, para que la reiterada actividad de los cónyuges acabe configurando un definitivo convenio ajustado a las normas legales...". Y para DÍEZ-PICAZO y GULLÓN¹⁰⁹, el convenio regulador es un acto mixto en el que intervienen los sujetos privados y la autoridad pública; en él, ésta aparece como preponderante dada su propia naturaleza. Es decir, la naturaleza negocial permanece aunque el rol que se le otorgue al juez sea la homologación, esto es, calificación y comprobación de los requisitos legales; sin embargo, la interpretación de la ley puede permitir que el juez sea extraordinariamente activo, de tal modo que la aprobación del convenio se convierta en un juicio sobre su conveniencia.

3.3.2. Acuerdo regulador e intervención judicial

Dentro de la materia que nos ocupa, el rol del juez ante el acuerdo regulador es uno de los aspectos más discutidos en la doctrina extranjera. Dependiendo de la relevancia que se le conceda a la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la regulación de los efectos de su crisis matrimonial, el papel del juez en la homologación o aprobación del mismo, se posiciona más o menos protagónico.

Así, en la legislación española, para LÓPEZ Y LÓPEZ¹¹⁰ los principios de autonomía de la voluntad e intervención judicial, concurren de tal forma en el artículo 90 del Código Civil español, que es posible advertir interdependencia entre ellos; el rol del juez asume, en ciertas ocasiones, rasgos de control de lo acordado por los cónyuges, y en otras situaciones, funciones sustitutorias o quizá complementarias.

¹⁰⁹ *Cfr.* DÍEZ-PICAZO, LUIS; GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Madrid, Tecnos, 7ª ed., 1997, p.133. La misma concepción mantienen los autores en la edición posterior de su obra; *Vid.* DÍEZ-PICAZO, LUIS; GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Madrid, Tecnos, 9ª ed., 2004, p.127.

¹¹⁰ *Cfr.* LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL M., "Comentarios al artículo 90", en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro I del Código Civil* Coordinados por LACRUZ BERDEJO, J. L., Madrid, Civitas, 2ª ed., 1994, p.971.

La ley chilena supone el reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la ruptura conyugal¹¹¹; por ello, en la redacción de todo acuerdo regulador, y atendido el dinamismo que reviste toda crisis matrimonial, es conveniente considerar que el convenio que se logre debe ser capaz de dar solución a cuantas vicisitudes se produzcan con posterioridad.

Sin embargo, la autodeterminación de los cónyuges al acordar el convenio regulador no es absoluta, ya que se encuentra sometida al control judicial. Como vimos, su naturaleza de negocio jurídico de derecho de familia ha llevado a considerarlo un estatuto conyugal, o bien un negocio o pacto jurídico familiar en el que predomina la autonomía de la voluntad, pero en el que ésta tiene las limitaciones generales propias de todos los contratos, la prohibición de amparar situaciones abusivas o ejercicio antisocial del derecho y el no permitir renunciaciones contra la ley. Otras limitaciones específicas son las contenidas en el inciso segundo del artículo 27 de la LMC, que dispone que los acuerdos de los cónyuges son suficientes si resguardan el interés superior de los hijos, procuran aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita.

Dadas estas cortapisas que el ordenamiento jurídico impone a la autonomía de la voluntad en este ámbito del derecho de familia, cabe preguntarse si la gravitación de la autorregulación de los efectos de una crisis matrimonial se ve o no disminuida.

En principio, podemos señalar que no son pocas las ocasiones en que la LMC da al juez poder de intervención para subsanar la insuficiencia del acuerdo regulador (artículos 31 inciso primero, 36 y 85 inciso tercero de la LMC), y para la recomposición del vínculo matrimonial (artículos primero -al señalar el objeto de la ley-, 3 inciso segundo y tercero, 36 y 85 inciso tercero de la LMC). Sin embargo, creemos que será la aplicación jurisprudencial de las mismas reglas, las que definan el rol del juez en estos aspectos.

¹¹¹ Barrientos y Novales, opinan que "como el estado de separación de hecho, que supone el cese de la convivencia, se produce sin intervención judicial alguna, la ley de Matrimonio Civil solamente se limita a reconocer tal situación fáctica, y a permitir que los cónyuges que se hallan en tal estado regulen, de común acuerdo, 'sus relaciones mutuas' para tal estado de separación". BARRIENTOS GRANDON, JAVIER, y NOVALES ALQUEZAR, ARANZAZU, *op. cit.*, p.299.

En España, ROCA TRÍAS¹¹² considera pobre el rol de la autonomía de la voluntad en la problemática familiar dado el intervencionismo de los poderes públicos; los efectos de la separación, nulidad y divorcio matrimoniales no provienen del acuerdo de los cónyuges sino de una decisión legal previa que los fija: el artículo 32.2 de la Constitución española entrega a la ley la regulación de los efectos de aquella trilogía. Un segundo elemento de intervención está construido en el ámbito de principios; los artículos 90 a 101 del Código Civil español ofrecen la estructura de los efectos de las situaciones de crisis, y la regulación de ellos se efectúa considerando los principios constitucionales de igualdad entre los cónyuges y protección de los hijos (artículos 32.1 y 39 de la Constitución española), de allí que se imponga el control judicial mediante la homologación.

3.3.3. Teorías que explican la naturaleza jurídica del acuerdo regulador

La problemática surge al delimitar el control judicial a que aludimos en el epígrafe anterior, o dicho de otro modo, al dimensionar la intervención judicial en este tipo de procedimientos. Veamos las posiciones doctrinales y jurisprudenciales que existen al respecto.

Una primera interpretación puede llevarnos a concluir que de no existir daño objetivo para los hijos o perjuicio grave para uno de los cónyuges (respetando lo previsto en los artículos 27 y 55 de la LMC), el juez queda obligado a respetar lo acordado por éstos sin que pueda sustituir automáticamente los acuerdos que estime inaceptables o inconvenientes. La iniciativa del acuerdo sigue estando en la órbita de los cónyuges y no en la autoridad jurisdiccional. El juez sólo visa u homologa el acuerdo sin desempeñar actividad positiva alguna ya que el consentimiento de los cónyuges tiene una eficacia determinante y reviste los caracteres de un elemento esencial y autónomo. La homologación desempeña el cometido de una *condictio iuris* del convenio, de una confirmación constitutiva.

¹¹² Cfr. ROCA TRÍAS, ENCARNACIÓN, "Comentario al artículo 90 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, Vol. I, Madrid, Tecnos, 1984, p.544 y "Comentario al artículo 90 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p.382.

En España, MARIANO ALONSO¹¹³ señala que la frase del artículo 90 del Código Civil español "*los acuerdos adoptados por los cónyuges*", pone de manifiesto el carácter negocial del convenio. "En cierta medida, al menos, el juez es un siervo de las estipulaciones fijadas en el convenio, pues carece de esos poderes existentes en determinados ordenamientos jurídicos extranjeros que convierten su valoración homologante en auténtica declaración negocial, (...). El juez español carece de facultades de colaboración, ayuda o consejo en la elaboración de los acuerdos, y su competencia queda vinculada a una preceptiva homologación...".

No creemos que el ordenamiento chileno deje tan desprovisto de herramientas de control al juez. Es cierto que los poderes de actuación no están enunciados; la nueva LMC no se refiere, con la profundidad que aspectos de esta naturaleza exigen, al modo en que el juez puede recabar la información que necesite para formarse un criterio ante la situación familiar que se le presenta. Sin embargo, los mismos límites que la ley define frente a la aprobación del convenio, son verdaderas directrices que el juez debe aplicar.

En primer lugar, el interés de los hijos, de acuerdo a lo prescrito por los artículos 3º, inciso primero, y 85 inciso segundo de la LMC, entre otros. Este último establece una disposición de carácter general aplicable a los juicios de separación, divorcio y nulidad: "*cuando existieren menores de edad comprometidos, el Juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño...*".

En segundo lugar, la protección del interés del cónyuge más débil, respecto del cual el artículo 3º, inciso primero de la LMC, señala que las materias de familia reguladas por ella deberán resolverse cuidando de proteger siempre el interés del cónyuge más débil (idea que reproduce el artículo 27 inciso segundo de la LMC).

Por último, la LMC establece en el artículo 3º, inciso segundo, que "*(...) el juez procurará preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada.*", y en el inciso final, que "*asimismo, el juez resolverá las cuestiones atinentes a la nulidad, la separación y el divorcio, conciliándolas con los derechos y deberes provenientes de las relaciones de filiación y con la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura o la vida separada de los cónyuges.*" (disposición que concuerda con los artículos 1º inciso segundo, 36 y 85 inciso tercero de la LMC).

¹¹³ ALONSO PÉREZ, MARIANO, *op. cit.*, p.32.

Esto, sumado a los otros principios que creemos inspiran el ejercicio de la responsabilidad parental (como el derecho del niño a ser oído¹¹⁴), a los que nos referimos antes, son mecanismos que complementados, sin duda ayudan al juez a arribar a una decisión.

En esta línea, nos parece importante recalcar la norma contenida en el artículo 85 de la LMC, referida a la adecuación de las normas procesales. La disposición señala que la aplicación de las leyes que resulten aplicables a los juicios de separación, ha de estar presidida por el principio conforme al cual el juez debe aplicarlas del modo que parezca más conforme con la paz y la concordia entre los miembros de la familia afectada.

Continuando con la discusión acerca de la naturaleza jurídica del acuerdo regulador, hay quienes defienden la naturaleza transaccional del convenio regulador.

En nuestro derecho, a diferencia del español, por ejemplo, existen disposiciones que prohíben la transacción sobre cuestiones matrimoniales (el artículo 2.450 del C.C. proscribire la transacción sobre el estado civil, que es distinto). Así, en España, el artículo 1.814 del C.C. establece que no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre los alimentos futuros¹¹⁵.

¹¹⁴ El artículo 85 de la LMC establece que "*(...) el juez oír a aquel que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes.*". El inciso tercero agrega que "*el juez en cualquier momento, podrá adoptar de oficio las medidas que crea convenientes para el cumplimiento de lo anterior.*".

¹¹⁵ Regla prohibitiva que según Nieto Alonso, estaría tomada del artículo 1720 del Proyecto de Código Civil de 1851: "... que GARCÍA GOYENA no extendía a las transacciones a favor del matrimonio, sólo a las que iban en su contra". NIETO ALONSO, ANTONIA, "El convenio regulador como elemento imprescindible en la separación y el divorcio consensuales. Las cuestiones más polémicas", *R.D.F.*, N° 17, octubre 2002, p.18.

El artículo 1720 del Proyecto de 1851 establecía: "*No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ó cualquiera otra en que deba ser oído el ministerio público, á menos que la ley permita la transaccion, con intervencion del mismo.*". Cfr. GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español III-IV*, Barcelona, Base, 1973, pp.131-132.

Al respecto, la doctrina señala que "aunque el mencionado art. 1.814 CC prohíbe la transacción sobre cuestiones matrimoniales, esta prohibición no puede alcanzar a las patrimoniales..."¹¹⁶. Al efectuar una lectura del artículo 1.814 puede sostenerse que la prohibición de transigir se reduce a un estado civil determinado, y que la constitución de uno nuevo en materia matrimonial debe efectuarse siempre mediante sentencia¹¹⁷.

De tal forma, entendemos que lo que se proscribe es transigir sobre la existencia o subsistencia del matrimonio, y que por ende su nulidad por las causas legales o la ruptura del vínculo por divorcio deben ser sometidas a conocimiento judicial¹¹⁸, pues el ordenamiento jurídico aceptaría la transacción en procesos de separación y divorcio, no así en los de nulidad matrimonial¹¹⁹.

Otra posición eleva al convenio a la categoría de acto mixto. La doble naturaleza provendría de la distinción entre dos supuestos muy diferentes: las relaciones económicas entre los cónyuges y lo atinente a los hijos. En el primer caso estaríamos ante una verdadera transacción judicial -en sentido técnico-. En la segunda hipótesis al no tratarse de disposición de derechos propios ni de contratación sobre aspectos económicos, sino de modelar el cumplimiento de la relación paterno-filial, no puede hablarse de una genuina transacción ni de un contrato, aunque se admita la existencia de un negocio jurídico de derecho de familia; se trata por lo tanto de acuerdos que se someten a *aprobación* del juez y no a la simple homologación, pues aquí sí que dicha aprobación añade algo a los acuerdos: los convierte en obligatorios para las partes.

Esta tercera posición que afirma la naturaleza jurídica mixta del convenio regulador, le visualiza como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del ejercicio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges a que antes aludimos; sin embargo, esta manifestación precisa de la aprobación u homologación judicial para gozar de plena eficacia jurídica.

¹¹⁶ ROCA TRÍAS, ENCARNACIÓN, "Comentario al artículo 90 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p.383.

¹¹⁷ Cfr. ROCA TRÍAS, ENCARNACIÓN, "Comentario al artículo 90 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, Vol. I, Madrid, Tecnos, 1984, p.546.

¹¹⁸ Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, "Comentario al artículo 1814 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p.1772.

¹¹⁹ Vid. SAP de Barcelona, de 19 de julio de 1995, AC 1360.

Es lo que señala el Tribunal Supremo español, al distinguir tres supuestos: a) en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; b) en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; c) el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo previsto en la ley¹²⁰.

¹²⁰ Así lo ha señalado el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de abril de 1997, RJA 3251. En este mismo sentido:

- STS, de 26 de enero de 1993: señala que la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes; se limita a homologarlo después de que se comprueba que no es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos, pero de ninguna manera examina la corrección contable y valorativa de las operaciones liquidatorias ni mucho menos la ausencia de vicios de la voluntad en el consentimiento prestado a los mismos por los cónyuges. RJA 365.
- STS, de 27 de enero de 1998: declara que el convenio de separación matrimonial produce efectos inter partes y que se producen aunque falte aprobación judicial, dejando a salvo los derechos de los acreedores sobre los bienes gananciales y las consecuencias del registro inmobiliario. Claro está, siempre que el convenio se desenvuelva dentro de los límites lícitos del principio de la autonomía de la voluntad. RJA 110.
- STS, de 21 de diciembre de 1998: agrega: "...siendo la aprobación judicial que establece el artículo 90 del C.C. un requisito o *condictio iuris* de eficacia del convenio regulador, no de su validez, y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar el convenio integrado en la Sentencia. Ahora bien, ello no impide que, al margen del convenio regulador, los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro del límite de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio, ya se haga de forma simultánea, pero con referencia al convenio, a la suscripción de éste o posteriormente, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente; tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez.". RJA 9649.
- STS de Baleares, de 23 de junio de 2000: señala que el Tribunal Supremo ha admitido la fuerza de obligar entre los esposos de lo pactado por ellos en los convenios de separación no presentados ni por ende aprobados judicialmente en el proceso matrimonial. Cita la STS de 22 de abril de 1997 y afirma con ella que el acuerdo de los cónyuges es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes; afirma que no hay obstáculo a su validez como negocio jurídico en el que ocurrió el consentimiento, el objeto y la causa, y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico. La Sentencia añade que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.265 del C.C. las partes deben cumplir el negocio jurídico, concertado según el principio de la autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1.255 del C.C. RJA 3251.

3.3.4. La homologación y la aprobación judicial del acuerdo regulador

En los párrafos precedentes analizamos la naturaleza jurídica que reviste el acuerdo regulador, frente al rol que en su conocimiento desempeña el juez. Nos parece que la postura más acertada es la que sin negar el carácter negocial de este acto jurídico familiar, logra distinguir dos cuestiones que aparecen claras en la ley; esto es, lo atinente a las relaciones económicas entre cónyuges y las relaciones parentales. De ahí que este acápite reciba el nombre de la homologación y la aprobación judicial. En la primera de estas cuestiones estaremos en el campo de la homologación; en el segundo, en el de la aprobación propiamente tal. A continuación nos ocuparemos de la intervención judicial en los acuerdos entre cónyuges, para luego abordar la temática del rol del juez en materia de relaciones paterno-filiales.

3.3.4.1. Los acuerdos de los cónyuges

El artículo 31 inciso primero y segundo de la LMC, señala que si el acuerdo regulador de la separación, fuese incompleto o insuficiente, en la sentencia deberá subsanar sus deficiencias o modificarlo. Aunque el legislador no distingue claramente entre los pactos de contenido patrimonial y extrapatrimonial, parece claro que las relaciones económicas entre los cónyuges son plenamente dispositivas. Lo son tanto en lo que se refiere al régimen económico matrimonial, como en la regulación de las demás condiciones económicas con ocasión de la nulidad del matrimonio, separación, o divorcio.

En estos casos, transacción y convenio, se resuelven en un negocio jurídico sujeto a los límites generales de la autonomía de la voluntad privada, los cuales deben ser controlados por el juez al momento de la homologación¹²¹.

¹²¹ El Tribunal Supremo español ha señalado que la función de cualquier tribunal civil, no puede ser la de aprobar sustantivamente lo acordado por los litigantes, sino la de controlar si se cumplen los requisitos subjetivos, objetivos y formales de toda transacción, es decir, simplemente la de homologar (STS, de 10 de mayo de 2000).

3.3.4.2. Relaciones Paterno-Filiales

La legislación civil parte del principio general de que los padres pueden decidir acerca de lo que estimen más beneficioso para los hijos (artículos 222 y siguientes del C.C.). Los límites los constituyen aquellas hipótesis de intervención judicial.

El juez debe evaluar el acuerdo presentado o alcanzado por los cónyuges, procediendo en la sentencia a subsanar sus deficiencias o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente (artículo 31 LMC). En este caso, entendemos que cualquiera de los dos progenitores puede acudir al juez, el cual, después de oír a ambos, y al hijo si tuviere suficiente juicio, decidirá dependiendo de la pretensión hecha valer con cuál de los padres quedarán los hijos menores, el ejercicio de la patria potestad, el régimen comunicacional que deberá sostener el progenitor que noviva en compañía de su hijo, y la obligación alimenticia.

Recordemos que para ello, el juez deberá respetar lo dispuesto por el artículo 3º de la LMC, que establece que todas estas materias deben ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos, y por los artículos 36 y 55 de la LMC que señalan que el juicio de separación y divorcio no altera la filiación ya determinada, y por ende, los deberes y responsabilidades de los padres separados en relación con sus hijos, quedan incólumes. Agregando el artículo 36, que el juez debe adoptar todas las medidas que contribuyan a reducir los efectos negativos que pudiera representar para los hijos la separación de sus padres (en concordancia con el artículo 3º inciso tercero y 85 inciso tercero de la LMC).

Por último, debemos señalar que la audiencia de los hijos, prevista en el artículo 85 inciso segundo de la LMC, a la que nos referimos anteriormente, se refiere únicamente a lo que el convenio les afecte. Esta audiencia debe producirse siempre que los hijos tengan suficiente juicio y discernimiento.

Una vez que el juez cuente con los suficientes elementos de juicio, deberá aprobar o desaprobado el acuerdo. En este estadio procesal el tribunal no hará sólo una adecuación formal a la ley, pues ésta establece sólo pautas muy generales derivadas del principio del interés superior del niño; en realidad la actividad jurisdiccional está encaminada a analizar la realidad fáctica del convenio para detectar si éste es o no perjudicial para los hijos. Esto supera un mero control de legalidad.

3.3.5. Posición del juez ante el acuerdo regulador

No obstante la delimitación que efectuamos precedentemente en torno a la homologación o aprobación, en su caso, del acuerdo regulador, creemos necesario referirnos a ciertos elementos que podrían ser positivos para la valoración que el juez debe realizar.

En efecto, ya sea en lo que se refiera a cuestiones de índole patrimonial o personal, la actividad jurisdiccional debe ser diligente, en el marco de tribunales especializados en materias de familia, y con carácter interdisciplinario. En el Derecho comparado se advierten legislaciones que dan más o menos amplitud de facultades para efectuar de oficio las diligencias que se estimen pertinentes, y la libertad de criterio otorgada al juez varía dependiendo de si se trata de cuestiones patrimoniales entre cónyuges o estrictamente paterno-filiales¹²².

LÓPEZ Y LÓPEZ¹²³ distingue tres estadios en el objeto del control judicial. El primero de ellos se refiere a la aprobación de la observancia de normas imperativas, en cuanto existe el deber general de los jueces de poner de manifiesto y reprimir la nulidad producida por el incumplimiento de dichas normas, control que en todo caso, no incide en las hipótesis de anulabilidad del convenio, ya que ésta queda reservada a la facultad de impugnación de los legitimados activos. En segundo lugar, la verificación de que el convenio contiene la regulación mínima indicada en la ley: que en caso de no haberla constituye causa de inadmisión de la solicitud, lo que sin calificar el fondo del asunto, está dirigido a comprobar la existencia de ese contenido mínimo al que hemos

¹²² La doctrina italiana, por ejemplo, partiendo de la base de que las rupturas conyugales pueden producirse por diversos motivos, señala que el juez tiene un papel distinto en cada uno de estos grupos de causas. Roppo sistematiza los tipos legales de intervención judicial de la siguiente forma: intervenciones del magistrado penal imponiendo sanciones penales a actos con una tipificación legal efectuados contra la familia; intervención del juez en conflictos entre los cónyuges eminentemente patrimoniales; las intervenciones en situaciones en que la familia se ha disuelto o está a punto de hacerlo, sea cual sea el título por el que esta disolución se produce (nulidad, separación o divorcio); por último, casos en que el juez interviene en conflictos o relaciones familiares independientemente de la existencia de un conflicto entre los cónyuges. Cfr. ROPPO, ENZO, *Il giudice nel conflitto coniugale, la famiglia tra autonomia e interventi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 17 y ss., cit. por ROCA TRÍAS, ENCARNACIÓN, op. cit., p. 572.

¹²³ Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL M., op. cit., p. 986.

hecho referencia. Por último, se refiere al juicio de conveniencia del acuerdo para los cónyuges y los hijos, si los hay, cuestión que el autor estima como el más importante de los controles que la ley prevé.

En cuanto al primer estadio, podría llegar a sostenerse que la aprobación judicial produce la convalidación de los vicios de que adolece el convenio. Pero antes hay que distinguir ante qué tipo de defecto estamos. Desde luego al juez le corresponderá castigar la nulidad derivada por infracción a normas imperativas, como lo es el mismo artículo 21 en cuanto prescribe los aspectos a los que ha de referirse el acuerdo (y los artículos 27 y 55 que se remiten a él). En cambio, si se trata de vicios de la voluntad, puede presentarse una dificultad de interpretación exigiéndose que tal anomalía genere efectivamente un daño a alguno de los cónyuges.

Creemos que en estos casos el juez está facultado para declarar de oficio la nulidad del acuerdo, y rechazar la propuesta de convenio porque la voluntad que da pie a la formación del consentimiento debe estar exenta de error, fuerza dolo, dada la envergadura de los aspectos en que se manifiesta.

Podría objetarse que la acción para pedir la anulación de un contrato con vicios de la voluntad es personal del afectado, lo cual es cierto, pero no aplicable a este caso, ya que el artículo 1.684 del C.C. parte de un negocio jurídico perfecto que produce ya sus efectos y el acuerdo no es un negocio jurídico mientras no exista la aprobación judicial. Además existe otro argumento favorable a esta solución y es el que al juez le corresponde denegar la aprobación del proyecto de acuerdo que se presenta con la demanda de separación o divorcio, cuando sea gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, perjuicio que seguramente será una consecuencia de la existencia del vicio; "este sería un camino indirecto que tiene un argumento en contra: qué ocurriría si el vicio de la voluntad beneficia al que lo sufre, por ejemplo, cuando existe un error, como si los cónyuges creen que su régimen es el de sociedad conyugal y en realidad su matrimonio se ha regido por la separación de bienes..."¹²⁴.

¹²⁴ Cfr. ROCA TRÍAS, ENCARNACIÓN, op. cit., pp. 566-567.

Ya analizamos que el ordenamiento jurídico impide que el juez apruebe el acuerdo si hay en él cláusulas dañosas para los hijos, o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Sin embargo, la ley no define pautas de actuación ni otorga instrumentos precisos para llevar a cabo la correspondiente indagación. El fuerte principio dispositivo que informa esta clase de procedimientos, impide al juez moverse con libertad en el ámbito de la investigación y aportación de hechos. Por otra parte, también calla el legislador en cuanto a la determinación del grave perjuicio que pueda causarse a uno de los cónyuges; el tenor literal de la ley no autoriza a adoptar las medidas previstas cuando existen hijos menores.

LÓPEZ Y LÓPEZ¹²⁵ aporta interesantes criterios para la apreciación de lo que denomina *conceptos jurídicos indeterminados*: grave perjuicio para uno de los cónyuges y daño para los hijos. Con respecto al primero señala que el convenio debe reflejar cierta reciprocidad en las obligaciones, deberes y cargas asumidas por los cónyuges; se debe evitar un pacto leonino, una desproporción entre lo que se da y lo que se recibe, toda vez que ella sea grave en atención a las vicisitudes personales, económicas y de uso social imperante. El daño a los hijos, en segundo lugar, debe ser estimado por el juez cuando el contenido tuitivo mínimo, dicho de otra forma, cuando lo acordado no garantice debidamente los alimentos, educación y formación integral de los hijos, la vigilancia y compañía inmediata de al menos, uno de los progenitores y las providencias necesarias para la representación y administración de los bienes de los menores o incapacitados.

La LMC ha otorgado un rol importante al juez en cuanto a la actividad de conciliación, colaboración, participación, y orientación.

En primer lugar, recordemos lo dicho en este trabajo en materia de recomposición del vínculo, en cuanto al juez le corresponde, de acuerdo con el artículo primero de la LMC -al señalar el objeto de la ley-, procurar preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada (artículos 3º inciso segundo y tercero, 36 y 85 inciso tercero de la LMC).

¹²⁵ Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL M., p.986.

Pero la ley va más allá. La LMC establece en su artículo 67, que solicitada la separación o el divorcio, el juez debe llamar a las partes a una audiencia de *conciliación* especial, con el propósito de examinar las condiciones que contribuyen a superar el conflicto de la convivencia conyugal y verificar la disposición de las partes para hacer posible la conservación del vínculo matrimonial.

Además, el llamado a conciliación tiene por objetivo acordar las medidas que relativas a los alimentos entre los cónyuges y para los hijos, su cuidado personal, la relación directa y regular que mantendrá con ellos el padre o la madre que no los tenga bajo su cuidado, y el ejercicio de la patria potestad¹²⁶.

También se contempla, a propósito de la separación judicial, la *mediación*. El artículo 71 inciso primero de la LMC, establece que el juez debe ordenar que se practique el proceso de mediación si ambas partes lo solicitaren. El artículo 70 señala que el juez debe hacer saber a las partes, la posibilidad de someterse voluntariamente a un procedimiento de mediación; el cual procede también, en el evento de no producirse conciliación suficiente y completa en los términos del artículo 27 de la LMC (artículo 71 inciso segundo LMC), salvo que el juez tuviese la convicción de que la mediación es inútil para conseguir dicha finalidad.

3.3.6. Ausencia de acuerdo de los cónyuges o desaprobación judicial del acuerdo regulador

El artículo 31 de la LMC establece que "al declarar la separación, el juez deberá resolver todas y cada una de las materias que se señalan en el artículo 21, a menos que ya se encontraren reguladas o no procediere la regulación judicial de alguna de ellas, lo que indicará expresamente. Tendrá en especial consideración los criterios de suficiencia señalados en el artículo 27.

¹²⁶ Esta norma debe entenderse concordada con el artículo 90 de la misma LMC: "En el llamado a conciliación a que se refiere el artículo 67, se incluirán las materias señaladas en el inciso segundo de dicha disposición, aun cuando no se hubieren solicitado en conformidad a lo dispuesto en el artículo precedente, y se resolverán tan pronto queden en estado, de acuerdo al procedimiento aplicable."

El juez utilizará los mismos criterios al evaluar el acuerdo presentado o alcanzado por los cónyuges, procediendo en la sentencia a subsanar sus deficiencias o modificarlo si fuere incompleto o insuficiente.

En la sentencia el juez, además, liquidará el régimen matrimonial que hubiere existido entre los cónyuges, si así se le hubiere solicitado y se hubiere rendido la prueba necesaria para tal efecto."

En primer lugar, creemos que el artículo se aplica tanto a la hipótesis de rechazo del acuerdo, como de aprobación parcial. El artículo faculta al juez para dictar las medidas que considere conducentes, atendido el interés de los involucrados en el juicio, con el fin de modificar o reemplazar los aspectos del acuerdo regulador que no ha sido aprobado; en caso de rechazar la propuesta de convenio, el juez dictará sentencia declarando disuelto el matrimonio y determinará las cláusulas del convenio que estima inaceptables¹²⁷.

No queda claro si los cónyuges pueden presentar o no una propuesta rectificadora, a diferencia de lo que establece el legislador español en el artículo 91 del Código Civil, en donde se ha entendido que si no lo hacen o la nueva propuesta no es satisfactoria, el juez resolverá lo procedente mediante auto, determinando las cláusulas del convenio que aprueba, y sustituyendo las que rechaza por otras redactadas conforme a su leal criterio¹²⁸.

En España, cuanto a la aprobación parcial, ENRIQUE FOSAR¹²⁹ nos señala que aunque el juez estime justa la causa de divorcio o separación, si tiene dudas sobre la protección de los intereses de los menores o incapacitados, puede declarar la separación o el divorcio, aprobando parcialmente el convenio,

¹²⁷ Una acotación en cuanto a las sentencias de separación y divorcio. Los artículos 32 y 59, inciso segundo, de la LMC ordenan su subinscripción, señalando que con ello se adquiere el estado civil de separado o divorciado, respectivamente. Al respecto, Ramos Pazos ha señalado que lo lógico es que ello se produzca una vez ejecutoriada la sentencia, ya que las subinscripciones son sólo requisitos de oponibilidad. Cfr. RAMOS PAZOS, RENÉ, *Aspectos destacados de la ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil, publicada en el Diario Oficial del 17 de mayo de 2004*, [www.derecho.uctemuco.cl/documentos extras/ aspectos ley 19947 rene ramos.pdf], consultada en septiembre de 2005, pp.36 y 46.

¹²⁸ Cfr. ENTRENA KLETT, CARLOS, *Matrimonio, separación y divorcio. En la legislación actual y en la historia*, Pamplona, Aranzadi, 1982, pp.595-596.

¹²⁹ Cfr. FOSAR BENLLOCH, ENRIQUE, *Estudios de derecho de familia*, Tomo II: La separación y el divorcio en el derecho español vigente, vol. 2°, Barcelona, Bosch, 1982, p.735.

proponiéndoles a los cónyuges que presenten uno nuevo sobre los puntos que le parecen insatisfactorios, en el entendimiento que resolverá lo procedente mediante auto, para modificar o reemplazar las cláusulas que resultan dañosas para los hijos.

Nos parece sumamente importante, para entender estos aspectos del convenio, lo señalado en España por ROCA TRÍAS¹³⁰, quien afirma que el ordenamiento jurídico español crea un sistema paralelo al convenio regulador, por cuanto confiere poder de intervención al juez para suplir la voluntad de los cónyuges en el evento de no arribar a acuerdo. La ley dotaría al juez de dos tipos de soluciones: aplicar los principios constitucionales reguladores de los aspectos de derecho de familia, u ofrecerle una serie de posibilidades de entre las cuales pueda escoger la más atinente al caso concreto. No se trata, según la autora, de crear un envío al arbitrio judicial sino de legislar mediante cláusulas generales, aplicables a cada circunstancia. En nuestro Derecho, el sistema paralelo al artículo 21, que establece el contenido mínimo del acuerdo regulador, estaría dado por el artículo 31 de la LMC que se refiere a los principios generales conforme a los cuales el juez debe valorar la suficiencia del mismo.

Ahondando en esta temática, RIVERO HERNÁNDEZ¹³¹ advierte que determinadas cuestiones referidas a las crisis matrimoniales afectan a bienes, valores e intereses indisponibles, regidos por normas y principios de *ius cogens*, a los que se adecúan mal los principios de rogación y de congruencia que normalmente rigen el proceso civil. Este autor distingue dos grandes grupos de efectos derivados de la nulidad, separación o divorcio matrimonial. El cuidado personal de los hijos, el ejercicio de la patria potestad, el contacto directo y regular con el progenitor con quien no hayan de convivir los hijos, la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos debidos a los hijos sujetos a patria potestad, y la atribución de la vivienda familiar en el caso de existir hijos (cuestión a la que nuestra LMC no se refiere expresamente), son instituciones todas de carácter indisponible respecto de las cuales debe

¹³⁰ Cfr. ROCA TRÍAS, ENCARNACIÓN, "Comentario al artículo 90 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p.387.

¹³¹ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, "Comentarios al artículo 91", en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro I del Código Civil* Coordinados por LACRUZ BERDEJO, J. L., Madrid, Civitas, 2ª ed., 1994, pp.995-999. Vid. también ROCA TRÍAS, ENCARNACIÓN, *op. cit.*, pp.387-388.

decidir el juez ineludiblemente, aunque los cónyuges nada hayan solicitado, pudiendo recabar e investigar de oficio los datos no suministrados por las partes. En cambio, la compensación económica, la liquidación del régimen económico del matrimonio, y la atribución de la vivienda familiar no habiendo hijos, son materias que por no revestir carácter de *ius cogens* se rigen por el principio dispositivo y rogatorio; por ende, el juez nada debe ni puede conceder ni resolver sin mediar solicitud de parte.

A propósito de la controversia sobre la aplicación del principio de rogación en este tipo de procesos, se nos presenta como caso ilustrativo, el evento de que los cónyuges omitieran en el acuerdo, lo concerniente a los hijos. VEGA SALA¹³², afirma que "dado que el divorcio es justicia rogada, si los esposos nada piden sobre los hijos porque lo hayan arreglado o deseen arreglarlo particularmente, entendemos que el Juez no puede decidir sobre ello y, por tanto, no deberá tampoco oírlos". En primer lugar, en nuestro derecho esta posición no guarda armonía con lo prescrito por los artículos 21, 31 y 3º de la LMC, ya que si el acuerdo de los cónyuges causa daño a los hijos, el juez no debe aprobar el acuerdo, no siendo necesario que se contemple expresamente una cláusula perjudicial pues basta una sola omisión sobre algún aspecto relevante que afecte al hijo, para que dicho pacto resulte del todo dañoso y se justifique su desaprobación. En segundo lugar, la solución propuesta está lejos de respetar dos principios que informan la nueva legislación: el *favor filii* y el derecho del niño a ser oído; los padres y el juez deben tener siempre, como consideración primordial el interés de los hijos, y éste podrá oírlos siempre que lo estime conveniente.

3.4. El procedimiento sobre cuidado personal conforme a la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia

Antes de la entrada en vigor de la ley N° 19.968, de 30 de agosto de 2005¹³³, el artículo 227 inciso primero del C.C., establecía que en las materias relativas a cuidado personal de los hijos, el juez debía conocer de oficio y sumariamente, oyendo a los hijos y parientes¹³⁴.

¹³² VEGA SALA, FRANCISCO, *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*, Barcelona, Praxis, 1981, p.164.

¹³³ El artículo 134 de la ley N° 19.968 establece que ésta regirá a partir del 1 de octubre de 2005.

¹³⁴ El artículo 126 N° 4 de la ley N° 19.968, modifica el artículo 227 inciso primero del C.C., el que queda redactado de la siguiente forma: "en las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oír a los hijos y parientes."

De acuerdo al artículo 26 de la ley N° 16.618, el juez competente para conocer de estos asuntos era el juez de menores, quien debía aplicar, conforme al artículo 34 inciso segundo del mismo cuerpo legal, el procedimiento sumario contemplado en el Título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil¹³⁵, con las siguientes modificaciones: el comparendo y la prueba testimonial tendrían lugar en la fecha o fechas que designare el tribunal; el procedimiento no podría cambiarse a ordinario; y las sentencias sólo debían cumplir los requisitos designados en el artículo 171 del CPC.

Los menores no necesitaban de representantes legales para comparecer ante el juez; y el defensor público sólo se le escuchaba en casos calificados y a través de resolución fundada. El juez de menores apreciaba la prueba en conciencia; si era posible debía oír siempre al menor púber, y al impúber sólo si lo estimaba conveniente, podía solicitar informes de especialistas si lo consideraba necesario, y utilizar los mecanismos de información que estimase pertinentes. Durante el juicio o antes de su inicio, podía ejercer de oficio o a petición de parte, una serie de facultades que tenían por objeto la protección del menor, otorgando provisoriamente el cuidado personal del menor (tutición provisoria)¹³⁶.

La ley que crea los Tribunales de Familia modifica radicalmente este procedimiento; entregando el conocimiento de las materias relacionadas al cuidado personal del hijo, a los nuevos Juzgados de Familia. El artículo 8º de la ley N° 19.968, relativo a la competencia de los juzgados de familia, señala que "corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias: 1) Las causas relativas al derecho de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes", cuestiones que se sustanciarán de acuerdo al procedimiento ordinario contemplado en sus artículos 55 y siguientes¹³⁷.

¹³⁵ En adelante CPC.

¹³⁶ El artículo 121 N° 5 de la ley N° 19.968, derogó los artículos 34, 35, 36, 37, 40 y 48 bis de la Ley de Menores.

¹³⁷ El artículo 55 de la ley N° 19.968 señala que el procedimiento ordinario se aplica a todos los asuntos contenciosos cuyo conocimiento corresponda a los juzgados de familia, y que no tengan señalado otro distinto en ésta u otras leyes. Supletoriamente son aplicables las disposiciones comunes a todo procedimiento establecidas en el CPC, a menos que ellas resulten incompatibles con la naturaleza de los procedimientos que la ley N° 19.968 establece, particularmente en lo relativo a la exigencia de la oralidad, en cuyo caso el juez debe disponer la forma en que la actuación se practicará (artículo 27 de la ley N° 19.968).

Recordemos que son principios cardinales del procedimiento relativo al cuidado personal del hijo, el interés superior del niño, niña o adolescente y su derecho a ser oído, en cuya implementación es de vital importancia el rol del Consejo Técnico¹³⁸.

A grandes rasgos, el procedimiento ordinario comienza con una demanda oral o escrita, frente a la cual el Juzgado citará a las partes a una *audiencia preparatoria*, la que se realizará en el más breve plazo posible¹³⁹, y a la que las partes deben concurrir personalmente (sin perjuicio de la asistencia de sus patrocinantes y apoderados, si cuentan con ellos).

Dicha audiencia tiene como objetivos: el conocimiento de la contestación de la demanda, la promoción de la mediación o conciliación, la fijación de los puntos controvertidos, la determinación de la prueba a rendir y el examen de la prueba que pudiera rendirse (artículo 61 de la ley N° 19.968).

Por lo tanto, en ella se debe ratificar oralmente el contenido de la demanda; contestar ésta en forma oral (si no se ha procedido por escrito hasta la víspera de la audiencia, caso en el cual será ratificada oralmente), o la *reconvención* que se hubiere deducido; decretar las medidas cautelares que procedan, de oficio o a petición de parte; promover, a iniciativa del tribunal o a petición de parte, la *sujeción del conflicto a la mediación familiar*, suspendiéndose el procedimiento judicial en caso de que se dé lugar a ésta; promover, por parte del tribunal, la conciliación total o parcial, conforme a las bases que éste proponga a las partes; *determinar el objeto del juicio; fijar los hechos que deben ser probados, así como las convenciones probatorias que las partes hayan acordado*; determinar las pruebas que deberán rendirse al tenor de la propuesta de las partes y disponer la práctica de las otras que estime necesarias; recibir la prueba que sea posible rendir en ese momento; fijar la fecha de la audiencia de juicio, la que deberá llevarse a efecto en un plazo no superior a treinta días de realizada la preparatoria (artículo 61 de la ley N° 19.968).

¹³⁸ Vid. lo señalado al respecto en el epígrafe 3.1.3. del presente trabajo.

¹³⁹ Baeza y Concha criticando la fórmula legal "más breve plazo posible", dudan de la rapidez con que se desarrollarán estos procedimientos. Cfr. BAEZA CONCHA, GLORIA y PÉREZ CABRERA, JAIME, *Los nuevos Tribunales de Familia. Procedimiento Ordinario*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005, p.57.

La *audiencia de juicio*, se lleva a cabo en un solo acto, tiene como objeto recibir la prueba admitida por el tribunal y la decretada por éste¹⁴⁰. Durante su desarrollo, el juez debe verificar la presencia de las personas que hubieren sido citadas a la audiencia y declarar iniciado el juicio; señalar el objetivo de la audiencia; disponer que los testigos y peritos que hubieren comparecido hagan abandono de la sala de audiencia; adoptar las medidas necesarias para garantizar su adecuado desarrollo, pudiendo disponer la presencia en ellas de uno o más miembros del Consejo Técnico. Pudiendo, además, ordenar en interés superior del niño, niña o adolescente, que éste u otro miembro del grupo familiar se ausente durante determinadas actuaciones (artículo 63 de la ley N° 19.968).

En cuanto a la sentencia, según el artículo 65 de la ley N° 19.968, una vez concluido el debate, el juez debe comunicar de inmediato su resolución, indicando los fundamentos principales tomados en consideración para dictarla¹⁴¹. Contra ella, pueden interponerse los recursos de reposición, apelación y casación en la forma, del modo y con las restricciones señaladas en el artículo 67 de la ley N° 19.968.

Por último, cabe señalar que el artículo 92 de la ley N° 19.968, dentro del procedimiento relativo a los actos de violencia intrafamiliar, establece como medida cautelar en protección de la víctima, la determinación de un régimen provisorio de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes en conformidad al artículo 225 del C.C.

¹⁴⁰ Conforme con el artículo 32 de la ley N° 19.968, los jueces deben apreciar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

¹⁴¹ Excepcionalmente, cuando la audiencia de juicio se hubiere prolongado por más de dos días, podrá postergar la decisión del caso hasta el día siguiente hábil, lo que se indicará a las partes al término de la audiencia, fijándose de inmediato la oportunidad en que la decisión será comunicada. Además, el juez puede diferir la redacción del fallo hasta por un plazo de cinco días, ampliables por otros cinco por razones fundadas, fijando la fecha en que tendrá lugar la lectura de la sentencia, la que podrá efectuarse de manera resumida (artículo 65 de la ley N° 19.968).

4. CUIDADO PERSONAL ALTERNADO O SUCESIVO

4.1. Terminología

Previo al estudio del cuidado personal alternado o sucesivo, haremos una prevención general de carácter sistemático, y ciertas precisiones terminológicas de esta figura.

En cuanto a lo primero, las denominaciones *guarda o custodia alternada o sucesiva*, y *guarda o custodia compartida*, son usualmente utilizadas por la doctrina y jurisprudencia extranjera. Debemos entender que en Chile sería apropiado llamarle *cuidado personal compartido*. En el presente trabajo, a efectos de facilitar las referencias a dichas doctrina y jurisprudencia, utilizaremos la primera nomenclatura.

Con relación a los alcances terminológicos, es necesario señalar, que cada vez que la custodia sucesiva no aparece recogida ni delimitada en la misma legislación positiva, resulta difícil construir su concepto. La doctrina y jurisprudencia extranjera han venido desarrollando diversas acepciones, pero aún así la institución puede parecer difusa.

En primer lugar, diremos que según el número de sujetos que ejercen el cuidado personal del niño, hablamos de custodia *unilateral* o *compartida*.

Tradicionalmente, la regulación de la custodia ha dado lugar a la configuración de la denominada *custodia unilateral*. Conforme a ella, el niño reside con uno de sus padres, otorgándole éste el cuidado directo que dicha convivencia exige. Este tipo de custodia ha venido consolidándose en los diversos ordenamientos jurídicos, mediante la atribución de carácter legal, convencional y judicial del derecho función de cuidado personal. Ésta puede recaer tanto en el padre como en la madre, si bien la jurisprudencia evidencia una arraigadísima tendencia que la concede a la madre, sobre todo si se trata de hijos de corta edad¹⁴².

¹⁴² A ello nos referiremos más adelante.

Así las cosas, la custodia ejercida por un solo sujeto será *unilateral*. En cambio, será *compartida*, si ella es desarrollada por más de un titular, esto es, el padre y la madre, en cuyo caso se trata, simplemente, de un derecho-función distribuido entre ambos progenitores¹⁴³.

Entendida de dicha forma la custodia compartida, ciertos autores han precisado que, en realidad, la custodia siempre es compartida por ambos padres, tanto en situaciones de normalidad matrimonial como en las de ruptura conyugal. En los dos casos hay pluralidad de sujetos que ejercen el cuidado personal: en el primero, de forma simultánea, porque la custodia es *conjunta*, y en el segundo, *alternada o sucesiva*.

Por otra parte, la custodia compartida no debe confundirse con la denominada custodia distributiva. Ésta, corresponde al "reparto" de los hijos entre padre y madre, de manera que cada uno de éstos convive con uno o más de sus niños, separándoles de sus hermanos, quienes viven con el otro padre o madre. Esta modalidad es altamente discutible, ya que puede llegar a vulnerar el interés de los hijos.

En definitiva, el concepto que más apropiadamente describe la institución que pretendemos abordar, es el de *custodia alternada o sucesiva*, aunque comúnmente se utilice el participio *compartida*.

4.2. Sistemas de custodia compartida

El cuidado personal ha sido concebido de diversas formas por los distintos ordenamientos jurídicos, dando origen a los *sistemas de custodia compartida*.

¹⁴³ Campuzano Tomé cita una serie de sentencias que se refieren a la custodia compartida, utilizando este participio o el infinitivo compartir: SAP de las Palmas, de 17 de mayo de 2004 ("Cuando cesa la convivencia el derecho-deber de tener a los hijos en su compañía no se puede ejercer conjuntamente, pero sí compartir en lo posible..."); SAP de las Palmas, de 15 de julio de 2004 ("La separación matrimonial no altera en esencia el contenido de las funciones tuitivas mas al cesar la convivencia la obligación de tener a los hijos en compañía de los padres no se puede ejercer conjuntamente, pero sí compartir"); SAP de Córdoba, de 1 de marzo de 2004 ("custodia compartida en alternancia"). Cf: CAMPUZANO TOMÉ, HERMINIA, "La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales", *Aranzadi Civil*, núm. 22/2004, Parte Estudio, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2005, p.2.

En realidad, no se trata de concepciones contrapuestas, sino de nomenclaturas disímiles que parten de un concepto restringido o amplio de cuidado personal.

Distinguimos el sistema de custodia conjunta y el sistema de custodia alternada.

4.2.1. Custodia conjunta

El cuidado personal, en sentido restringido, es aquel derecho-función de convivencia habitual entre cada progenitor e hijo. De ahí que, en realidad, por su propia naturaleza, el agregado de *conjunta* resulte redundante, pues sólo se verifica si ambos padres residen y conviven normalmente con el hijo. Y como evidentemente la ruptura conyugal acarrea el quiebre de la comunidad de vida familiar, y para el supuesto que nos interesa, que padre y madre tengan distintos domicilios, resulta imposible que el hijo viva simultáneamente con sus padres, y que por ende, el cuidado personal sea conjunto.

Así, la *custodia conjunta* presupone más bien un concepto amplio de cuidado personal, esto es, aquél que por el cual se ejerce la responsabilidad general del niño, en el entendido que aquél comprende no sólo el cuidado directo del hijo, sino el conjunto de derechos y deberes que se generan de la relación paterno filial¹⁴⁴. En situaciones de crisis matrimonial, el cuidado personal conjunto es el coejercicio de la responsabilidad paterno filial, pues ambos padres coejercen el cuidado del hijo y sólo uno de ellos es el cuidador unilateral¹⁴⁵, esto es, su cuidador directo.

Así se ha resuelto por la doctrina en España, donde a diferencia de Chile, se regula la relación paterno filial no de forma dual, sino que englobando los derechos funciones de carácter tanto personal como patrimonial, bajo la institución de la *patria potestad*. Así, en situación de normalidad matrimonial,

¹⁴⁴ Cfr. GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*, Madrid, Ed. Mc Graw-Hill, Ciencias Jurídicas, 1997, p.100.

¹⁴⁵ Cfr. GODOY MORENO, A., "La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternada", en *Diez años de abogados de familia*, VV.AA., Madrid, La Ley, 2003, p.325.

ambos padres son titulares de la patria potestad y la ejercen simultáneamente. En circunstancias de ruptura conyugal, en cambio, sólo uno de ellos ejerce la patria potestad, aunque ambos conservan la titularidad de la misma. Por ello, en el Derecho español, hablar de custodia conjunta, teniendo como base un concepto restringido de cuidado personal, significaría que ambos padres coejercen la patria potestad y a su vez son coguardadores, pero sólo uno cuida directamente del hijo, lo que resulta absurdo e innecesario¹⁴⁶. En cambio, el concepto amplio de cuidado personal al que nos referimos más arriba, se plasma en el ejercicio dual de la patria potestad.

Y aunque la patria potestad en Chile, tiene una connotación netamente patrimonial, el concepto español de la misma, tiene su simii en lo preceptuado por el artículo 224 del Código Civil chileno, que en su inciso primero, prescribe que "*Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.*". Así, el cuidado personal, como derecho-función derivado de la responsabilidad paterno filial, debe ejercerse por el padre y la madre sin alteraciones, pues el contenido de la custodia -tal como antes analizamos- no se ve modificado por la separación de los padres. Se trata de un derecho base o un deber madre¹⁴⁷, que llena de contenido a la responsabilidad paterno filial en casos de ruptura conyugal.

Recordemos que en Chile, la atribución del cuidado personal de los hijos, va unida al ejercicio de los derechos funciones de carácter patrimonial (patria potestad del artículo 243 del C.C.), de tal forma que quien desenvuelve el rol de cuidador directo del hijo, ejerce el resto de los derechos relativos al niño, salvo aquéllos que digan relación con ese deber genérico al que aludimos recientemente. El padre o madre no cuidador no es titular de nada, ni nada ejerce¹⁴⁸ (no hay distinción entre titularidad y ejercicio como en el derecho español), sino sólo lo comprendido en dicho deber base.

¹⁴⁶ Cfr. *Ibid.*

¹⁴⁷ Cfr. SCHMIDT HOTT, CLAUDIA, "Relaciones filiales personales y patrimoniales", en *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, SCHMIDT HOTT, CLAUDIA, y VELOSO VALENZUELA, PAULINA, Santiago de Chile, ConoSur, 2001, p.253.

¹⁴⁸ En el epígrafe 2.6. nos referiremos al derecho de vigilancia y control y al deber de colaboración.

Algo similar sucede en Francia e Italia, cuyos sistemas jurídicos contemplan que el juez, en principio, sólo debe pronunciarse sobre el cuidado personal de los hijos, al que se une inmediatamente el ejercicio de la patria potestad por el guardador (tenemos presente que estos países, al igual que España, regulan la relación paterno filial englobando en ella lo personal y patrimonial)¹⁴⁹.

4.2.2. Custodia alternada o sucesiva

Este sistema permite que el hijo conviva con cada uno de los progenitores por periodos alternos o sucesivos, entendiendo que en cada uno de dichos lapsos el padre o madre respectivo es quien ejerce el cuidado personal, pudiendo el otro disfrutar de un régimen de comunicación con el hijo durante el tiempo que no conviva con éste.

Se trata de un mecanismo que en los últimos años ha suscitado un importante debate jurídico y social en torno a la familia, y particularmente, en cuanto al bienestar de los hijos¹⁵⁰.

¹⁴⁹ El artículo 287 del Código Civil francés señala que *"La patria potestad se ejercerá conjuntamente por los dos progenitores. El Juez designará, a falta de acuerdo amistoso o si este acuerdo le pareciera contrario a los intereses del hijo, al progenitor en cuya casa tuvieran los hijos su residencia habitual."*

Si el interés del hijo lo exigiera, el Juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad a uno de sus dos progenitores.

Los padres podrán, por propia iniciativa o a instancia del Juez, presentar sus observaciones sobre las modalidades de ejercicio de la patria potestad." Los artículos 6 párrafo segundo de la ley de divorcio italiana de 1970, y 155 del Código Civil italiano, establecen que *"La patria potestad se ejercerá conjuntamente por los dos progenitores. El Juez designará, a falta de acuerdo amistoso o si este acuerdo le pareciera contrario a los intereses del hijo, al progenitor en cuya casa tuvieran los hijos su residencia habitual."*

Si el interés del hijo lo exigiera, el Juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad a uno de sus dos progenitores.

Los padres podrán, por propia iniciativa o a instancia del Juez, presentar sus observaciones sobre las modalidades de ejercicio de la patria potestad."

¹⁵⁰ En España, la ley N° 15/2005, de 08 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, junto con facilitar el acceso al divorcio, mediante el notable acortamiento de plazos exigidos para la acreditación del cese de la convivencia, suscitó un interesante debate en cuanto a la figura de la custodia sucesiva y su conveniencia.

Sin entrar a profundizar en sus ventajas e inconvenientes -cuestión que abordaremos latamente en lo sucesivo-, adelantamos que es un sistema de ejercicio del cuidado personal de los hijos, impulsado, principalmente, por asociaciones de padres separados y divorciados que reivindicando su rol en la formación integral de sus niños, demandan al Estado el reconocimiento legal de un mayor protagonismo en el desarrollo de las funciones de convivencia con los mismos. Se aduce que este sistema fortalece la igualdad de roles entre hombres y mujeres, padres y madres, y su progresiva y equitativa responsabilidad en la educación de sus hijos, quienes se verían beneficiados al crecer en un ambiente donde los valores de la igualdad y respeto quedan mejor protegidos que en el actual sistema patriarcal y sexista. Por otra parte, la mayor crítica efectuada a la custodia sucesiva, radica en la inestabilidad física, afectiva y emocional a la que son sometidos los niños, y la falta de unidad de dirección en su educación.

4.3. Antecedentes de la institución

Tiene su origen en el derecho anglosajón, en el año 1925, fecha en que se promulga en Inglaterra, la *"The guardianship of Infants Act"*, primer texto legal que reconoce a la madre, los mismos derechos sobre los hijos que hasta entonces ejercía el padre.

En América, California es el primer estado en Estados Unidos -de los 35 que hoy la contemplan- que regula la custodia compartida.

En el contexto del Derecho anglosajón, es posible distinguir la siguiente tipología de la custodia compartida:

Existe la custodia individual (*sole custody*), por la cual el niño vive y se encuentra bajo el cuidado de uno sólo de sus progenitores, teniendo el otro, un régimen de comunicación tradicional con el hijo con el cual no convive. Es, en definitiva, la guarda unilateral, a la que ya nos referimos.

La custodia compartida (*joint custody*), por su parte, corresponde a aquel cuidado del hijo distribuido similarmente entre los padres, ejerciendo éstos el mismo grado de responsabilidad en el ejercicio de la custodia. Presenta dos modalidades: la primera es aquella por la cual el menor reside sólo con uno de sus padres, aunque compartiendo junto a ellos su tiempo de manera equitativa (*joint legal custody*); la segunda, en cambio, se caracteriza por el hecho que el hijo reside con ambos padres, conviviendo por igual en la vivienda de cada uno de ellos (*joint physical custody*).

La distribución de lapsos y alternancias de convivencia, permite diversas modalidades. Así, puede determinarse que el niño viva unos días de la semana o del mes, o durante algunos meses del año, o años alternos, con cada padre o madre. Es la denominada *hared custody*.

Actualmente, la custodia sucesiva, se encuentra recogida en Francia, Suecia, Inglaterra y Luxemburgo, Holanda, Alemania y Canadá.

4.3.1. Antecedentes en España

Hasta el año 1981, rigió en España el sistema de divorcio-sanción, de acuerdo al cual, la ruptura matrimonial era consecuencia de la conducta de un "culpable", el cual se veía entonces, privado del derecho a ejercer la custodia de los hijos comunes.

La ley de 1981, instauró un sistema de divorcio-remedio, conforme al cual el elemento desencadenante de la separación, nulidad o divorcio, es la ruptura de la pareja en sí misma, sin atribución de culpa a uno u otro cónyuge.

De esta forma, la nueva legislación matrimonial de 1981, pretendió conformar un sistema unitario y coherente, que regido por el principio del interés superior del hijo, determinase criterios legales que aplicados al caso concreto, estableciesen que el guardador o custodio de los hijos fuese el progenitor más idóneo, sin calificar la participación del cónyuge en la crisis matrimonial, atendiendo sólo a circunstancias personales, encaminadas a valorar dicha idoneidad, salvo situaciones excepcionales.

Aunque la pretensión del legislador partía del principio de la igualdad entre cónyuges, se fue asentando en la jurisprudencia el criterio por el cual se consideraba, prácticamente *a priori*, a la madre, como la persona más indicada para ejercer dicho cuidado personal.

Diversos autores señalan dos causas de esta preferencia. En primer lugar, que socialmente se encuentra asumido que la madre, al desempeñar las tareas del hogar, en la inmensa mayoría de los casos, es la persona más capacitada para cuidar de los hijos, sobre todo si se trata de niños de corta edad. Bajo este modelo, el padre no custodio goza de un régimen de comunicación que le permite compartir con su hijo, de acuerdo a reglas más o menos determinadas en cuanto a tiempo y forma. En segundo lugar, se advierte una cierta desazón

por parte de los progenitores varones, quienes acatando la realidad social y el arraigado criterio judicial, no solicitan ejercer la custodia de sus hijos.

Con la entrada en vigor de la ley N° 15/2005 de 08 de julio, el ordenamiento jurídico español, reconoce el sistema de custodia alternada o sucesiva como modalidad de ejercicio de la guarda o custodia.

Sin embargo, antes de su dictación, se discutía si la ley reconocía este tipo de custodia¹⁵¹. La doctrina y la jurisprudencia, asumiendo la realidad de los hechos, se inclinaba por su procedencia legal, aunque como veremos, existía y existe, una gran reticencia a su viabilidad práctica.

GODOY MORENO¹⁵², afirmaba que del tenor literal de los artículos 90 letra A) y 103 del Código Civil español, se desprendía que la persona a cuyo cuidado deben quedar los hijos puede no ser uno de los progenitores. El artículo 90 letra A) del Código Civil, utilizaba la palabra "*persona*", y no "*progenitor*", a cuyo cuidado hubiesen de quedar los hijos; ello, a diferencia de lo que establecía la misma norma para el régimen de comunicación, que se regulaba a favor del "*progenitor*" que no viviese con ellos, excluyendo su concesión a otra persona. Todo ello, confirmado por el artículo 103 del mismo cuerpo legal, que permitía atribuir la guarda del hijo a un tercero, alternativa frente a la cual la autora señala como mucho más apropiado que ambos padres pudiesen compartir, a la vez, el cuidado personal de sus hijos.

Aplicando el principio general de acuerdo al cual, lo que no está prohibido expresamente por la ley, está permitido, la doctrina sostenía que era posible regular un régimen de custodia alternada. Los artículos 92 y 159 del Código Civil nada decían con respecto a esta modalidad de guarda, lo que conjugado con el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges que incardinaba

¹⁵¹ Tamborero del Río, señalaba: "Entiendo que una separación consensuada puede llegar a admitir la posibilidad de una guarda y custodia compartida, pero en un proceso contencioso ello resulta poco menos que imposible, teniendo además en cuenta que **nuestra legislación no lo contempla de forma expresa**." (el destaque es nuestro). TAMBORERO DEL RÍO, RAMÓN, "La guarda y custodia compartida", en *Diez años de Abogados de Familia*, VV.AA., Madrid, La Ley, 2003, p.517.

¹⁵² Cfr. GODOY MORENO, A., *op. cit.*, p.335.

todo el sistema de las crisis matrimoniales en la legislación civil, y la regla general del ejercicio dual de la patria potestad, conducían a aceptar su viabilidad legal, aunque excepcionalmente¹⁵³.

La SAP de Alicante, de 7 de julio de 1997¹⁵⁴, resolviendo un recurso planteado por la madre ante la atribución por el Juzgador de 1ª Instancia de un régimen de custodia alternada, señaló que *"El legislador es contrario a este tipo de soluciones y así lo pone de manifiesto, por todos, el artículo 90, a) CC que trata de la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos..."*.

La SAP de Palencia, de 10 de febrero de 1999¹⁵⁵, señaló que, *"los artículos 90 y 92 del CC al regular la opción de custodia de los hijos en supuesto de separación o divorcio de los padres no prevé en concreto la posibilidad de que la custodia pueda ser concedida de forma compartida al padre y a la madre, aunque tampoco lo prohíbe, pero del hecho de esa falta de previsión se revela que en la mente del legislador no estuvo la concesión de la custodia de ese modo con carácter general, sin duda ante la problemática que se suscitaba en una situación de crisis matrimonial, y por lo tanto, en las relaciones entre los progenitores, que éstos se hubieran de poner de acuerdo hasta las cuestiones más mínimas en relación con el cuidado y atención de los hijos, razón por la*

¹⁵³ Cfr. GODOY MORENO, A., *op. cit.*, p.335; CAMPUZANO TOMÉ, HERMINIA, *op. cit.*, p.7.

¹⁵⁴ SAP de Alicante núm. 368/1997, de 7 de julio (AC 1997\1591). *Vid.* SAP de Madrid, de 17 de febrero de 1998 (AC 1998\4985). La SAP de las Palmas, de 15 de abril de 2004, se pronuncia en el mismo sentido, aunque sí concede la custodia alternada: *"Ciertamente es que a la hora de fijar la guarda y custodia, conforme al Art. 90 A) del Código Civil deberá indicarse la persona a cuyo cuidado deban quedarse los hijos sujetos a patria potestad, siendo por lo tanto normal que se designe a uno de los progenitores, y no a los dos. Por lo tanto es innegable que ha de ser excepcional el compartimiento de tal tarea..."*. SAP de las Palmas núm. 327/2004, de 15 de abril (PROV 2004\152448).

¹⁵⁵ AC 1999\681. Por su parte, la SAP de Baleares de 6 de octubre de 2004, señaló que *"es cierto que no puede descartarse en casos muy concretos la aplicación de la controvertida medida, lo cual aunque no se recoja por el momento en nuestro CC tampoco queda prohibida ya que lo señalado por el párrafo 4 del art. 92 de dicho Código se refiere a la decisión que debe tomar el Juez respecto de cual de los progenitores tendrá a su cuidado los hijos menores, pero ello no debe de ser entendido como norma general pues es innegable que el niño precisa de un entorno estable para su formación integral"*. SAP de Baleares de 6 de octubre de 2004 (PROV 2004\292110).

cual y si bien es cierto que una situación ideal podría derivar en esa atribución de custodia compartida, tal atribución cuando se hace lo es en base a una situación en que las circunstancias no sólo lo permitan sino que así lo aconsejen".

Quienes rechazaban la admisibilidad del sistema de custodia sucesiva, argumentaban que el artículo 158 del Código Civil español, rechazaba el cambio de titular de la guarda, por estimarlo dañoso para el niño, al punto de facultar al juez para adoptar de oficio las medidas necesarias destinadas a evitar las perturbaciones que dichas modificaciones en la titularidad de la custodia acarreasen¹⁵⁶.

Frente a ello, se esgrimía que dicha norma no apuntaba a la custodia alternada, sino al caso del cambio de potestad de guarda, que obviamente no incluía la custodia alternada, puesto que en ésta son ambos padres los titulares de la guarda, y lo que comparten sucesivamente es su ejercicio¹⁵⁷.

4.4. Modalidades de custodia alternada o sucesiva

En cuanto al tiempo durante el cual el o los hijos vivirán con uno u otro padre, no existe un modelo predeterminado que fije los días, meses, o semanas de los periodos de convivencia, ni tampoco es requisito que ellos sean distribuidos idénticamente entre padre y madre¹⁵⁸. Sin embargo, es posible distinguir ciertas combinaciones con respecto a la patria potestad.

Así, en países como España, en que la patria potestad es entendida como el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona

¹⁵⁶ Campuzano Tomé pone de manifiesto, que muchas de las sentencias que negaban la custodia sucesiva, aún cuando ésta parecía del todo apropiada al caso concreto, se basaban en que el Código Civil sólo reconocía la custodia unilateral, sin referirse expresamente a la modalidad de ejercicio alternado. Cfr. CAMPUZANO TOMÉ, HERMINIA, *op. cit.*, p.2.

¹⁵⁷ Cfr. GODOY MORENO, A., *op. cit.*, p.335.

¹⁵⁸ Cfr. CAMPUZANO TOMÉ, HERMINIA, *op. cit.*, p.2.

y el patrimonio de los hijos, distinguiéndose sólo entre titularidad y ejercicio, la custodia alternada o sucesiva, presenta diversas posibilidades en su ejercicio:

- Custodia sucesiva y ejercicio conjunto de la patria potestad: ambos progenitores conservan el ejercicio de la patria potestad, cuestión que será lo habitual ya que la exclusión y privación de la misma procede excepcionalmente y por circunstancias graves. Simultáneamente, la responsabilidad general sobre el menor, se encuentra siempre compartida por los padres; lo único que se altera durante los periodos de convivencia con el menor, es la potestad sobre el cuidado personal o contacto directo con el hijo.
- Custodia sucesiva y ejercicio alternado de la patria potestad: la convivencia con el hijo en cada periodo acordado, acarrea el ejercicio de la patria potestad. Durante dicho lapso, sólo uno de los padres es custodio y ejerce, a la vez, exclusivamente, la patria potestad.
- Custodia sucesiva y ejercicio exclusivo unilateral de la patria potestad: entre los padres existe alternancia en el cuidado personal del niño, pero uno de ellos ejerce siempre, y de forma exclusiva, la patria potestad (aunque el otro progenitor conserva la titularidad de la misma). De esta forma, el padre o madre a quien corresponde convivir durante un determinado periodo, no puede efectuar ningún acto a que autorice la patria potestad, ni siquiera los de carácter ordinario. Por esta última razón, esta combinación puede resultar más dificultosa; sin embargo, si se garantiza suficientemente el interés del hijo, no debe existir oposición judicial.
- Custodia sucesiva y ejercicio parcialmente distribuido de la patria potestad: cada progenitor ejerce la patria potestad en un delimitado campo de acción; la patria potestad se haya dividida en su ejercicio, por lo cual en cada lapso de custodia alternada, el correspondiente padre o madre ejerce su derecho al cuidado personal del hijo, paralelamente al ejercicio de su parte en la patria potestad.

No sucede lo mismo en Chile, donde no es posible compartir el ejercicio de los derechos-funciones de carácter patrimonial, aunque se haya acordado -conforme con el artículo 225 inciso segundo del C.C.-, que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Recordemos que si padre y madre viven separados, el cuidado personal de los hijos corresponde a la madre, salvo acuerdo de los progenitores o resolución judicial en su caso (artículo 225, inciso primero, del C.C.).

4.5. La custodia sucesiva en los hechos. Ventajas y desventajas

4.5.1. Ventajas

- Es el sistema que más se apega a los principios de igualdad entre los progenitores y de corresponsabilidad parental.

Potencia la visión que el hijo tiene de sus padres, desde un enfoque de igualdad en los roles. El ejercicio alternado hace que ambos progenitores estén más informados acerca de las necesidades cotidianas de su hijo, y más equiparados en el desarrollo de las responsabilidades frente a éste, potenciando el intercambio de roles que caracteriza a los nuevos tiempos¹⁶⁰.

De ello da cuenta la SAP de Ciudad Real, de 3 de mayo de 2004¹⁶¹, al señalar que *"hoy se tiende a la custodia compartida como mejor forma de implicación de los padres en el desarrollo de sus hijos, sin que éstos se vean perjudicados por tal régimen. Lógicamente cuando el mismo se cumple dentro de los parámetros que le son propios, tales como que el mismo no implique una modificación sustancial en las condiciones de vida de los menores (...)"*.

Asimismo, la SAP de Valencia de 1 de septiembre de 1997, modifica el sistema de guarda exclusiva y decreta la guarda y custodia alternada en favor de ambos progenitores, afirmando que el régimen impuesto *"no pretende por más que intentar favorecer del modo más razonable posible la íntima y necesaria relación del menor con cada uno de sus progenitores de forma que el hijo de los litigantes sienta que tanto la casa de su padre como la de su madre son su propia casa, y que cada uno de sus progenitores interviene en todos y cada uno de los momentos de su vida; de descanso, de colegio, de vacaciones, etc."*. Este criterio fue confirmado por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia de 15 de enero de 2001¹⁶², resolviendo un recurso de amparo interpuesto en contra de la mencionada sentencia.

¹⁶⁰ Cf. LUIS MIZRAHI, MAURICIO, *Familia, Matrimonio y Divorcio*, Buenos Aires, Astrea, 1998, p.422.

¹⁶¹ SAP de Ciudad Real núm. 51/2004, de 3 de mayo (PROV 2004\200095).

¹⁶² STC núm. 4/2001, de 15 de enero (RTC 2001\4).

• Existe una visión de conjunto en cuanto a la educación y desarrollo del niño, sin que padre y madre se sientan ganadores ni perdedores en el ejercicio del cuidado del hijo¹⁶³.

• Es la modalidad que con menos dificultades rescata y preserva la situación de vida del niño, previa a la ruptura.

La crisis conyugal normalmente rompe la unidad de domicilio de los progenitores, y altera sustancialmente el ambiente y el modo de vida que hasta ese momento el niño llevaba; de tal forma, la manera más apropiada de "prolongar" el *status quo* es intentar que el hijo viva con su madre y su padre, ya no simultáneamente bajo el mismo techo, pero sí durante lapsos alternados. La custodia unilateral, en cambio, responde a la "necesidad" de consolidar una cuestión de hecho, cual es la convivencia de los hijos con uno sólo de sus padres.

• Es el método que más se asimila al ejercicio compartido de la patria potestad y conjunto de la guarda, que se desarrollaba con anterioridad a la crisis matrimonial.

• Aminora el "divorcio" entre hijo y padre o madre no custodio, y el sentimiento de "luto" que produce el alejamiento del progenitor no guardador.

Quienes defienden esta modalidad de la guarda, señalan que permite neutralizar notablemente el sentimiento de pérdida que con la guarda unipersonal, sufren el niño y el padre o madre no guardador.

• La custodia sucesiva puede enriquecer el mundo social, afectivo y familiar del hijo.

La capacidad de adaptación que el niño desarrollará al convivir alternadamente con su padre y madre, puede otorgarle una visión más amplia del mundo y completar integralmente el desarrollo de su personalidad.

¹⁶³ Cfr. TAMBORERO DEL RÍO, RAMÓN, *op. cit.*, p.518.

• Otra ventaja atribuida a la custodia alternada es de orden económico.

Se ha señalado que esta institución elimina la calidad de deudor de la pensión alimenticia, y con ello todos los problemas derivados de su fijación y cumplimiento. La cuestión está entonces, centrada en definir un sistema eficaz para la distribución de las responsabilidades económicas en relación con el hijo.

• Incentiva y fortalece la comprensión mutua entre padre y madre.

Éstos deberán aprender a solucionar los problemas cotidianos relacionados con la vida del hijo, desde una perspectiva doblemente más favorable: el cambio periódico de posiciones, desde guardador a no guardador y visitante, contribuye a que ambos estén informados por igual de la cotidianeidad del hijo, y a la vez, dicha posición potencia la tolerancia que antes de la ruptura no se deseaba ejercitar.

El sistema de custodia unilateral descansa en la idea de que sobrevenida la ruptura, resulta prácticamente imposible idear un sistema por el cual padre y madre puedan continuar manteniendo un contacto fluido con el hijo. De esta forma, presupone un grado de conflictividad e intolerancia entre los cónyuges, que sólo permite determinar el cuidado personal a favor de uno de ellos, regulando respecto del otro un régimen de comunicación con el niño. Descarta modelos más flexibles de atribución del cuidado personal, que atendiendo a las circunstancias del caso concreto, pueden resultar de mayor beneficio para los padres, y en especial, para el hijo.

La custodia sucesiva tiene como presupuesto una idea totalmente opuesta, cual es un mínimo de entendimiento entre los padres, que permita presumir el mantenimiento de relaciones cordiales durante el ejercicio del cuidado personal. No parece, en principio posible, introducir la custodia alternada en una estructura familiar caracterizada por una fuerte conflictividad entre los progenitores, ni menos factible todavía, ver en ella un mecanismo que propicie la buena comunicación que al momento de la ruptura matrimonial no existe.

Por ello, no compartimos totalmente la posición de CAMPUZANO TOMÉ¹⁶⁴, quien señala que ante situaciones de relación conflictiva entre los padres, la

¹⁶⁴ Cfr. CAMPUZANO TOMÉ, HERMINIA, *op. cit.*, pp.13-14.

determinación de la custodia exclusiva con régimen de comunicación, no asegura ni la estabilidad física y emocional del hijo, ni un mejor entendimiento entre los progenitores, y que por lo tanto, dicho factor no debe significar el rechazo *a priori* de la custodia sucesiva. En definitiva, si la custodia unilateral no asegura una mejor comunicación entre padre y madre, la existencia de conflictividad entre ellos, no gatilla el rechazo de la custodia alternada, la que sigue siendo una situación viable.

Nosotros creemos que es muy complejo plantear una solución ideal. La custodia unilateral no satisface siempre, plenamente, el interés del hijo; aunque su estabilidad física se vea más protegida, puede no estarlo la de carácter emocional dada la ausencia cotidiana de uno de sus padres, y en segundo lugar, no estimula una comunicación sana entre ellos. Asimismo, la custodia alternada, no garantiza la estabilidad física del niño, aunque quizás sí la afectiva al interactuar por igual con su padre y madre, e incluso, al propiciar una mejor relación entre éstos. Por ello, ante la disyuntiva de optar por uno y otro régimen, esa conflictividad existente no dirige la decisión, sino que sólo, y en esto sí concordamos con CAMPUZANO TOMÉ¹⁶⁵, es una circunstancia susceptible de valoración. La custodia alternada exige un grado de entendimiento entre los padres, desde que se introduce como modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, pero también en su ejercicio, teniendo, a nuestro juicio, la ventaja teórica de reforzar esos lazos¹⁶⁶; sería muy difícil que la custodia sucesiva lograra entablar las relaciones que antes de fracasar la relación conyugal, se intentaron reparar.

4.5.2. Desventajas

Cada una de las anteriores ventajas esbozadas, puede ser contra argumentada sobre la base de una gran crítica: la inestabilidad que la custodia sucesiva provoca en todos los aspectos de la vida del hijo¹⁶⁷, contradice su interés superior.

¹⁶⁵ Cfr. CAMPUZANO TOMÉ, HERMINIA, *op. cit.*, p.14.

¹⁶⁶ La SAP de Baleares, de 17 de septiembre de 2004, confirmada por el Tribunal de Apelación, estimó que la custodia alternada, si bien no elimina la conflictividad que los propios procesos de separación y divorcio llevan implícitos, si que puede contribuir a reducirla. Cfr. SAP de Baleares, de 17 de septiembre de 2004, PROV 2004\287192.

¹⁶⁷ Cfr. TAMBORERO DEL RÍO, RAMÓN, *op. cit.*, p.518.

En efecto, se ha discutido la conveniencia de la guarda alternada, sosteniendo que vulnera la estabilidad de los hijos, provocando perturbaciones en su desarrollo y formación integral. La seguridad del niño se vería afectada al no contar con un punto de referencia estable, generándose una convivencia itinerante con su madre y padre, y haciéndose imposible la unidad de dirección en su educación. Así, LUNA SERRANO señala que “las razones de una decisión en tal sentido corresponden, en su caso, al prudente arbitrio judicial; siquiera parece que sólo debe adoptarse, por sus inconvenientes respecto de los hijos con excepcionalidad”¹⁶⁸.

La gran mayoría de las críticas a la custodia alternada, se realizan sobre la base de un supuesto de hecho que puede presentarse, y lamentablemente así lo es en un alto porcentaje de las rupturas, tanto en situaciones de guarda unilateral como sucesiva: que los progenitores no mantienen una relación y comunicación aceptables. CARRASCO PERERA¹⁶⁹, señala que exigir lo contrario equivale al desconocimiento del hecho mismo de la ruptura y sus causas, exigiéndose así que los canales de comunicación de los ex cónyuges permanezcan inalterados.

El mismo autor señala una crítica que nos parece equivocada. Afirma que la custodia alternada perjudica a las mujeres, al potenciar las posibilidades de que sea el padre quien solicite y obtenga la custodia sucesiva, cuestión que a juicio del autor, crea un efecto perverso puesto que “como la madre valora casi siempre mucho más que el padre la custodia de los hijos, acabará estando dispuesta a renunciar a todo (pensión, alimentos, bienes matrimoniales)...”¹⁷⁰. Creemos que esta aseveración se anticipa apresuradamente a la aplicación de la ley; parte de una situación hipotética, cual es la desigualdad de condiciones entre hombre y mujer para establecer el convenio regulador, circunstancia

¹⁶⁸ LUNA SERRANO, AGUSTÍN, en *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO; LUNA SERRANO, AGUSTÍN; RAMS ALBESA, JOAQUÍN J.; RIVERO HERNANDEZ, FRANCISCO, 4ª ed., Barcelona, J.M. Bosch editor, 1997, p.168.

¹⁶⁹ Cfr. CARRASCO PERERA, ÁNGEL, *Custodia Compartida*, Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 648, Parte Tribuna, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2004.

¹⁷⁰ CARRASCO PERERA, ÁNGEL, *Ibid.*

perfectamente presentable, pero para la cual el legislador prevé ciertos remedios, como es la norma por la cual el juez debe velar por el interés del cónyuge más débil (párrafo antepenúltimo del artículo 90 del Código Civil.). Además, nos parece exagerado y ciertamente alejado de la realidad actual, atribuirle a la madre una inclinación prácticamente natural respecto al cuidado de los hijos, atributo del que carecería el hombre por el solo hecho de ser tal; no olvidemos que la introducción de esta figura que estudiamos viene precedida, en gran parte, por la lucha reivindicativa de los mismos progenitores varones con respecto a la igualdad de roles, en el desempeño del cuidado personal y formación de los hijos.

La Jurisprudencia española ha señalado que, salvo casos puntuales, es criterio de la Sala la no concesión a los padres en situación de separación o divorcio, de la guarda y custodia alternada de los hijos.

La SAT de Bilbao de 23 de abril de 1985 determinó que una guarda alternativa, por años, del padre y la madre, no era lo más adecuado para el interés del niño porque vendría a representar un continuo cambio no sólo respecto al ámbito familiar, sino también en sus hábitos, costumbres, relaciones sociales, etc., con repercusiones en su formación integral.

La SAP de Madrid, de 17 de febrero de 1998¹⁷¹, rechazó la custodia compartida, señalando que la guarda y custodia se desenvuelve en un quehacer más cotidiano y doméstico, *"que sin lugar a dudas también contribuirá a la formación integral del hijo, y que difícilmente podrían compartirse por quienes ya no viven juntos, lo que supondría de admitirse otra tesis, una invasión de la esfera privada de un progenitor en la del otro, o, en otro caso un peregrinaje del hijo de un hogar a otro, siendo más correctamente denominarlo en este supuesto, custodia periódicamente alternativa."*

La SAP de Valladolid¹⁷², de 13 de julio de 2004, señaló: *"No somos partidarios de un régimen de guarda y custodia compartida (...). No nos imaginamos a la menor pasando una semana con el padre y otra con la madre, o un mes con*

¹⁷¹ SAP de Madrid, de 17 de febrero de 1998, AC 1998\4985. *Vid.*, SAP de Valencia núm. 202/2004, de 31 de marzo de 2004 (PROV 2004\171112).

¹⁷² SAP de Valladolid, núm. 234/2004, de 13 de julio (PROV 2004\243901).

cada uno de ellos; desde el punto de vista psicológico estamos seguros que no sería bueno para Lena, porque nunca llegaría a centrarse, por lo que esta solución la rechazamos de plano."

Refiriéndose también a la inestabilidad que provoca en la hija, pero centrándose en el aspecto habitacional, la SAP de Córdoba, de 16 de diciembre de 2004¹⁷³, señaló que *"no considera que esa proximidad de ambos domicilios pueda ser motivo para el cambio que se propone, en primer lugar, por lo excepcional que ha de ser la atribución de esa guardia y custodia compartida, que representaría una situación irregular y que tendría un difícil encaje, pues supondría algo así como que la niña no tendría un domicilio estable, sino dos, y una regularidad en su vida, hábitos y costumbres, es absolutamente esencial, y más aún con la escasa edad de aquélla. Junto a ello no puede olvidarse que esa situación podría suponer con mucha probabilidad un incremento de la crispación entre los progenitores."*

Asimismo, la SAP de Cuenca, de 30 de septiembre de 1996¹⁷⁴, rechazó la custodia alternada solicitada por el padre, mediante apelación, señalando que: *"La permanencia de un niño de tan corta edad por periodos quincenales o mensuales con cada uno de los progenitores privaría al niño de un punto de referencia fijo sobre cuál es un auténtico entorno, sin contar con la situación de inestabilidad que para el pequeño comportaría el hacer cada cierto tiempo la maleta para trasladarse a su 'otro hogar'."*

Esa inestabilidad redundaría en perjuicio del equilibrio emocional de un niño tan pequeño. La moderna psicología insiste en lo importante que para la estabilidad psíquica de los niños, desde su más tierna infancia, el contar con referentes fijos que identifiquen como suyos con facilidad: su habitación, sus juguetes, etc. Ello proporciona al niño sensación de seguridad y bienestar, y, en definitiva, la tan reiterada estabilidad, que con toda seguridad no se consigue viviendo cada quince días, cada mes, o incluso por periodos algo mayores, en una casa distinta. Por todo lo dicho la Sala se pronuncia en contra de la petición principal del apelante."

¹⁷³ SAP de Córdoba núm. 521/2003 de 16 de diciembre (PROV 2004\20303).

¹⁷⁴ SAP de Cuenca núm. 237/1996 de 30 de septiembre (AC 1996\2457).

Tan relevante resulta, para gran parte de la jurisprudencia, la estabilidad física del hijo, que paradójicamente, con la excusa de protegerla, sacrifican el equilibrio emocional del mismo. Así queda manifestado en la SAP de Albacete de 1 de diciembre de 2003¹⁷⁵, que señala: *"la solicitada custodia compartida no puede acogerse pues aunque la medida podría dar satisfacción a los sentimientos de cariño de uno y otro padre hacia los hijos y al hecho de que éstos, como está acreditado, quieren por igual a sus padres, es lo cierto que comportaría para aquéllos un evidente trastorno vivencial por las dificultades de adaptación que el continuo cambio de hogar llevaría consigo, con la consiguiente quiebra del principio del favor filii, que es consustancial a toda la normativa reguladora de la materia."*

A la modalidad alternada o sucesiva de la guarda y custodia, se le atribuyen además de su supuesta inestabilidad, las siguientes desventajas.

En cuanto al principio de igualdad -que como hemos dicho es uno de los pilares fundamentales de la defensa del sistema de custodia sucesiva-, se ha señalado que siendo el interés superior del hijo, el principio fundamental que debe regir en la regulación de las crisis matrimoniales, todo elemento positivo que la custodia sucesiva represente, sucumbe ante la inestabilidad que genera la falta de unidad de dirección en el cuidado y educación del hijo, lo que perjudica su normal desarrollo y formación integral de acuerdo a su personalidad, y se opone a dicho interés superior. En resumen, este principio es efectivamente superior al de la igualdad de los cónyuges.

Por otra parte, se señala que en caso de incumplimiento del sistema, la custodia sucesiva se transformaría en una fuente inagotable de conflictos judiciales. Toda vez que el derecho-función de cuidado personal es ejercido cualitativa y cuantitativamente, en condiciones de igualdad por los padres, aquél que no cumpliera con el deber de dejar al otro padre o madre ejercer su custodia durante el lapso correspondiente, provocaría posteriormente, una similar reacción a modo de venganza.

¹⁷⁵ SAP de Albacete núm. 238/2003 de 1 de diciembre (PROV 2004/51020). En el mismo sentido, la SAP de Barcelona núm. 577/2004 de 30 de septiembre de 2004 (PROV 2004/292259).

Por último, se señala también, que la situación alternada de la guarda, intensifica un fenómeno que en situaciones de custodia unilateral con régimen de comunicación ya es habitual, esto es, que el niño puede transformarse en una arma arrojadiza de los padres, cuando éstos se hallen en situaciones conflictivas, creándose, además, conflictos de lealtad en el niño¹⁷⁶. Esta crítica desecha el supuesto de mejor entendimiento entre los progenitores, que la custodia sucesiva podría favorecer.

4.6. Importancia de atender al caso concreto

Al referirnos al interés superior del hijo, como uno de los principios de la responsabilidad parental, señalamos que se trata de un concepto jurídico indeterminado; que sólo adquiere real dimensión al aplicarse al caso concreto, atendidas las circunstancias personales y familiares concurrentes¹⁷⁷.

Pues bien, frente a la hipótesis de la vida familiar que nos ocupa, cual es la del cuidado personal del hijo, la delimitación de dicho interés superior consiste en establecer, en base a la valoración de las más detalladas circunstancias, cuál de las modalidades de custodia garantiza un mejor bienestar para el niño, niña o adolescente. Si lo es la custodia unipersonal, con cuál de ambos progenitores debe permanecer, o bien, si la guarda sucesiva satisface adecuadamente el *favor filii*, qué régimen específico en el tiempo y en el espacio, se aplica para el ejercicio alternado del cuidado personal.

CAMPUZANO TOMÉ¹⁷⁸, en un minucioso estudio jurisprudencial de la custodia compartida, señala que existe la tendencia a atribuir a ambos padres el ejercicio de la patria potestad, pero sólo a uno de ellos, y de forma exclusiva, la custodia de los hijos, determinando respecto del otro progenitor, la respectiva pensión de alimentos y un régimen de comunicación con su hijo. Agrega la

¹⁷⁶ Cfr. *Ibid.*

¹⁷⁷ Cfr. VARGAS CABRERO, BARTOLOMÉ, "El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor", en *El menor y la familia: Conflictos e implicaciones*, vol. col., Rodríguez Torrente (ed.), Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998, p.90.

¹⁷⁸ Cfr. CAMPUZANO TOMÉ, HERMINIA, *op. cit.*, p.1.

autora, que dicho criterio, puede no ser siempre lo más adecuado "atendiendo, tanto a las circunstancias concurrentes en cada caso, como a los inconvenientes y perjuicios que tal medida puede conllevar para el menor y para los progenitores. En Derecho de Familia no hay dos casos iguales y las medidas que en una situación se presentan como beneficiosas para el menor, en otras puede constituirse en generadoras de resultados gravemente perjudiciales."¹⁷⁹⁻¹⁸⁰.

La SAP de Baleares (Secc. 5ª), de 19 abril 1999¹⁸¹, establece que *"si bien en abstracto, la doctrina y la jurisprudencia son poco partidarias de soluciones como las que nos ocupa por estimar no favorecen la deseada y necesaria estabilidad de los menores afectados por situaciones de crisis matrimonial, la gran diversidad de situaciones que pueden producirse pueden aconsejar la aludida solución en supuestos excepcionales; y en el caso que nos ocupa, y con independencia de que en un principio se pactase entre los cónyuges que la guarda y custodia correspondería a la madre, el seguimiento de dicho régimen ha sido aceptado sin ningún problema por los dos menores."*

Por su parte, la SAP de Las Palmas, de 17 de mayo de 2004¹⁸², determinó que *"en este reparto temporal de la convivencia han de tenerse en cuenta factores como la situación de los progenitores (personal y laboral), la vinculación familiar de los hijos, arraigo con el lugar donde se ha desarrollado la convivencia hasta entonces, las posibilidades de adaptación de los menores a un cambio de residencia, y análogas (...)".*

TAMBORERO DEL RÍO¹⁸³, señala que no pueden dictarse sentencias estereotipadas; que debe estudiarse exhaustivamente a cada familia, cada pareja, cada progenitor y cada hijo, con sus particulares características.

¹⁷⁹ Cfr. CAMPUZANO TOMÉ, HERMINIA, *Ibid.*

¹⁸⁰ En un sentido similar se pronuncia BERMÚDEZ BALLESTEROS, Mª DEL SAGRARIO, "Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial", *Aranzadi Civil*, 2001-1, p.1865 y LÁZARO GONZÁLEZ, ISABEL, *Los menores en el Derecho español*, (vol. col.), Tecnos, Madrid, 2002, p.233.

¹⁸¹ AC 1999\4858.

¹⁸² PROV 2004\205252).

¹⁸³ Cfr. TAMBORERO DEL RÍO, RAMÓN, *op. cit.*, p.519.

4.7. Requisitos para establecer la custodia sucesiva

4.7.1. Requisitos legales para establecer la custodia sucesiva

Si bien es cierto que la custodia alternada constituye una institución que teóricamente es positiva, la ausencia de ciertas condiciones básicas, la hace impracticable.

Así, se ha señalado como condición esencial para el establecimiento de la custodia sucesiva, un acuerdo efectivo de los progenitores en tal sentido.

Recurriremos al análisis de la normativa española recientemente aprobada (ley Nº 15/2005 de 08 de julio), para analizar este elemento básico.

La custodia alternada exige un mínimo de entendimiento entre padre y madre. Las peculiaridades de este sistema de cuidado personal, requieren para su buen funcionamiento, de una permanente colaboración entre los progenitores (algunos autores señalan que en realidad los obliga a permanecer unidos¹⁸⁴).

Precisamente, de esta exigencia se aparta el Código Civil español, el cual mediante la ley Nº 15/2005 de 08 de julio, prescribe en el número 5 de su artículo 92, lo siguiente: *"se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento"*, reconociendo un origen convencional de la custodia alternada. Sin embargo, establece más adelante, en el numeral 8 del mismo artículo, que: *"excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con*

¹⁸⁴ Carrasco Perera, señala que "la custodia compartida necesita casi reproducir la situación familiar prerruptura, haciendo peligroso el incremento de intensidad de la vieja relación, que los "ex" querrian (se supone) dejar atrás, y dificulta la expectativa de construir una nueva vida sin la presencia del otro.". CARRASCO PERERA, ÁNGEL, *op. cit.*

informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.”.

Antes de la reforma de la ley N° 15/2005 de 08 de julio, se entendía que el origen de la custodia sucesiva debía ser convencional. GODOY MORENO¹⁸⁵, llegaba a dicha conclusión señalando que el artículo 159 del Código Civil español era claro: a falta de acuerdo, el juez “decidirá” con cuál de los “progenitores” quedan los hijos¹⁸⁶. Por su parte, el artículo 90 del Código Civil español, era la única disposición de dicho cuerpo legal (con la excepción del artículo 103 respecto de las medidas provisionales y en relación con un tercero), que permitía que la guarda fuese encomendada a “persona” y no a “progenitor” necesariamente, y que por tanto dicha norma autorizaba a los cónyuges a acordar la custodia alternada de sus hijos.

Agregaba la autora, que “parece imposible que el juez pueda adoptar una guarda y custodia alternada en un pleito contencioso, aunque una de las partes lo haya solicitado; (...) decretar una custodia alternada contra la oposición de uno de los progenitores, supondría introducir una fuente de conflictos adicional...”¹⁸⁷.

Por otra parte, según esta autora, las facultades del juez para denegar un acuerdo de los padres que establece la custodia sucesiva, son limitadas. Su denegación sólo es justificable en circunstancias muy especiales, y en interés del hijo, siendo insuficiente el argumento de que dicho sistema es, *a priori*, perjudicial para el hijo, sin atender el caso concreto. El rol reconocido a la autonomía de la voluntad de los cónyuges en el artículo 90 del Código Civil español, es suficiente motivo para defender el respeto de la decisión de los padres¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Cfr. GODOY MORENO, A., *op. cit.*, p.339.

¹⁸⁶ El artículo 159 del C.C., no modificado por la ley N° 15/2005 de 08 de julio, señala: “si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oírà, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.”.

¹⁸⁷ GODOY MORENO, A., *Ibid.*, p.335.

¹⁸⁸ Cfr. GODOY MORENO, A., *Ibid.*, p.340.

4.7.2. Requisitos fácticos para que opere la custodia sucesiva

No pueden ni deben determinarse en la ley, requisitos estáticos ni taxativos que hagan procedente la determinación de la custodia sucesiva. Creemos, en cambio, que sí es aconsejable que el legislador establezca pautas generales a las que el juez debe atender; como por ejemplo aquellas circunstancias fácticas que pueden llegar a ser imprescindibles para el desarrollo de la alternancia en la custodia. La ley podría establecer que el juez debe: ponderar la edad de los hijos, evitar la separación entre hermanos, corroborar que no existe violencia intrafamiliar, examinar la situación habitacional, regular el cumplimiento de los gastos originados por los hijos.

Se trata de determinar si la estructura familiar permite la aplicación de dicho régimen; de ahí que muchos de ellos tengan carácter objetivo, pero también psicosocial, como los que enumera GODOY MORENO¹⁸⁹, a título enunciativo.

- Que los cónyuges tengan buena predisposición para entenderse respecto de los problemas y responsabilidades suscitados por sus hijos.
- Si la alternancia de guarda se realiza con el traslado de los menores a los respectivos domicilios de los padres, habrá de recomendarse que éstos habiten cerca el uno del otro o como mínimo en la misma población.
- Que los modelos existenciales de los progenitores sean similares.
- Que se trate de una situación previa, inmediatamente anterior a la separación, en que los progenitores hayan colaborado por iguales partes en la crianza del hijo, con el fin que no suponga una novedad demasiado difícil de asumir para el menor, la guarda del progenitor que no haya participado hasta entonces del cuidado del hijo.
- Respeto mutuo entre los progenitores, en lo que respecta a su relación para con el hijo común.

¹⁸⁹ GODOY MORENO, A., *Ibid.*, pp. 340 y 341.

4.8. Criterios judiciales sobre cuidado personal

Una de las cuestiones más difíciles sobre la cual los cónyuges deben pronunciarse en el acuerdo regulador, o en su defecto, el juez dictaminar en la sentencia de juicio matrimonial, es aquella relacionada con el cuidado de los hijos.

Se trata de una materia que incide directamente en las vidas futuras de los niños y de los progenitores, tras la crisis matrimonial. Su atribución está íntimamente relacionada con el aspecto personal de la vida cotidiana de los hijos, del progenitor que ejerce el cuidado personal, y del progenitor no conviviente que mantiene con el niño un régimen de comunicación; y también con una serie de cuestiones, patrimoniales, como son la vivienda familiar y la pensión de alimentos.

La determinación del cuidado personal implica, fundamentalmente, decidir cuál de los progenitores convivirá con los hijos, dirigiendo su educación y formación integral día a día, en un plano doméstico. En definitiva, se discute el aspecto de la residencia, esto es, con quién vivirá el hijo y cuál de los dos padres desarrollará esa tarea cotidiana de educación, control y vigilancia.

Los principios que rigen la atribución judicial de la guarda y custodia, son: la prevalencia del interés del hijo, la audiencia de éste si tiene suficiente juicio; recabar el dictamen de especialistas; y, procurar no separar a los hermanos¹⁹⁰.

Sobre la base de estos criterios, el juez podrá considerar otros elementos relacionados con el caso concreto sometido a su decisión, como son la edad y sexo de los menores; su estabilidad, procurando la continuidad de su entorno familiar, escolar y social; la disponibilidad de tiempo de los progenitores para dedicárselo a los hijos; la atención que puedan prestarles tanto en el orden material como afectivo cada uno de ellos; la conducta de los padres, su personalidad y su posible influencia en la formación del hijo; los riesgos para la formación o salud de los menores; la mayor capacidad de los progenitores para el cumplimiento de su función, tanto de su persona como de su educación; la conveniencia de que los hermanos permanezcan unidos para el adecuado

¹⁹⁰ *Vid.* nota al pie núm. 40.

desarrollo afectivo; las convicciones políticas y religiosas; la relación que cada progenitor mantiene con el hijo; la posible influencia negativa que el padre o madre pueda ejercer en el niño, etc.¹⁹¹

En cuanto a la edad, la Jurisprudencia suele entregar a la madre, la custodia de los hijos de corta edad. Se aduce, por ejemplo, la *"relación especial que los muy pequeños suelen desarrollar con la madre a través del amamantamiento, primeros cuidados de higiene, mayor atención de la madre en el aseo, vestido, etcétera."*¹⁹²

En la doctrina, ZANÓN MASDEU¹⁹³, estima que "los hijos de corta edad tienen una mayor vinculación con la madre dada la trascendencia de los primeros años en la personalidad de los niños, y que por ley natural se desarrolla en su primera etapa por medio de una relación madre e hijos".

En cuanto a la disponibilidad de tiempo que el cuidado de los hijos exige, BERMÚDEZ BALLESTEROS¹⁹⁴, señala que los factores relacionados con la actividad laboral de los progenitores, y por ende, con la capacidad económica de éstos para satisfacer las necesidades de sus hijos, son: los horarios, los lugares en que ella se desenvuelve, la estabilidad en el trabajo, y los ingresos percibidos.

En cuanto a la unidad familiar, la Doctrina¹⁹⁵ y Jurisprudencia estima conveniente que los hermanos permanezcan unidos. La SAP de Toledo (Secc. 1ª), de 11

¹⁹¹ Algunos de estos factores se enuncian en la SAP de Barcelona (Secc. 12ª), de 21 noviembre 1996 (AC 1996\2198) y en la SAP de Madrid (Secc. 22ª), de 25 febrero 1998 (AC 1998\5002).

¹⁹² SAP de Castellón (Secc. 2ª), de 14 julio 1998 (AC 1998\1429). Bermúdez Ballesteros, menciona las siguientes sentencias pronunciadas sobre la base de la edad de los hijos: La SAP de Barcelona (Secc. 18ª), de 9 febrero 1999 (AC 1999\4031); la SAP de Badajoz (Secc. 1ª), de 15 julio 1998 (AC 1998\1387); y la SAP de Toledo (Secc. 2ª), de 11 febrero 1998 (AC 1998\3726). *Cfr.* BERMÚDEZ BALLESTEROS, Mª DEL SAGRARIO, *op. cit.*, nota al pie núm. 25.

¹⁹³ ZANÓN MASDEU, LUIS, *op. cit.*, p.46.

¹⁹⁴ BERMÚDEZ BALLESTEROS, Mª DEL SAGRARIO, *op. cit.*, p.1880.

¹⁹⁵ Dentro de la doctrina minoritaria, se encuentra García Cantero, quien califica como poco convincente la interpretación de esta norma en el sentido de rechazar el reparto de los hijos entre padre y madre, ya que la edad o sexo de los hijos podría aconsejar esa separación. *Cfr.* GARCÍA CANTERO, GABRIEL, "Comentarios a los artículos 92, 93 y 94 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* Dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, Tomo III, Vol. II, Madrid, Edersa, 1982, p.393.

noviembre 1999¹⁹⁶, señala: *"otro criterio particular que ha de ser tenido en cuenta de modo relevante en la atribución de la guarda y custodia de los hijos, dada su formulación legal expresa (art. 92, párr. 4º CC) es el de procurar no separar a los hermanos, con el claro designio de no agravar más aún la situación afectiva y de ruptura o desintegración de los lazos familiares, que de por sí genera la separación de los progenitores, mediante la separación de los hijos, la cual, en principio y salvo circunstancias excepcionales que la hagan necesaria, debe ser evitada con carácter general."*

Existen jueces que aplican dicha directriz aún contra la voluntad expresada por los hijos menores; la SAP de Jaén (Secc. 1ª), de 2 abril 1998¹⁹⁷, da cuenta de ello, al determinar que *"el principio establecido en el artículo 92 del Código Civil, que en interés de los propios hermanos y, por tanto, de la familia, dispone que se procurará no separar a los hermanos, debe prevalecer sobre la preferencia expresada por el menor, en cuya exploración no se indica el motivo de la misma"*¹⁹⁸.

4.8.1. Criterios judiciales sobre la custodia sucesiva

El grado de complejidad que reviste el acuerdo o pronunciamiento respecto de la guarda y custodia, se agudiza si la modalidad que se discute es la sucesiva o alternada.

¹⁹⁶ AC 1999/2407.

¹⁹⁷ AC 1998/4761.

¹⁹⁸ Existen, no obstante, excepciones fundadas en ese mismo deseo manifestado por los propios hijos; la SAP de Las Palmas (Secc. 1ª), de 15 marzo 1999 declara que *"si bien el artículo 92.4 'in fine' del CC contiene una norma de criterio legal dirigida al Juez, para que éste 'procure' no separar a hermanos, no es regla sin excepción, ya que el interés preferente de la medida complementaria de la separación o divorcio es precisamente la salvaguarda de los intereses de los hijos, de manera que si bien este interés en general se protege mejor manteniendo la unidad de la custodia, no siempre será así, y cuando se den pruebas de esta negativa, preferible será decidir la custodia separada de unos y otros hijos, que imponer una custodia conjunta que represente perjuicio para alguno de ellos; amén que si la custodia conjunta es regla más rigurosa en los casos de hijos de corta edad, cuando ya esta edad es más elevada y roza con la pubertad e incluso la adolescencia, la mayor independencia de cada hijo permite un grado de discrecionalidad superior a favor de la separación de los hermanos, tomando como base la propia voluntad manifestada por ellos, especialmente relevante a partir de los 12 años."* (AC 1999/4921).

Excepcionalmente los jueces han dado lugar a una distribución temporal de los hijos. BERMÚDEZ BALLESTEROS¹⁹⁹, señala que *"como regla general las Audiencias Provinciales vienen valorando negativamente de cara al equilibrio y normal desarrollo de los mismos, tanto en la esfera emocional, como escolar, social, etc., dos circunstancias: por un lado, los cambios de lugar de domicilio y, por otro, la atribución de la guarda y custodia compartida..."*.

En España, dentro de los primeros pronunciamientos que conceden la custodia alternada, se encuentra la SAT de Granada, de 17 de junio de 1985, que consideró prudente y menos perjudicial para todos, que los hijos convivieran con el padre durante los periodos de escolaridad, en beneficio de su educación y estudios, y con la madre en los de vacaciones.

Por otra parte, argumentando lo beneficioso que puede llegar a ser el contacto del niño con ambos padres y la igualdad de posición entre éstos, distintas Audiencias han acogido la figura de la guarda compartida²⁰⁰.

Antes de entrar al análisis de los criterios judiciales que otorgan la custodia alternada, reproducimos aquí una importante constatación efectuada por

¹⁹⁹ BERMÚDEZ BALLESTEROS, Mª DEL SAGRARIO, *op. cit.*, pp.1875 y 1878.

²⁰⁰ La SAP de Valencia de 22 de abril de 1999 (AC 1996/2457) señala que *"El régimen normal de atribución de la custodia del hijo a un progenitor con exclusión del otro no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna del niño. Su convivencia continuada con sólo uno de ellos provoca que tome a éste como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias del otro, con el que se relaciona esporádicamente; la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del progenitor no custodio, que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo, con halagos y regalos excesivos, el afecto del pequeño; en otras ocasiones, la falta de convivencia provoca, antes o después, el enfriamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidente perjuicio del derecho del menor (...) Por ello se hace preciso establecer un régimen de custodia compartida en el que las figuras materna y paterna se equilibren, compensen y complementen de manera adecuada."* Vid. SAP de Las Palmas, de 15 de marzo de 1999 (AC 1999/4921).

CAMPUZANO TOMÉ²⁰¹, quien señala que los jueces son reticentes al otorgamiento de la custodia alternada, aún cuando en muchas sentencias reconocen que el desarrollo integral del niño, se obtiene con un contacto habitual entre éste y sus padres. Cita la SAP de Las Palmas, de 17 de mayo de 2004, la cual afirma que no obstante la crisis familiar, *"quiere la ley que se cumplan, en la medida de lo posible, los fines asignados al núcleo familiar, entre ellos el del pleno desarrollo de la personalidad de sus miembros. Y el pleno desarrollo de los hijos menores de edad no se alcanza sin el mantenimiento del mayor contacto posible con ambos progenitores."*²⁰².

Más adelante, la autora se pregunta: *"¿por qué los juzgadores, que consideraron apropiado para el desarrollo del menor un reparto de los periodos de convivencia del hijo con los padres detallando en determinados casos de forma minuciosa su distribución, no optaron por calificar tal modalidad como custodia compartida y decidieron mantener el esquema de atribución exclusiva y ampliación del régimen de visitas?"*²⁰³

Efectivamente, muchas resoluciones judiciales, a falta de previsión expresa que autorice la custodia sucesiva, determinan un régimen de comunicación notablemente más amplio que el de fines de semana alternos y quincenas vacacionales, ajustándose, al mismo tiempo, al sistema clásico de atribución unilateral en materia de custodia. Ciertamente, según esta autora, optar por esta solución intermedia, o derechoamente, por la fijación de la custodia alternada,

²⁰¹ La autora distingue tres clases de tendencias en la jurisprudencia: aquella por la cual se reconoce la bondad de la custodia alternada, pero no obstante atribuye la custodia a uno solo de los padres, otorgando al otro un amplio derecho de visitas superior al ordinario; aquellas sentencias en las que, excepcionalmente, los juzgadores han acogido la modalidad de custodia compartida; y aquellas resoluciones en las que los jueces, ya sea por considerar que el caso no reúne las condiciones idóneas, o bien por las dificultades prácticas que su aplicación conlleva, o por no alejarse de la letra de la ley, han rechazado cualquier modalidad de alternancia en los periodos de convivencia entre ambos progenitores, acogiendo al régimen tradicional de atribución exclusiva de la custodia a uno de los progenitores y derecho de comunicación al otro. Cfr. CAMPUZANO TOMÉ, HERMINIA: "La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales", *Aranzadi Civil*, núm. 22/2004, Parte Estudio, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2005, p.4.

²⁰² SAP de Las Palmas núm. 320/2004, de 17 de mayo, PROV 2004\205252.

²⁰³ Cfr. CAMPUZANO TOMÉ, HERMINIA, *op. cit.*, p.4.

sí tiene relevancia, ya que ambas soluciones se fundamentan en cuestiones muy distintas. En el primer caso se distribuye la convivencia de manera más homogénea entre los padres, pero no así las responsabilidades que ella conlleva (elemento que sí opera en la custodia alternada), generándose dificultades en cuanto a la atribución automática de la vivienda familiar al padre o madre custodio, y el establecimiento de una pensión alimenticia a cargo del no custodio²⁰⁴.

4.8.1.1. Condiciones habitacionales y proximidad de domicilios

Se ha señalado que favorece el sistema de custodia sucesiva, el hecho de que ambos progenitores dispongan de viviendas, en cada uno de los lugares en donde se desarrollará la alternancia del cuidado personal.

Así lo consideró, junto a otros factores, la SAP de Castellón de 14 de octubre de 2003²⁰⁵, al valorar como determinante el hecho de que cada uno de los progenitores dispusiera en la misma localidad de una vivienda acomodada a las necesidades de la menor, así como el que ambos hubieran sabido ajustar su horario laboral a su contacto con la menor, *"de tal forma que como la madre trabaja por las tardes, su padre se encarga de recogerla del colegio, llevarla a extraescolares y darle de cenar en su domicilio, acompañando a la niña al domicilio cercano de la madre donde pasa la noche. El padre también lava la ropa de la niña."*

Este criterio parece lógico toda vez que el desarrollo de la custodia sucesiva, exige el traslado del niño de un domicilio a otro, por lo cual, si las condiciones de vivienda favorecen dichos cambios de residencia, se resguarda la estabilidad física y emocional del hijo. Recordemos que una de las principales desventajas aducidas con respecto a esta figura, es el continuo "peregrinaje" a que se vería sometido el niño, ocasionando dañosos desequilibrios. Pues bien, la adopción de medidas en el ámbito material (como lo es la comodidad de las dos viviendas de los padres), beneficia el desarrollo de la alternancia en la custodia.

²⁰⁴ Cfr. CAMPUZANO TOMÉ, HERMINIA, *Ibid.*, p.4.

²⁰⁵ SAP de Castellón núm. 279/2003, de 14 de octubre (PROV 2003\26477).

En esta situación, se está favoreciendo una mayor estabilidad emocional, a costa de la estabilidad física. El hijo compartirá su vida cotidiana de manera equitativa con su padre y con su madre, aunque debiendo residir en la vivienda de uno y otro. Las circunstancias del caso, esto es la condición habitacional, propician y justifican la decisión.

La SAP de Girona, de 25 de febrero de 2001²⁰⁶, estimó el recurso planteado por el padre frente a la Sentencia dictada en Instancia en la que el Juez, alegando el criterio de la estabilidad física del menor, procedió a modificar el régimen de custodia compartida que hasta ese momento venía siendo aplicado a favor de ambos progenitores, para atribuirlo de forma exclusiva a la madre. El Tribunal de Apelación, valoró el hecho de que ambos progenitores tenían el domicilio en la misma localidad y en relativa proximidad, lo cual facilitaba los eventuales traslados sin afectar a las relaciones sociales de la menor (escolares, amigas, actividades extraacadémicas), que podrían seguir manteniéndose sin cambio alguno. Igualmente, valoró como circunstancia positiva la existencia de propia habitación de la menor en ambos domicilios. La Sentencia señala que *“La conservación del espacio hogareño, donde se ha desarrollado la vida de la menor, ha comportado en ella una concentración afectiva en ambos progenitores con ausencia de sentimientos de abandono o indiferencia que se traducen en una personalidad alegre y tranquila, con reflejo en sus logros escolares y de relación, síntomas de un alto índice de autoestima que, en su propio interés no justifican una guarda y custodia individualizada, sino el mantenimiento de la tenencia compartida...”*.

En un sentido distinto se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona, que da prioridad a otros factores antes que a las condiciones materiales. En efecto, la SAP de Barcelona, de 22 de julio de 2004²⁰⁷, señala que *“generalmente la doctrina y la jurisprudencia se muestran partidarias de no efectuar una atribución compartida de la guarda y custodia, por la conflictividad que en ocasiones surge al tratar de materializar el régimen compartido de custodia, ya sea por la distancia geográfica aun en la misma población, por la falta de un domicilio adecuado de cada uno de los padres, por la inestabilidad emocional*

²⁰⁶ SAP de Girona núm. 108/2001 de 25 de febrero (AC 2001\1827).

²⁰⁷ PROV 2004\217508.

que del cambio constante de ambiente se puede derivar, o, en mayor medida, por la dificultad de establecer un sistema de horarios, comidas, estudios, juego, descanso, etc. ordenado y estable, especialmente importante en los períodos de crecimiento y formación escolar del menor. Pero nada impide que si realmente se acredita que lo más beneficioso para el menor es permitir que ambos padres asuman, de forma compartida, la custodia, se adopte judicialmente esta medida como la más adecuada para regir en el futuro la situación del menor...”.

Rechazó la custodia alternada, la SAP de Guadalajara de 9 de abril de 2002²⁰⁸, basándose en que el hecho determinante de vivir los progenitores en distintas localidades obligaría a las niñas a *“adaptarse a cambios de todo orden derivados de la convivencia temporal con uno y otro progenitor, lo que no puede considerarse que facilite la educación, ni la formación integral de los menores, al privarles de una estabilidad que se torna necesaria; cambios éstos que en el supuesto que nos ocupa se acentúan a la vista del distinto lugar de residencia de ambos progenitores, lo que incluso obligaría a las hijas a tener que cambiar de localidad, con todo lo que ello conlleva.”*.

4.8.1.2. Aspectos económicos

Si la custodia es alternada, lo normal es que los gastos económicos se distribuyan de acuerdo a los períodos de convivencia de cada progenitor; de tal forma, en cada lapso fijado, el padre o madre respectivo, asume los desembolsos correspondientes para satisfacer las necesidades de sustento del hijo común.

El problema está en el reparto de los gastos de carácter extraordinario. A ello se refiere la SAP de Castellón, de 10 de abril de 2003²⁰⁹, que los soluciona mediante un especial régimen de funcionamiento económico, facilitando el cumplimiento de las responsabilidades de orden patrimonial, mediante un fondo

²⁰⁸ SAP de Guadalajara núm. 126/2002 de 9 de abril (PROV 2002\153932). En igual sentido se han pronunciado la SAP de Cuenca de 30 de septiembre de 1996 (AC 1996/2457), SAP de Palma de Mallorca de 11 de noviembre de 1996 (R.G.D. 1998, p.1602), SAP de Alicante de 07 de julio de 1997 (AC 1997\1591), y SAP de Granada de 20 de enero de 2003 (JUR 2003, 109199).

²⁰⁹ SAP de Castellón núm. 112/2003 (AC 2003\846).

conformado por los aportes mensuales de ambos progenitores. La sentencia, señala que *"si compartida es la custodia y compartida por ello la obligación de atender en cada momento a las necesidades de los hijos comunes, compartida ha de ser la administración..."*

4.8.1.3. Opinión del niño

La opinión del hijo es un factor de suma importancia para la valoración de la comunicación que los progenitores mantienen con sus hijos. Como observamos anteriormente, al tratar los principios que inspiran la responsabilidad parental, lo manifestado por el niño ante el juez no determina la decisión judicial, sino que solamente la informa, como cualquier elemento de juicio. De ahí que existan resoluciones judiciales diametralmente opuestas al deseo expresado por el hijo, con respecto a su cuidado personal.

En la misma Sentencia a que hicimos referencia más arriba, se resuelve que, no obstante haberse escuchado a un adolescente de 17 años -quien prefería vivir con su padre por tener una pésima relación con su madre-, resulta altamente favorable para el desarrollo del hijo, un ejercicio alternado de la custodia. Así, la SAP de Barcelona, de 22 de julio de 2004²¹⁰, constata que la relación padre-hijo, descrita por éste, en realidad no es tal y que aquél no tiene *"control sobre las actividades del menor durante el día, sobre si está o no acudiendo al centro de estudios o con qué amigos se relaciona. Lo que sí está claro es que el hijo cuando va a comer a casa de la abuela y de la madre está manteniendo la vinculación y de ahí los frecuentes enfrentamientos con la madre que parece ejercer un mayor control sobre la actitud del menor frente a sus propias obligaciones de formación (...) Siendo en este caso la madre la que lo ejercita con mayor intensidad tratando de inculcarle el valor de la responsabilidad en sus estudios y la disciplina..."*²¹¹.

²¹⁰ PROV 2004\217508.

²¹¹ Vid. SAP de Barcelona núm. 346/2004, de 9 de junio (PROV 2004\208661).

No sucede lo mismo en la SAP de Córdoba, de 1 de marzo de 2004²¹², que con respecto a una adolescente de 16 años, sostiene que *"Si como ella opina, esa situación de alternancia la encuentra positiva, el principio del favor filii debe entenderse proclive a esa solución, pese a que los padres entiendan lo contrario"*.

4.8.1.4. Colaboración y buen entendimiento entre los progenitores

A nuestro juicio, el criterio judicial más importante para determinar la custodia alternada, es el que valora la relación que existe entre los padres tras la crisis matrimonial. Creemos que es prácticamente imposible que dicha modalidad se desarrolle exitosamente, si no existe un mínimo de entendimiento, colaboración y comunicación entre los progenitores.

Así lo ha señalado la SAP de Barcelona, de 16 de marzo de 2004²¹³, según la cual *"la Sala ha establecido de forma constante que la custodia compartida solamente cabe admitirla cuando del conjunto de las circunstancias de ambos progenitores sea factible (extrema proximidad de domicilios, acuerdo al respecto, fundamentalmente) y no se siga de ella un perjuicio."*

La SAP de las Palmas, de 15 de abril de 2004²¹⁴, señala por su parte, que la determinación de la custodia alternada tiene un carácter tan excepcional *"como la buena relación entre los cónyuges, que es lo que permite la observancia del régimen, entre quienes son capaces de postergar su desencuentro personal, por el beneficio del hijo/a común. Cabe excepcionalmente entonces y siempre que las circunstancias objetivas lo propicien el compartimiento de la custodia, y sin perder de vista naturalmente el principio rector en la materia, el bonnum filii."*

En otra sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona²¹⁵, rechazó el acuerdo regulador por el cual los padres establecían la custodia alternada, al considerarlo poco serio y real, declarando que *"la situación de guarda y custodia compartida"*

²¹² SAP de Córdoba núm. 65/2004, de 1 de marzo (PROV 2004\125769).

²¹³ SAP de Barcelona, de 16 de marzo de 2004 (PROV 2004\120706).

²¹⁴ SAP de Las Palmas núm. 327/2004, de 15 de abril (PROV 2004\152448).

²¹⁵ SAP de Barcelona núm. 140/2004, de 3 de marzo (PROV 2004\119161).

no se está dando en la práctica y que, además, no se aprecia entre ambos progenitores el grado de cooperación y confianza que sería preciso para que un sistema semejante fuese beneficioso para el hijo. Éste, en realidad, se ha distanciado de su madre, según lo que se dice en el informe pericial (...)”.

Finalmente, la SAP de Girona de 9 de febrero de 2000²¹⁶, señala en su Fundamento de Derecho Segundo, que *“en cuanto a la guarda y custodia compartida que se había establecido en la sentencia de separación, existen claras muestras de su rotundo fracaso ante la situación de intransigencia y enfrentamiento de los padres de los menores, lo que constituye un ejemplo paradigmático del fracaso de la guarda compartida cuando ésta no es propuesta y concertada de mutuo acuerdo por los progenitores que mantienen entre ellos una postura razonable y equilibrada ante la crisis matrimonial.”*

4.9. Viabilidad del cuidado personal compartido en Chile

En primer lugar, debemos decir que una interpretación literal de los artículos del C.C. referidos a la figura del cuidado personal del hijo, puede llevar a sostener que el legislador no permite la custodia alternada o sucesiva. No hay, al parecer, posibilidad de alternar el cuidado personal de los hijos entre padre y madre separados. La única opción es el ejercicio exclusivo, sea por parte de la madre (atribución legal) o del padre (atribución convencional o judicial)²¹⁷.

Sin embargo, un análisis más detenido, apoyado en una interpretación lógica, sistemática, y teleológica de la ley, nos conduce a afirmar una solución contraria. Por las siguientes razones.

²¹⁶ SAP de Girona núm. 265/2000 de 9 de febrero (AC 2000\184). *Vid.* SAP de Guipúzcoa de 14 de mayo 1999 (AC 1999\898).

²¹⁷ El H. Senador José Antonio Viera-Gallo planteó en su momento, la necesidad de incluir, una vez aprobado el proyecto que crea los Tribunales de Familia, la idea de legislar sobre custodia alternada pues *“lo que debiera haber es una legislación más avanzada que determine que en caso de separación y (...) de divorcio (...), que los padres de común acuerdo fijen tanto el régimen de tuición como la patria potestad y que a falta de dicho acuerdo, sea el juez quien lo determine, pero no que quede entregado principalmente a la madre, como ocurre hoy”*. *Cfr. La Semana Jurídica* núm. 33, 25 de junio a 1 de julio 2001, p.14.

La autonomía de la voluntad de los cónyuges en materias familiares, es admitida en la nueva LMC, con mucha mayor fuerza que antes de su dictación. Toda vez que el ordenamiento jurídico admite el divorcio y los acuerdos reguladores, se reconoce un mayor grado de intervención de dicha autonomía en las crisis matrimoniales.

La penetración de la autonomía de la voluntad en los supuestos de ruptura matrimonial, plasmada en los acuerdos reguladores, parte del supuesto básico de que los cónyuges son quienes mejor pueden establecer sus condiciones de vida posteriores. Junto a ello, la LMC establece un mayor intervencionismo estatal, a través de la figura del control judicial de los intereses superiores de los hijos y del cónyuge más débil.

En este contexto, creemos que el acuerdo de los padres o la decisión judicial que establece la custodia sucesiva, no se opone a los principios que informan nuestro nuevo Derecho Matrimonial.

Es más, la nueva Justicia de Familia, creada por la ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, instala nuevos paradigmas para la aplicación del derecho, en el fondo y en la forma. No nos parece contra ley, decidir que el cuidado personal del hijo sea sucesivo, si ello redundará clara y directamente en el interés superior y desarrollo integral de éste.

Identificación de la Norma : LEY-19947
Fecha de Publicación : 17.05.2004
Fecha de Promulgación : 07.05.2004
Organismo : MINISTERIO DE JUSTICIA

ESTABLECE NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

Teniendo presente que el H. Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente Proyecto de ley:

"Artículo primero.- Sustitúyese la Ley de Matrimonio Civil, de 10 de enero de 1884, por la siguiente:

"LEY DE MATRIMONIO CIVIL

Capítulo I

Disposiciones generales

Artículo 1º.- La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia.

La presente ley regula los requisitos para contraer matrimonio, la forma de su celebración, la separación de los cónyuges, la declaración de nulidad matrimonial, la disolución del vínculo y los medios para remediar o paliar las rupturas entre los cónyuges y sus efectos.

Los efectos del matrimonio y las relaciones entre los cónyuges y entre éstos y sus hijos, se regirán por las disposiciones respectivas del Código Civil.

Artículo 2º.- La facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello. Las disposiciones de esta ley establecen los requisitos para asegurar el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

El juez tomará, a petición de cualquier persona, todas las providencias que le parezcan convenientes para posibilitar el ejercicio legítimo de este derecho cuando, por acto de un particular o de una autoridad, sea negado o restringido arbitrariamente.

Artículo 3º.- Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil.

Conociendo de estas materias, el juez procurará preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada.

Asimismo, el juez resolverá las cuestiones atinentes a la nulidad, la separación o el divorcio, conciliándolas con los derechos y deberes provenientes de las relaciones de filiación y con la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura o la vida separada de los cónyuges.

Capítulo II

De la celebración del matrimonio

Párrafo 1º

De los requisitos de validez del matrimonio

Artículo 4º.- La celebración del matrimonio exige que ambos contrayentes sean legalmente capaces, que hayan consentido libre y espontáneamente en contraerlo y que se hayan cumplido las formalidades que establece la ley.

Artículo 5º.- No podrán contraer matrimonio:

1º Los que se hallaren ligados por vínculo matrimonial no disuelto;

2º Los menores de dieciséis años;

3º Los que se hallaren privados del uso de razón; y los que por un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio;

4º Los que carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio, y 5º Los que no pudieren expresar claramente su voluntad por cualquier medio, ya sea en forma oral, escrita o por medio de lenguaje de señas.