



ACADEMIA JUDICIAL  
CHILE

## ANÁLISIS DE LA LEY N° 20.680, SOBRE CUIDADO PERSONAL Y RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR

**Prof. Leonor Etcheberry C.**

### **Objetivos de la ley**

La ley 20.680 busca principalmente mejorar la regulación de dos instituciones que dicen relación con el orden de las familias cuando los padres viven separados; básicamente se refiere al cuidado personal y a la relación directa y regular, del padre no custodio.

¿Por qué era necesario hacerlo?, en primer lugar porque nuestra legislación discriminaba al padre en razón del cuidado personal y sin una razón determinada le daba a la madre el cuidado personal en caso de vivir separados; claramente no se respetaba el principio de igualdad ante la ley y había un trato discriminatorio ya que el sólo sexo no es un factor para hacer distinción alguna.

El objetivo que se puede destacar es tratar a través de esta nueva normativa, que ambos padres participen de igual forma en la educación y crianza de sus hijos, ya sea porque acuerden un régimen de custodia compartida o que lo hagan a través de poder poner en práctica el llamado principio de la corresponsabilidad.

Otro objetivo a destacar, que si bien, ya venía de la anterior normativa, aunque algo tímidamente, es que para solucionar cualquier problema en estas materias, necesariamente se debe poner al niño al centro y buscar su “mejor bienestar”; ahora con las actuales redacciones de los artículos 225 y 229 C.C., ello mejora, y ahora la labor la tendrán los jueces sobre todo al aplicar los parámetros que se han incorporado en la ley, que servirán sin lugar a dudas para construir el interés superior del niño y de fundamentación de sus sentencias; lo que traerá una correcta comprensión por parte de los justiciables de la decisión que se ha tomado.

El principio de la corresponsabilidad, resultará fundamental en todos aquellos casos que lleguen a los tribunales, y es por eso el que cobra mayor importancia.

#### PRINCIPIO DE LA CORRESPONSABILIDAD

La ley señala que el principio de la corresponsabilidad es aquel en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos (artículo 224 C.C.).

Respecto a esto, debemos destacar que es un principio, por lo cual debe ser tomado en cuenta al momento de fallar, y como todo principio servirá como un elemento de interpretación de situaciones conflictivas.

¿Qué se les pide a los jueces con esto? Que lo incorporen a sus resoluciones, primero decidiendo el cuidado personal en apego al interés superior de ese niño y una vez hecho esto reforzarlo a través de la relación directa y regular respecto del padre no custodio.

Los padres no son dueños de los hijos y menos uno de ellos, por lo cual si bien decisiones de todos los días deben ser tomadas por quien tiene el cuidado personal, las decisiones más importantes deben ser tomadas de común acuerdo, dentro de ellas claramente nos parecen que deben estar la decisión respecto de la educación del hijo, el establecimiento en que lo harán, la religión bajo la cual se educará al hijo, sobre todo en caso de que ambos padres sean practicantes de religiones diversas, el lugar de domicilio del hijo.

A pesar de esto, debemos tener claro que ni cuando se pide el cuidado personal, ni el régimen de relación directa y regular, se piden estas otras cosas, por lo cual la parte interesada invocando el “derecho” a participar en la crianza y educación de sus hijos tendrá que hacerlo y lo hará bajo el prisma del principio de la corresponsabilidad; de lo contrario no se le dio facultad al juez para hacerlo de oficio, además sería imposible que el juez supiera algo respecto de la educación o de crianza, si las partes no lo hacen valer en juicio.

No podemos olvidar que el principio de la corresponsabilidad es justamente un “principio”, por lo cual no hay una acción para hacerlo valer, obligando a alguien que no quiera participar en la crianza y educación a hacerlo; esto es un punto deficiente en la legislación, por un lado si el padre o madre no custodio quieren participar en la

crianza y educación apoyándose en este principio podrán hacerlo; por el contrario, quien detente el cuidado personal, no tiene acción para obligar al no custodio a participar en ella; una vez más queda al arbitrio de quien no está con el hijo el querer involucrarse más en su desarrollo, claramente no se protege en este caso el interés superior de ese hijo.

## **1. Cuidado personal**

**Artículo 225 C.C.:** fija nuevas formas en que se debe atribuir el cuidado personal de los hijos.

### **a. Atribución por convención entre los padres:**

En este punto debemos referirnos a tres cambios importantes:

1.- La nueva redacción insta a que los padres mantengan juntos a los hermanos, ya que si antes se señalaba “que el cuidado personal de uno o más hijos” podían vivir con el padre; ahora en cambio se señala que “los padres podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida”; esto es, en la medida de lo posible que todos los hijos queden juntos con cualquiera de los padres.

2.- Se incorpora la posibilidad de establecer de común acuerdo el cuidado compartido, definido para estos efectos en el inciso segundo del artículo señalando que es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

3.- El acuerdo debe necesariamente establecer el régimen de la relación directa y regular con el padre no custodio. Esto es un avance ya que obliga a los padres a ponerse de acuerdo no solo en el cuidado personal, como era en la legislación anterior, sino también en el régimen de la relación directa. El problema que se presenta sin embargo, es que este acuerdo no debe pasar por los tribunales, por lo cual no es necesaria la aprobación judicial. La ley no señala cuál sería la sanción si es que en dicho acuerdo no se contempla este régimen. Al no establecer una sanción precisa, debemos descartar la posibilidad de poder solicitar la nulidad del mismo. ¿Podría sin embargo el Oficial del Registro Civil negarse a inscribir el acuerdo en caso que advierta que no contiene este régimen, tal como en cierta forma hace el juez cuando estima que el acuerdo para la separación judicial o el divorcio por cese de convivencia no es completo

o suficiente como exige la ley?. Este problema deberá resolverse en la práctica y ver en definitiva cuál es la solución que se le da en el Registro Civil a dicha situación.

4.- El juez no puede fijar un régimen de custodia compartida, solo es posible que las partes de común acuerdo lo hagan.

5.- Claramente se mantiene a este respecto el problema de que nadie verifica si efectivamente en el acuerdo los padres procuraron proteger el interés superior del niño, o simplemente quien tenía un poder económico o social más fuerte fue quien decidió en su favor, lo más conveniente para él o ella (y no para el hijo). Los tribunales no intervienen en este acuerdo, por lo cual solo podrán conocer de este punto, una vez que alguno de los firmantes del acuerdo decidan querer modificarlo.

#### *Cuidado compartido o alternado*

Según la doctrina se ha entendido este sistema "como aquel que consiste en que, durante su vida separada, el padre y la madre conservan el cuidado personal de los hijos en forma conjunta o alternada." (RODRÍGUEZ PINTO, M.S. (2010) *El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo Derecho Chileno de Familia*, Santiago: Abeledo Perrot, Legalpublishing, p. 96).

Frente a este tipo de cuidado personal de los hijos, la doctrina ha señalado una serie de argumentos a favor y en contra los cuales señalaré solamente:

Argumentos a favor de la custodia compartida:

- Corresponsabilidad familiar y coparentabilidad.
- Dos modelos adultos frente a los niños.
- Reduce el divorcio entre el niño y el padre no custodio.
- Evitaría alteraciones de orden psicológico.
- Presentaría ventajas de orden económico.
- Suprimiría la necesidad de mantener un régimen de comunicación directa y regular con el hijo.
- Enriquece mundo social, afectivo y familiar del niño.
- Visión de conjunto acerca de la crianza y educación entre ambos padres.
- Aceptación frente a segundas parejas de los padres.

Argumentos contrarios a la custodia compartida:

- Ansiedad en los hijos cuando “vuelven a casa” y el tiempo que les toma la readaptación.
- Posibilidad de llevar una doble vida.
- Los hijos tienen muchos problemas yendo o viniendo entre un hogar y otro.
- Los niños se ven obligados a alcanzar un alto grado de flexibilidad a temprana edad.
- El niño tendría dos hogares
- No tendría monotonía de vida; de ver y vivir una vida cotidiana, sino dos.

### **b. Atribución legal supletoria de cuidado personal**

Es en esta atribución donde se genera un cambio importante y positivo, el juez ya no está obligado a ver en la madre una figura por sobre la del padre, ya que ahora la ley señala que, a falta de acuerdo, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien están conviviendo.

Está claro que el lugar de residencia de los hijos debe ser probado en el juicio; y mientras no haya un acuerdo o una sentencia judicial que así lo señale es en ese lugar donde los hijos deben permanecer al cuidado del padre o la madre que resida con ellos.

Esto tiene dos cosas favorables; en primer lugar, iguala la figura del padre o la madre frente al juez al momento de decidir y elimina de nuestro Código algo que a todas luces era impresentable. Ahora estamos frente a una situación objetiva, esta es, el lugar de residencia de los hijos, independiente de con quien viva en esa residencia.

En segundo lugar, evita cambios innecesarios para los hijos; cada vez que se vaya a producir un cambio en la vida de un hijo, se debe acreditar que es en beneficio del menor, por lo cual si ahora la ley dice que debe mantenerse el lugar de residencia, quiere decir que se prefiere la estabilidad del hijo, por sobre la preferencia de los padres.

### **c. Atribución judicial del cuidado personal**

El juez puede cambiar la atribución legal, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente:

- i. Radicarlo en el otro, esto es, en el padre o madre con quien no residían los hijos,  
o

- ii. Radicarlo en uno sólo cuando el acuerdo establecía la custodia compartida; este es el momento en que los jueces podrán hacerse cargo de lo que los padres pactaron; muchas veces no resulta lo que en un principio quisieron y le piden al juez cambiarlo (recién ahí se puede determinar si el interés del hijo estuvo protegido con el acuerdo, o primó la voluntad del que tenía más poder).

Si bien se cambia el término "causa calificada", por "circunstancias que lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente", ambos términos siguen siendo bastantes amplios y muchas veces difusos o vagos; frente a esto hay que establecer que las circunstancias que lo requieran deben ser en relación al interés superior del hijo; y es por eso que el juez debe construir este interés, de lo contrario las circunstancias solas no ameritarán el cambio de progenitor que tiene el cuidado personal.

Para estos efectos la ley fija una serie de criterios y circunstancias que el juez debe ponderar conjuntamente antes de decidir en cuál de los padres se radicará el cuidado personal; al respecto de estos criterios debemos señalar:

- i. ¿Por qué los criterios?; para ayudar al juez en su decisión, como lo ha hecho la Children Act, del año 89 y los Códigos de Familia o del menor más recientes, y para que el juez pueda fundamentar su decisión apelando a dichos parámetros, y también para construir el interés del menor.
- ii. No son taxativos, lo que queda claramente expresado en la letra j), cuando se señala que debe tomar en cuenta cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.
- iii. No son unos más importantes que los otros, ya que el encabezado claramente señala que el juez los debe ponderar conjuntamente.
- iv. Es curioso constatar que la mayoría está planteado desde el punto de vista de los padres, por lo cual para darle un correcto uso debemos dar vuelta la redacción y verlos desde el punto de vista del hijo, poniendo a éste en el centro del problema.

¿Cómo deben ser usados estos parámetros? Lo ideal es que repasando cada uno de ellos el juez pueda fundamentar su sentencia en ellos, para que quede claro a las partes respecto de las razones que tuvo el tribunal para radicar en uno de ellos el cuidado personal.

- a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres y demás personas de su entorno familiar: este punto se puede analizar desde un punto de vista positivo,

la cercanía que exista entre el hijo y cada uno de sus padres o respecto de otra persona que viva en el mismo hogar del menor, abuela, tía u otra figura que sea o haya sido importante en la crianza del hijo. Desde un punto de vista negativo, desapego afectivo del hijo respecto de uno de sus padres o algún rechazo, problema significativo con alguna persona que conviva con el menor o que sea parte de su entorno familiar más cercano.

- b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado según su edad: aquí hay una fuerte vinculación con la letra anterior, ya que el padre o madre que deba compartir el hogar con alguna figura negativa para el hijo, por el motivo que sea, claramente puede llegar a afectar el bienestar del mismo; pero además es imprescindible vincularlo con el inciso 5to del 225 C.C., cuando señala que el juez no puede fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres, no es solo el bienestar económico el que importa, también el aspecto afectivo, de seguridad y estabilidad del hijo. Esto venía de antes, ya que en las actas del Congreso se dejaba en claro que la causa calificada que señalaba el anterior artículo 225, no podía ser únicamente la condición económica de quien pedía el cuidado personal.
- c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo: esto es otra modificación, antes se le decía al juez que no podía darle el cuidado personal a ese padre, hoy debe tomarlo en cuenta, ya que si no contribuyó a su mantención pudiendo hacerlo, claramente puso en riesgo la vida de su hijo sin tomar en consideración su bienestar. Existe una sentencia en que, a pesar que las condiciones en que vivía la hija menor con la madre eran deplorables y ésta tenía una serie de problemas, el tribunal no le dio el cuidado personal al padre porque este no había cooperado en el mantenimiento del hijo (en ese caso el padre estaba desempleado, pero vivía con su madre o sea la abuela de la menor, y podía ofrecerle una mejor calidad de vida), se espera que con esto, el juez tenga una mayor amplitud para resolver.
- d) De vital importancia es la letra d), esto es, cuál de los padres va a cooperar para que el hijo se relacione con el otro padre, no solo cumpliendo con el régimen de la relación directa y regular, sino que promoviendo la importancia de la relación del hijo con el otro padre. En este punto quiero destacar que si ya habiendo establecido el cuidado personal a favor de uno de ellos, el padre no custodio reclama y prueba el no cumplimiento del régimen directo y regular por entorpecimiento por parte del padre custodio; el juez podría reconsiderar la radicación del cuidado personal y la posibilidad de cambiarlo si la situación

persiste. La relación con ambos padres es de suma importancia para la estabilidad y para la identidad del menor, los niños requieren de una figura materna y paterna en la medida de lo posible, como señala la Convención del Derechos del Niños. ¿Cómo hacerlo? Claramente el padre o madre afectado debe solicitarlo (el juez no puede actuar de oficio), pero el juez podría determinar con las constancias de no cumplimiento que dentro de los parámetros que lo llevaron a fijar el cuidado personal, estaba justamente el hecho que iba a favorecer la relación con el padre o madre no custodio; si esto no se ha cumplido quiere decir que las circunstancias han cambiado y es posible entonces replantearse quien tendrá el cuidado personal.

- e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y especialmente la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades; esto es lo que derecho extranjero se denomina la *Aproximation Standard*: criterio de atribuir alternadamente el cuidado personal en proporción al tiempo que antes de la separación dedicaba al cuidado de los hijos. Se asegura la continuidad en la relación de los padres con los hijos.
- f) No se puede construir un interés superior del niño, **sin escuchar la opinión de éste (letra f)**, y tomarla en cuenta de acuerdo a su edad y madurez, recordar para estos efectos el principio de la autonomía progresiva, establecida en la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 5to.
- g) El resultado de los informes periciales que se hayan ordenado practicar: en este punto hay que recalcar que lo conveniente es realizar la pericia de los padres y de los hijos.
- h) Los acuerdos anteriores y el domicilio.

**Art 226 C.C.:** en este caso la única modificación es que deben usarse nuevamente los parámetros del 225-2; pero aquí debemos señalar también que el artículo 42 de la ley de menores que señala las causales de inhabilidad solo podrán ser usadas con este efecto, de inhabilitarlos para darle el cuidado personal a un tercero; las causales de inhabilidad no pueden ser usadas en el contexto del artículo 225.

**Art 227 C.C.:** en ambos casos se puede apremiar a quien debe hacer entrega del hijo y no lo hiciere o no lo hiciere dentro de plazo.

Apremio: arresto hasta por 15 días o multa, 543 CPC.



## 2. Relación directa y regular

Es aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto "periódico y estable" (ambas palabras se deben interpretar)

Nuevamente se destaca el carácter de derecho-deber.

Las fuentes pueden ser el acuerdo entre los padres: por vía de mediación, acuerdo ante el juez, acuerdo del 225 C.C., acuerdos en el proceso de divorcio.

En su defecto la fija el juez.

**Relación sana y cercana**, interés superior del hijo.

Nuevamente se entregan parámetros al juez que deben seguirse al fijar este régimen y que servirá para fijar conceptos amplios como "contacto periódico y estable" y "relación sana y cercana".

El inciso final nos señala claramente qué sucede si no se cumple con este derecho (deber) y la solución es que se restringe o en último caso cuando ya está determinado que le causa un daño al hijo éste se suspende.

Sin embargo en el inciso penúltimo se señala que el padre custodio, no debe entorpecer u obstaculizar este régimen; pero no dice que sucede si lo hace. En la práctica los jueces tendrán que decidir y entre privar de libertad a una parte o señalar que el cuidado personal puede ser alterado debido a esto, pareciera ser que la segunda opción sería más efectiva, a lo cual ya nos referimos. No olvidar que vigente la ley de menores, el padre afectado puede solicitar al tribunal que agregue todo el tiempo que ha perdido en su régimen de relación directa y regular, por culpa del padre o madre custodio (artículo 48 Ley de Menores).

En cuanto a la relación directa y regular con sus abuelos, cómo se interpreta, además del padre no custodio, pueden las padres del padre no custodio solicitarlo; pareciera ser que la correcta interpretación sería establecer este régimen cada vez que uno de los padres se encuentra ausente y los abuelos sean el vínculo para relacionarse con el otro lado de la familia; de lo contrario nos encontraremos con niños que siempre están cumpliendo algún tipo de régimen.

En mi opinión si se quería favorecer a terceros, este régimen debió ser más amplio y posibilitarlo respecto de una figura que resulte significativa afectivamente para el hijo y que dejar de verla le producirá finalmente un daño.

Al respecto puede ser útil traer a colación el concepto de padre o madre psicológica: se trata de una persona que no tiene relación biológica con el niño; pero ha participado en la vida del niño como una parte de su familia.

Estos padres viven o han vivido con los niños, y con el incentivo del padre legal o biológico han realizado una parte igual o mayor del cuidado del niño.

Estos padres contribuyen a crear la rutina diaria del niño, se preocupan de sus necesidades para su correcto desarrollo, los disciplinan y proveen para su educación y su salud, y sirve como un modelo a seguir, en la parte moral.

La Corte de Alaska ha señalado que el padre o madre psicológico es "aquel que en el día a día del niño, a través de su interacción, a través de su compañerismo, a través de sus juegos le entrega el sustento psicológico que un niño necesita de un adulto".

Este adulto llega a ser un referente esencial en la vida del niño, ya que no es solo una fuente de recursos para solventar sus necesidades físicas, sino también una fuente de satisfacción de sus necesidades psicológicas y emocionales.

### **3. Patria potestad**

El cambio es señalar que ésta puede ser ejercida conjuntamente (atribución legal).

¿Qué se entiende por los actos de mera conservación? Esto es importante ya que para este tipo de actos cada uno de los padres puede actuar solo, sin embargo la ley no señala cuales son estos actos.

#### **Normas de interpretación legal que es posible usar**

**Art 487 C.C.:** “El curador de los bienes de una persona ausente, el curador de una herencia yacente, el curador de los derechos eventuales del que está por nacer, están sujetos en su administración a todas las trabas de los tutores o curadores y además

se les prohíbe ejecutar otros actos administrativos que los de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas de sus respectivos representados”.

Esta norma tiene a su favor que habla del curador de los derechos eventuales del que está por nacer; derechos sobre los cuales se ejerce también la patria potestad, de acuerdo al art 243 inciso 2do.

En general también se podría entender que se refieren a los actos de administración, establecidos en el artículo 2132; la sola distinción es que habría que ver la interpretación del **giro ordinario del negocio**, ya que dependerá de que tipo de bienes tenga el hijo.

### **Restantes actuación conjunta. Puede ser suplida por autorización judicial.**

Sigue en vigencia la norma que señala que la patria potestad se radica en quien tiene el cuidado personal, pudiendo alterarse esta norma si los padres lo hacen o uno de ellos se lo solicita al juez.

### **Problema de la representación**

Se entiende que si no hay acuerdo la ley establece que la patria potestad se ejerce conjuntamente, en la representación del hijo, nos encontramos con el art. 43 C.C. que al no ser modificado sigue señalando que es representante legal el padre o la madre y no ambos, lo cual ameritará una interpretación que nos haga llegar a que fue un simple olvido del legislador él no modificar el art. 43 y que al establecer que la patria potestad es conjunta ambos padres deben ser sus representantes, lo cual en la práctica presentará problemas en aquellos casos en que no estén expresamente resueltos en nuestro Código, como lo hacen los artículos 264 y 265 respecto a la participación de un hijo sujeto a patria potestad en determinados juicios.