

ANTE LA ILUSTRÍSIMA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

**CASO N°12.502
KAREN ATALA RIFFO Y OTRAS VS. CHILE**

**INFORME PERICIAL DE LA PROFESORA DOCTORA EN DERECHO
FABIOLA LATHROP GÓMEZ
ACADÉMICA DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE**

**SANTIAGO DE CHILE
MAYO DE 2011**

Objeto del Informe. Este informe pericial tiene dos objetivos. En primer lugar, analizar, críticamente, el estado actual de la legislación chilena en materia de cuidado personal de los hijos, a la luz de las normas internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Comparado. En segundo término, analizar la relación entre la atribución de este derecho-función y la orientación sexual de los padres, desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Comparado.

Sumario: 1. Particularidades del ordenamiento jurídico chileno en materia de relaciones entre padres e hijos. 2. Tratamiento jurídico del cuidado personal de los hijos en Chile. 2.1. Atribución y ejercicio del cuidado personal de los hijos en Chile. 2.1.1. Atribución legal del cuidado personal de los hijos. 2.1.2. Atribución convencional del cuidado personal. 2.1.3. Atribución judicial del cuidado personal. 2.1.4. Apertura y cierre de las normas sobre cuidado personal: La situación del artículo 228 C.C. 3. El cuidado personal de los hijos en el Derecho comparado. 3.1. Consideraciones generales. 3.2. Francia. 3.3. Italia. 3.4. Alemania. 3.5. Argentina. 3.6. Estados Unidos. 4. Orientación sexual y atribución del cuidado personal de los hijos. 4.1. Generalidades. 4.2. La prohibición por razón de orientación sexual en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 4.2.1. La vulneración de la prohibición de discriminación por orientación sexual en el caso Atala y otras vs. Chile. 4.2.2. La conculcación del Interés superior en el caso Atala y otras vs. Chile. 4.3. Orientación sexual y responsabilidad parental en el Derecho Comparado. 5 Conclusiones. 5.1. Valoración general de las reformas legales chilenas en materia de Derecho de Familia(s) a la luz del Caso Karen Atala Riffo y Otras vs. Chile. 5.2. En cuanto al ordenamiento jurídico chileno sobre cuidado personal y la interpretación judicial de sus normas, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 5.3. En cuanto al Derecho comparado en materia de cuidado personal, su adecuación al Derecho Internacional y la orientación sexual como criterio de asignación de dicha función.

1. Particularidades del ordenamiento jurídico chileno en materia de relaciones entre padres e hijos

En primer término, en la legislación chilena, patria potestad y cuidado personal son dos instituciones reguladas de manera separada. A diferencia de la gran mayoría de las legislaciones del mundo¹, en las que la patria potestad (responsabilidad parental, autoridad parental, *joint legal custody*, según sea la denominación utilizada) reúne lo relativo a la vida del hijo -en el aspecto patrimonial y extrapatrimonial-, el cuidado personal existe, en Chile, paralelamente a la patria potestad; no es contenido de ésta ni surge una vez producida la crisis matrimonial o de pareja. Ello se debe al tratamiento dual que nuestro Código Civil² otorga a la relación parental, dividiendo lo personal de lo patrimonial.

Esta opción del legislador chileno tiene importancia para los casos de separación y divorcio, en cuanto relega al padre o madre no cuidador a una función pasiva y de poca injerencia en relación al hijo en cuya compañía no vive. En particular, en casos como el sometido a la ltma. Corte, la persona a quien no le es atribuido el cuidado personal no tiene, en el estado actual de la legislación, sino el derecho-deber a que se regule un régimen de relación directa y regular y la obligación de pagar alimentos legales, lo que produce disparidad entre ambos padres al momento de participar en la vida del hijo. Esta situación genera, frecuentemente, una desvinculación inadecuada entre padre no titular y el hijo, ya que la persona que ejerce el cuidado personal no solo vive en compañía de éste sino que, además, posee atribuciones privativas en sus ámbitos sanitarios, escolares y sociales, su representación legal y administración patrimonial, entre otras prerrogativas, sin que el padre o madre no titular del cuidado personal mantenga, al menos, una figura residual que le permita compartir un nivel de responsabilidad que supere el cumplimiento del régimen de comunicación y los alimentos mencionados³.

¹ No conocemos otra legislación que efectúe una distinción similar a la chilena. En efecto, la doctrina nacional ha relevado la particularidad de la legislación chilena en este aspecto, sin que esté clara la razón que inspiró al codificador (año 1855) al adoptar esta solución. Una posible explicación estaría en la influencia del Código Civil holandés de la época. Sobre este aspecto, *Vid.* RODRÍGUEZ PINTO, M., “Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16, Nº 1, 2010, pp.55-84.

² En adelante, C.C.

³ En efecto, en el párrafo 31 del Informe de Admisibilidad (nº 42/08) recaído en este caso, se señala que los peticionarios aducen lo siguiente: “Su padre toma la gran mayoría de las decisiones sin consultarle a la madre y la Sra. Atala no es informada del desarrollo de sus hijas en el colegio o de actividades que requieren la presencia de sus padres, como graduaciones y procedimientos médicos”. En este sentido, el pasado 14 de marzo de 2011, la Corte de Apelaciones de Santiago -en causa Nº Protección 4359-2010- acogió un recurso de protección interpuesto por un padre que alegaba estar siendo marginado por parte el establecimiento educacional de los hijos en cuya compañía no vivía, al negársele, por expresa solicitud de la madre que ejercía el cuidado personal de los niños, información sobre el rendimiento académico y el proceso educativo de sus hijos. La Corte afirmó que las relaciones filiales son complejas y que solo una sentencia puede privar a un padre de su deber de participar activamente en cada una de las etapas del menor (considerando décimo primero). El ejercicio interpretativo de este pronunciamiento de la Corte constituye jurisprudencia

Como se indicará más adelante, el Derecho comparado mantiene, sea positivamente o a través de soluciones jurisprudenciales, prerrogativas en el padre o madre que no ejerce el cuidado personal del hijo. Se reconoce así un derecho-deber de vigilancia y control⁴ y un deber de colaboración⁵ para el padre o madre no custodio,

excepcional en el contexto nacional chileno (prueba de ello es la acción de urgencia utilizada por el padre) y da cuenta de la aislación parental que sufren padres e hijos en situaciones de ruptura, sobre la base de una legislación fundada en la disociación de las funciones parentales más que en el interés superior de los hijos.

⁴ Este derecho ha encontrado gran desarrollo en Italia. En primer lugar, conforme a la parte final del inciso cuarto del artículo 6 de la Ley de Divorcio italiana de 1970, el cónyuge a quien no se le haya atribuido el cuidado de los hijos 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 para el interés de los mismos. Por otra parte, el inciso tercero del artículo 155 del *Codice* prescribe que la *potestà genitoriale* es ejercitada por ambos progenitores y que las resoluciones de mayor interés para los hijos relativas a su instrucción, educación y salud deben ser adoptadas de común acuerdo teniendo en cuenta la capacidad, las inclinaciones naturales y las aspiraciones de los mismos y que, en caso de desacuerdo, la decisión corresponde al juez. Cabe destacar que éste puede establecer que los progenitores ejerciten dicha potestad de forma separada *sólo respecto de las determinaciones sobre cuestiones de ordinaria administración*. En definitiva, podemos señalar que, para las hipótesis de cuidado personal individual, el Derecho italiano distingue entre ejercicio cotidiano de la patria potestad, el cual corresponde de manera exclusiva al guardador, y ejercicio conjunto de la misma para las cuestiones de mayor relevancia relativas al hijo (Cfr. DE FILIPPIS, B. y CASABURI, G., *Separazione e divorzio nella dottrina e nella giurisprudenza*, Padova, CEDAM, 2004, pp.284-285). De esta forma, si la custodia de los hijos tiene carácter unilateral, esta última facultad y el derecho-función de vigilancia serían, para el padre o madre no custodio, el contenido de la *potestà genitoriale* que está llamado a ejercitar. El derecho-deber de vigilancia está constituido por aquellas facultades de intervención que el legislador concede al progenitor no guardador con el objeto de garantizar el cumplimiento del mejor interés del niño. Aunque la Ley de Divorcio italiana de 1970 determina que el cónyuge a quien no le haya sido atribuido el cuidado de los hijos tiene el derecho y el deber de vigilar su *instrucción y educación*, la doctrina ha acuñado un concepto amplio de esta función. Así, se ha entendido que este instituto se extiende, no solamente a dichas esferas del desarrollo del menor, sino que comprende, desde luego, la obligación de cooperar en dicho proceso formativo. As

En Europa, contempla también este derecho el Código Civil portugués, al establecer que al progenitor que no ejerce el poder paterno le asiste la facultad de vigilar la educación y las condiciones de vida del hijo (artículo 1906.4). En España, su construcción jurídica se debe a la jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1996, confirmando la decisión del juez de primera instancia, declaró que, como cotitular de la patria potestad, el padre puede intervenir en la decisión de temas de importancia, aunque no así en los de carácter cotidiano, y que el padre debe ser oído o consultado por la madre antes de que ésta adopte decisión alguna sobre aquellas cuestiones que, afectando al menor, tengan carácter extraordinario o revistan especial importancia.

En el contexto latinoamericano, el número 2 del inciso segundo del artículo 264 del Código Civil de la República de Argentina establece que el progenitor a quien no se le ha atribuido la guarda y que, por ende, conforme a dicha legislación, no tiene la patria potestad sobre sus hijos, posee el derecho a mantener una adecuada comunicación con el hijo y el *derecho de supervisar su educación*. Reconoce así, aunque con otra denominación, el derecho-deber de vigilancia y control. Por otra parte, el artículo 264 *ter* del mismo cuerpo legal contempla el denominado *derecho de oposición* para los casos de desacuerdo entre el padre y la madre, permitiendo que cualquiera de ellos acuda al juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los padres con intervención del ministerio pupilar.

precisamente, sobre la base de la responsabilidad parental que, pese a la ruptura, siguen compartiendo.

Lamentablemente, la jurisprudencia nacional, pudiendo y debiendo aplicar los principios de coparentalidad y corresponsabilidad contenidos en los artículos 9 y 18 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño⁶ y 17(4) de la Convención Americana

⁵ Se trata de una obligación de carácter extrapatrimonial atribuida al progenitor no guardador en virtud de la cual debe mantenerse dispuesto a cooperar en el desarrollo de ciertas y determinadas tareas que comprende la crianza del hijo en común. De esta forma, esta figura constituye una contrapartida a la facultad de control. Dado que el progenitor no guardador tiene derecho a supervisar la función de custodia atribuida al ex cónyuge y a exigir cierto nivel de información relativa a sus hijos, el padre o madre custodio tiene, a su vez, el derecho de requerirle cierta especial colaboración de carácter no patrimonial, bajo determinadas circunstancias que exceden la tarea de educación y crianza (genéricas) que de todos modos comparten. El objeto de esta obligación de cooperación está constituido por aquellas prestaciones de naturaleza personal surgidas en los casos en que, por particulares eventualidades de tipo subjetivo u objetivo, el progenitor custodio no puede ejecutar íntegramente el deber que le ha sido asignado; por ejemplo, si sobrevienen ciertas urgencias que sencillamente le impiden cumplir con sus labores de cuidado habituales (como una ausencia imprevista, accidente o enfermedad que no le permita enviar a los hijos al colegio o brindarles compañía permanente). Este instituto encuentra su origen, principalmente, en la doctrina italiana. Vid. FALZEA, A., *La separazione personale*, Milano, A. Giuffrè, 1943, p.189 y GRASSI, L., *La Legge sul Divorzio*, Napoli, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, 1971, pp.188-190.

⁶ Estas normas se refieren al carácter excepcional de la separación del hijo de sus padres, a la necesidad de que el niño continúe manteniendo contacto con ellos, al derecho del mismo a ser tomado en cuenta en las decisiones que se adopten con motivo de esta separación, y al principio de corresponsabilidad, es decir, a que ambos padres tienen el derecho y el deber de involucrarse, por igual, en el desarrollo y crianza del hijo. Esta Convención entró en vigencia en Chile el año 1990 y está contenida en el Decreto 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 27 de septiembre de 1990, que lleva por título "Promulga Convención sobre los derechos del Niño". Los textos de las normas citadas establecen:

"Artículo 9.

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas".

"Artículo 18.

de Derechos Humanos⁷, entre otras normas internacionales vigentes en el país, no se ha hecho cargo, sino aisladamente, de esta deficiencia legal⁸.

En efecto, el artículo 243 del C.C. define la patria potestad como “*el conjunto de derechos que la ley da al padre o madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados*”, excluyendo los derechos-funciones regulados en el Título IX del Libro I, es decir, 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 fuente⁹, y de una opción legislativa que, a la época de la tramitación de la Ley de Filiación de 1998, ya existía como tendencia consolidadísima en el Derecho Comparado (Argentina, Perú y España, solo por mencionar países de mayor cercanía sociojurídica).

No obstante, no era esta la idea original de la Ley de Filiación. El mensaje del Proyecto de esta Ley buscaba agrupar bajo el concepto de patria potestad el aspecto

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

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

En adelante nos referiremos a este instrumento como CDN.

⁷ Esta norma se refiere a la protección de la familia y subraya la necesidad de que exista una adecuada equivalencia en el desempeño de las responsabilidades conyugales. Esta Convención entró en vigencia en Chile el año 1991 y está contenida en el Decreto 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 5 de enero de 1991, que lleva por título “Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica”. El texto de la norma citada establece:

“Artículo 17. Protección a la Familia.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

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

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

En adelante nos referiremos a esta convención como CA.

⁸ Como sucedió en el caso del recurso de protección comentado anteriormente. *Vid. supra* nota al pie núm. 3.

⁹ Cfr. WEINSTEIN WEINSTEIN, G., “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.

patrimonial y personal. Lo que ocurrió fue que en el Senado se rechazó por unanimidad dicha norma porque *“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”*¹⁰.

Nuestro ordenamiento no parte de la premisa del ejercicio compartido de la patria potestad (restringida a la representación legal y administración de los bienes del hijo); para ello es necesario el acuerdo de los progenitores a que se refiere el artículo 244 C.C. y, a falta de éste, al padre toca su ejercicio. Y en situaciones de crisis matrimonial o de pareja, conforme al artículo 245 del mismo cuerpo legal, sólo 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 la ejerzan de manera conjunta.

En segundo lugar, algo similar sucede con el cuidado personal, pues el artículo 225 inciso primero C.C.¹¹ radica en la madre su ejercicio en caso que los progenitores vivan separados, sin distinción de edad del hijo, es decir, mientras éste sea menor de 18 años, permanecerá bajo su cuidado. Es decir, a falta de acuerdo, en situaciones de normalidad matrimonial o de pareja, el aspecto patrimonial es dejado en manos del padre y, en situaciones de crisis, el aspecto personal es dejado a la madre. Así las cosas, ante la falta de una institución integradora de lo personal y patrimonial, al abordar las relaciones

¹⁰ Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la Ley 19.585 Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de Filiación, en <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/4231/1/HL19585.pdf> [consultada el 30 de abril de 2011], p.400. Los HH. señores Senadores sostuvieron 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, puesto que lo medular consiste en los derechos y obligaciones que median entre padres e hijos. En tal sentido, conservar separadas las dos instituciones en nada afecta a la esencia de este proyecto de ley, más aún cuando, en lo que respecta a la patria potestad tal como se encuentra concebida hoy día, debe tenerse presente que sus reglas en la práctica son de aplicación excepcional, puesto que lo normal es que los hijos no emancipados carezcan de bienes”*.

¹¹ El texto completo de la norma es el siguiente: *“Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.*

No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros”.

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.

Como he dicho, nuestra realidad contrasta drásticamente con la totalidad de los países del mundo, en los que la patria potestad no se restringe a lo patrimonial y en donde las funciones parentales se ejercen observando el mejor desarrollo integral de los hijos. De esta forma, el Derecho chileno transgrede las normas internacionales fundadas en los principios de corresponsabilidad y coparentalidad -que son parte del Derecho de Familia(s) y del Derecho de la Infancia y de la Adolescencia en nuestro país-, incumpliendo las obligaciones adquiridas por el Estado chileno en torno a la promoción de los derechos fundamentales de los miembros de la(s) familia(s) y, especialmente, de los niños, niñas y adolescentes¹².

2. Tratamiento jurídico del cuidado personal de los hijos en Chile

El ordenamiento jurídico chileno regula el cuidado personal en los siguientes cuerpos normativos.

- a) Artículos 224 a 228 del Código Civil.
- b) Artículos 21, 27 y 55 de la Ley de Matrimonio Civil, de 2004 (Ley nº 19.947). Esta ley establece que el cuidado personal de los hijos es uno de los contenidos mínimos del acuerdo regulador de las crisis matrimoniales.
- c) Artículos 8 nº 1 y 55 y siguientes de la Ley nº 19.968, de 2004, que crea los Tribunales de Familia. Esta ley modificó, sustancialmente, el antiguamente denominado “juicio de tuición” regulado por la Ley de Menores nº 16.618, de 1967, sometiendo las cuestiones relativas al cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes al procedimiento ordinario contemplado en las disposiciones citadas. Por otra parte, esta ley fue modificada el año 2008, por la Ley nº 20.286, que transformó en obligatoria la derivación a mediación en materias sobre el cuidado personal de los hijos¹³.

¹² A mayor abundamiento, cabe señalar que la norma rectora en estas materias, contenida en el inciso segundo del artículo 222 del Código Civil chileno y que inaugura el elenco de las disposiciones de este cuerpo legal destinadas a regular las relaciones entre padres e hijos, establece: *“La preocupación fundamental de los padres es el interés 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”*. Esta es una declaración del legislador concordante con los principios del Derecho de Familia(s) y del Derecho de la Infancia y Adolescencia modernos, sin embargo, no se materializa, adecuadamente, en las normas que le proceden.

¹³ El proceso de implementación de la nueva Justicia de Familia en Chile causó un colapso de tal magnitud, que debieron implementarse urgentes reformas encaminadas a aumentar la dotación de jueces de familia y consejeros técnicos. A siete años de su puesta en marcha, siguen sucediéndose medidas legislativas y

En estas páginas analizaremos las principales disposiciones de estos tres cuerpos normativos.

En primer término, el artículo 224 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 doctrina chilena entiende que esta norma se refiere al cuidado personal o tuición de los hijos¹⁴. SCHMIDT HOTT¹⁵, en cambio, sostiene 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 cumplirse teniendo como preocupación fundamental el interés superior del hijo. De acuerdo con esta autora, serían los artículos 225 a 228 C.C. los continentes de las normas sobre cuidado personal propiamente, siendo el artículo 224 C.C. declarativo de un principio más global. Ahora, si bien es posible sostener que al menos a nivel de principios existe una consagración de la corresponsabilidad parental, nuestra legislación, por las razones que enunciaremos a lo largo de este documento, está lejos de concretarlo.

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”*¹⁶, o *“el derecho paternal a la crianza, educación y establecimiento del menor de edad, o el deber de alimentar, corregir y otorgar por lo menos una educación básica y un oficio de profesión al hijo”*¹⁷.

Ni la Doctrina ni la Jurisprudencia chilenas han delimitado el contenido del cuidado personal, es decir, cuáles son los derechos y deberes que comprende su ejercicio. Aisladamente, BAVESTRELLO BONTÁ¹⁸ 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.

administrativas para mejorar la gestión de estos tribunales, como la indicada en materia de derivación a mediación obligatoria.

¹⁴ Cfr. ABELIUK MANASEVICH, R., *La Filiación y sus efectos*, Tomo I. La Filiación, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2000, p.322; COURT MURASSO, E., *Nueva Ley de Filiación*, Santiago de Chile, ConoSur, 1999, p.133; y RAMOS PAZOS, R., *Derecho de Familia*, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2001, p.425. La jurisprudencia 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 n° 16.618 (*Vid. Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. LIX, secc.1, p.145).

¹⁵ Cfr. SCHMIDT HOTT, C., “Relaciones filiales personales y patrimoniales”, en SCHMIDT HOTT, C. y VELOSO VALENZUELA, P., *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, , 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, F., *Derecho Civil*, Tomo sexto. Derecho de familia, vol. III, Imprenta y Litografía Universo S.A., Santiago de Chile, 1958, p.353.

¹⁶ SCHMIDT HOTT, C., “Relaciones...”, *op. cit.*, p.273.

¹⁷ BAVESTRELLO BONTÁ, I., *Derecho de menores*, Santiago de Chile, LexisNexis, segunda edición actualizada, 2003, p.61.

¹⁸ *Ibid.* pp.62 y 63.

En nuestra opinión, la autora alude a una serie de facultades relacionadas más bien con el deber genérico que referimos más arriba y no, propiamente, al contenido del cuidado personal de los hijos. Entendemos que la preocupación por los alimentos y la salud del hijo, 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. Esta confusión se produce, precisamente, por la ausencia de aquella institución integral a que aludíamos anteriormente.

En el Derecho comparado, los derechos y deberes que comprende el cuidado personal presuponen la convivencia habitual entre padres e hijos¹⁹. Sin embargo, ello no quiere decir que se limite a vivir bajo un mismo techo. La compañía no se restringe a la unidad de domicilio, sino que 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.

En concordancia con la existencia de una institución que comprende la totalidad de los derechos-deberes entre padres e hijos (patria potestad, responsabilidad parental, *joint legal custody*, entre otras denominaciones), salvo ciertas circunstancias justificadas, como internamiento por estudios o razones médicas, o viajes de estudio, entre otras, el cuidado personal es un instituto que supone la convivencia cotidiana entre el padre o madre titular del mismo y el hijo, y la dispensación de los cuidados propios de esa convivencia²¹, pero el otro padre o madre no custodio no deja de tener injerencia en dicho aspecto personal del hijo en cuya compañía no vive, justamente, porque no ha perdido la titularidad y/o ejercicio de esta institución integral (e, incluso, ni siquiera pierde la posibilidad de convivir cotidianamente si el sistema de organización es la custodia compartida o *joint physical custody*).

A modo ejemplar, en España -cuya normativa sirvió de fuente a la legislación chilena actual conforme a la Historia Fidedigna del establecimiento de la Ley de Filiación-,

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, R., "Comentario al artículo 154 del Código Civil", *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, Vol. II, Madrid, Tecnos, 1984, p.1049; ZANÓN MASDEU, L., *Guarda y Custodia de los hijos*, Barcelona, Bosch, 1996, p.13; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., "El menor en las situaciones de crisis familiares: la atribución de su guarda y custodia", en MARTÍNEZ GALLEGU, E. (Coord.), *Menores: Instituciones de protección y responsabilidad*, Murcia, Fundación Diagrama, 2004, p.116.

²⁰ Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.; RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Madrid, Dykinson, 2002, p.421.

²¹ Cfr. DE COSSÍO MARTÍNEZ, M., *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p.18.

el artículo 154 del Código Civil²² establece que el ejercicio de la patria potestad comprende, entre otros derechos y facultades respecto de los hijos, los de velar por ellos y tenerlos en su compañía. El Tribunal Supremo español ha señalado que estos derechos “se refieren, sin duda alguna a los derechos de guarda y custodia”²³ de los hijos sujetos a patria potestad. Si bien, en situaciones de custodia unilateral, uno de los progenitores no vive en compañía del hijo, no es despojado del resto del contenido de la patria potestad porque no pierde su titularidad y ejercicio. Para que el padre y/o la madre pierdan la titularidad de la patria potestad deben concurrir razones graves; desde luego, la ruptura entre ellos no es causal para ello, de manera que ambos siguen interfiriendo, en beneficio del hijo, en las esferas de vida del niño o niña, adoptando, por ejemplo, las decisiones de importancia referidas a ellos.

De lo hasta aquí dicho, podemos concluir que, en Chile, al discutirse sobre cuidado personal de un hijo debiera exigirse, de parte de todos los operadores del sistema judicial, especialmente de los jueces, un criterio extremadamente estricto y exigente al privar del cuidado personal al padre, a la madre o a ambos, en cuanto, salvo el régimen comunicacional, no existen figuras residuales que promuevan la corresponsabilidad de los progenitores luego de su ruptura²⁴.

2.1. Atribución y ejercicio del cuidado personal de los hijos

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. 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 de 1998 recogió el principio del interés superior del niño, abandonando estos injustos criterios de atribución del cuidado personal.

En la actualidad, entonces, para comprender la legislación chilena, debemos partir distinguiendo entre situaciones de normalidad y las de ruptura. En situaciones de

²² Según el artículo 154 del Código Civil español, corresponde a quien ejerce la patria potestad de los hijos:
“1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieran 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”.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo español de 19 de octubre de 1983.

²⁴ Al respecto, puede consultarse, LATHROP GÓMEZ, F., “La corresponsabilidad parental”, en VARIOS AUTORES, *Estudios de Derecho Civil IV. Sextas Jornadas de Derecho Civil Olmué*, Santiago de Chile, Editorial Legalpublishing, 2009, pp.205-232.

²⁵ Más adelante nos referiremos al Derecho comparado. *Vid., infra*, punto 3.

normalidad matrimonial o de pareja, la regla general es el ejercicio conjunto del cuidado personal. Los derechos-funciones que éste comprende van desenvolviéndose de manera cotidiana respecto de los hijos. Así, si los padres viven juntos, ya se trate de filiación matrimonial o no matrimonial determinadas, el cuidado personal corresponde a ambos progenitores.

No lo dice, expresamente, el Código Civil, pero se desprende *a contrario sensu* de su artículo 225, que el legislador parte del supuesto de ruptura, de modo que la regla básica es que si padre y madre viven separados, sea matrimonial o no matrimonial la filiación determinada, se distingue entre atribución de carácter legal, convencional y judicial²⁶. A continuación se analiza esta trilogía de atribuciones.

2.1.1. Atribución legal del cuidado personal de los hijos

En cuanto a la regla de atribución legal del artículo 225 inciso primero del C.C., que concede a la madre el cuidado personal de los hijos menores, se ha discutido su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad contenido en el artículo 19 n°2 de la Constitución Política²⁷ y de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que se encuentran vigentes en Chile, intentando así destruir los argumentos de utilidad y legitimidad esgrimidos por la doctrina a su favor²⁸.

En efecto, cierta doctrina señala que, de no existir esta regla, habría que recurrir siempre a la justicia para determinar el progenitor cuidador²⁹. La norma tendría una ventaja práctica en orden a evitar los conflictos judiciales.

Sin embargo, la regla legal supletoria del art. 225 inciso primero C.C. no presenta las virtudes que se le atribuyen: a) genera un problema probatorio en situaciones de separación de hecho pues la madre no tiene como acreditar que es titular del cuidado personal y, por ende, debe solicitar una tuición declarativa al juez; b) no es necesaria,

²⁶ Cfr. SCHMIDT HOTT, C., "Relaciones...", *op. cit.*, p.274.

²⁷ Esta norma asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, agregando que ni la ley ni autoridad alguna pueden establecer diferencias arbitrarias, prescribiendo, expresamente, que hombres y mujeres son iguales ante la ley. En adelante nos referiremos a la Constitución Política de la República de Chile como CPR.

²⁸ Cuestionan su legitimidad, BARROS BOURIE, E., "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, C., "Relaciones filiales...", *op. cit.*, p.277; GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M., *El Sistema Filiativo chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, p.141 y la suscrita, en LATHROP GÓMEZ, F. "(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno", *Revista Ius et Praxis*, Vol. II, 2010, pp. 147-184. Por su parte, defiende su coherencia con la Carta Fundamental, RODRÍGUEZ PINTO, M., "El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo Derecho chileno de Familia", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36, Núm. 3, 2009, pp.562-564.

²⁹ En este sentido, RODRÍGUEZ PINTO, M., *El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo Derecho chileno de Familia*, LegalPublishing/Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2009, pp.48-49.

salvo la hipótesis de separación de hecho y nulidad matrimonial pues, en la mayoría de los casos, la ley exige a los padres presentar un acuerdo completo y suficiente, o bien, el juez está obligado a pronunciarse sobre la tuición de los hijos comunes; c) no existe claridad acerca de si, además de ser una regla de atribución preferente supletoria, es un criterio de atribución judicial, en tanto en cuanto el inciso tercero del artículo 225 C.C. ha provocado problemas interpretativos en los tribunales.

Creemos que, conforme a los principios generales que inspiran la legislación de familia y, en especial, conforme a los postulados de la Convención de los Derechos del Niño, el criterio para determinar la idoneidad de una norma en materia de atribución del cuidado personal, no puede ser otro que el interés superior del niño³⁰ (este principio solo es mencionado al regular la atribución judicial). Sin embargo, el art. 225 inciso primero C.C. no menciona este principio al establecer la regla supletoria de atribución preferente materna. Y no solo no lo menciona sino que, con un criterio de asignación automática, no lo satisface. Menos aun si descansa en una distinción entre padre y madre que no apela a su aptitud parental sino solo al sexo de uno u otro progenitor.

Junto con contravenir el artículo 19 n°2 de la Carta Fundamental chilena, el artículo 225 inciso primero C.C. transgrede ciertas y determinadas normas contenidas en Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile, que se encuentran vigentes, y que revelan no sólo la dimensión formal del principio de igualdad sino también, especialmente, su dimensión real.

En primer lugar, el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³¹ establece que los Estados Partes se comprometen a garantizar a *hombres y mujeres* la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en dicho Pacto. Por otra parte, el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales³² señala que los Estados Partes se comprometen a asegurar a los *hombres y a las mujeres* igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en dicho Pacto. Por último, el artículo 17 inciso cuarto de la CA preceptúa que los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo; agregando que, en caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la

³⁰ En este sentido, GÓMEZ DE LA TORRE, M., *El Sistema...*, op. cit., pp.39-47 y, en especial, pp.140 a 142.

³¹ Este Pacto entró en vigencia en Chile el año 1989 y está contenido en el Decreto 778 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 29 de abril de 1989, que lleva por título "Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución n°2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha". En adelante PIDCP.

³² Este Pacto entró en vigencia en Chile el año 1989 y está contenido en el Decreto 328 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 27 de mayo 1989, que lleva por título "Promulga Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969". En adelante PIDESC.

protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. Nótese que el llamado a la igualdad subsiste en casos de *disolución del matrimonio* y que debe garantizarse el *bienestar de los hijos sobre la base única de su interés y conveniencia*.

Por otro lado, la CPR chilena no sólo consagra el principio de igualdad jurídica en su artículo 19 n° 2, sino que se refiere también a la consecución de la igualdad real en su artículo 1, en cuanto establece: a) que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a *crear las condiciones* sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece; y b) en cuanto señala que es deber del Estado asegurar el derecho de las personas a participar con *igualdad de oportunidades* en la vida nacional. Esta segunda dimensión del principio de igualdad se denomina igualdad material o real y busca concretizar, hacer realidad, el principio de igualdad consagrado normativamente³³.

Por otro lado, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer³⁴ se refiere, claramente, a esta especial dimensión de la igualdad. En primer lugar, no debemos perder de vista el concepto de discriminación que la CEDAW nos entrega en su artículo 1. En efecto, esta norma establece que la expresión “*discriminación contra la mujer*”, denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por *objeto* o por *resultado* menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. Como queda claro, la discriminación contra la mujer no sólo se produce cuando existe intención de discriminar sino también cuando, por resultado, se produzca discriminación³⁵. De esta

³³ Sobre la distinción entre igualdad formal (o ante la ley) y material (o de hecho), puede consultarse BOBBIO, N., *Igualdad y Libertad*, Ediciones Paidós-I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1993, pp.75 y ss., quien se refiere a la igualdad jurídica, a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de hecho (o material), entre otros tipos de igualdad; VELOSO VALENZUELA, P., “Igualdad y relaciones familiares”, *Revista Jurídica de Palermo* Sela 1999, Año 2000, pp.233 y 234; y SILVA BASCUÑÁN, A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006, pp.109 y ss. En el epígrafe 57 de esta última obra, dedicado a la igualdad de hecho, puede leerse: “(...) fue cundiendo la idea de que se impone como necesario no sólo sustentar la tesis de la igualdad como postulado doctrinario, sino posibilitar las condiciones sociales apropiadas para que, en la realidad, tal igualdad sea verdaderamente cierta para el común de los hombres y se llegue por tal medio a una democracia no puramente formal, sino cierta y auténtica” (p.110).

³⁴ Esta Convención entró en vigencia en Chile el año 1989 y está contenida en el Decreto 789 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 12 de diciembre de 1989, que lleva por título “Promulga Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979”. En adelante CEDAW.

³⁵ Que es lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido denominando “discriminación inversa”. *Vid.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia Regina contra Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith y Laura Perez (cuestión prejudicial), causa 167/97, de fecha 9

forma, una norma puede, aparentemente, proteger a la mujer pero, en su resultado, discriminarla. En otras palabras, para analizar si una norma es arbitrariamente discriminatoria no basta con examinarla formalmente, con realizar un juicio de legitimidad constitucional formal, sino que se las debe evaluar en sus *resultados*.

Así, el artículo 5 de la CEDAW señala que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) modificar los *patrones socioculturales* de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en *funciones estereotipadas* de hombres y mujeres; y b) garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la *maternidad como función social* y el reconocimiento de la *responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos*, en la inteligencia de que el *interés de los hijos* constituirá la consideración primordial en todos los casos.

En segundo lugar, el artículo 16 apartado 1, incisos d) y f) de la CEDAW, establece: d) que los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en *condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: los mismos derechos y responsabilidades como progenitores*, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los *intereses de los hijos* serán la consideración primordial; f) y los *mismos derechos y responsabilidades* respecto de la tutela, curatela, *custodia* y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los *intereses de los hijos* serán la consideración primordial.

En este mismo sentido, la Convención de Belem do Pará³⁶ señala en su artículo 6, que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b) el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. Su artículo 8 letra b) establece que los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: modificar los *patrones socioculturales* de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar *prejuicios y costumbres* y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles

de febrero de 1999, En <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0167:ES:HTML> [visitado 31/08/2010].

³⁶ Esta Convención entró en vigencia en Chile el año 1998 y está contenida en el Decreto 1641 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 11 de noviembre de 1998, que lleva por título "Promulga Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, denominada ""Convención de Belem do Pará"", adoptada el 9 de junio de 1994".

estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe de Fondo recaído en el caso María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala) de 19 de enero de 2001³⁷, aplica esta dimensión de la igualdad real. En este caso, la Comisión detectó violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos en las disposiciones del Código Civil guatemalteco que, referidas a las relaciones domésticas, asignaban responsabilidades y obligaciones solamente al marido, en virtud de su papel como proveedor de ingresos. Así, la Comisión señaló que lejos de asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades matrimoniales, estas normas institucionalizaban desequilibrios entre los derechos y deberes conyugales. En este sentido, la Comisión expresó su preocupación frente a los graves efectos de la discriminación contra las mujeres y las nociones estereotipadas de sus funciones al interno de la familia que, a la larga, perpetúan una discriminación *de facto* contra las mujeres; para concluir que la aplicación de “*nociones estereotipadas del papel de las mujeres y los hombres*” no constituye un criterio apropiado para asegurar un equilibrio adecuado entre los derechos y deberes familiares del hombre y de la mujer.

A la luz de estas disposiciones, creemos que, desde la perspectiva de la igualdad real o material, el artículo 225 inciso primero C.C. consagra un falso caso de discriminación inversa³⁸, en cuanto, en vez de revertir una situación de discriminación histórica, reproduce estereotipos fijados a partir de la naturalización de la diferencia sexual.

El legislador chileno, la doctrina y la jurisprudencia que defienden la tesis de atribución preferente materna, asumen una “inclinación de orden natural” como un determinado estado de cosas, sin detenerse en las consecuencias de esa decisión. Asumir un supuesto “estado de cosas” no quiere decir que la opción legal que se ha tomado guarde armonía con ese “estado de cosas”.

Como señala UNDURRAGA³⁹ en el Informe en Derecho presentado con ocasión del Recurso de Queja interpuesto por don Ricardo López Allende en contra de la Corte de

³⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 4/01 Caso 11.625 María Eugenia Morales de Sierra Guatemala, 19 de enero de 2001, párrafo 36, En <http://www.cidh.org/women/Guatemala11.625.htm> [visitado el 31/08/2010].

³⁸ En el Código de Bello, la mujer tenía capacidad disminuida en el ámbito personal y patrimonial. Con el tiempo, la mujer va siendo validada por la ley en lo personal (desde luego, y recién el año 1989, se deroga la potestad marital). Esto que, en principio, podría parecer un caso de “discriminación positiva”, no lo es en realidad. La norma no resiste el juicio de razonabilidad y, por ende, es inconstitucional. Sobre este punto, Vid. LATHROP GÓMEZ, F., “El artículo 225 inciso primero del Código Civil chileno y el test de razonabilidad”, en Varios Autores, *Estudios de Derecho Civil VI. Octavas Jornadas de Derecho Civil Olmué*, Santiago de Chile, Editorial Legalpublishing, 2011 (en prensa).

³⁹ UNDURRAGA VALDÉS, V., “Interés superior del niño/a y tuición de la madre o padre homosexual”, en *Revista de Derechos del Niño*, Números tres y cuatro 2006, UNICEF, pp.322 y 324. El énfasis en la cita efectuada es añadido.

Apelaciones de Temuco⁴⁰, durante la tramitación de la Ley de Filiación “se fortaleció la preferencia legal por la tuición de la madre, al modificar el artículo del proyecto original que establecía como regla general el acuerdo de los padres y que sólo a falta de este acuerdo se concedía por la ley la tuición a la madre”. En efecto, la norma propuesta originalmente establecía: “Si los padres viven separados, a falta de acuerdo corresponde a la madre el cuidado personal de los hijos menores, salvo que por motivos calificados el juez decidiera de otro modo”⁴¹. Solo con posterioridad, durante el trabajo legislativo, esta norma fue separada en tres incisos, referidos a la atribución legal, en primer término, a la de carácter convencional, en segundo término y, por último, un tercer inciso, referido a la atribución judicial. A mayor abundamiento, la autora señala que la elección del adjetivo “indispensable” que utiliza el inciso tercero del artículo 225 C.C. no fue casual ni arbitraria, pues los legisladores quisieron restringir la facultad judicial de modificar la regla legal de tuición de la madre, razón por la cual sustituyó la expresión que aparecía en el artículo en esa etapa legislativa en orden a que el juez podría alterar la tuición de la madre “por motivos convenientes para los hijos”.

La gran mayoría de las legislaciones del mundo no contempla preferencia en la asignación del cuidado de los hijos. O, si las ha habido, ellas han sido derogadas por vulnerar el principio de igualdad. Así sucede en Francia, Italia y Alemania⁴². Y, en países como Argentina, donde existe también la preferencia materna respecto de los hijos menores de cinco años, se discute la constitucionalidad de la norma⁴³.

En suma, a nuestro entender, la legislación chilena comentada hasta aquí, vulnera la garantía de igualdad formal (en perjuicio del hombre, en cuanto lo descarta *a priori* como titular) y material (pues se funda en un prejuicio que consolida estereotipos vulneradores de la igualdad de género) consagrada en la propia Constitución Política de la República de Chile y los Tratados Internacionales que garantizan el derecho a la igualdad, el derecho del hijo a la coparentalidad, y la corresponsabilidad parental.

⁴⁰ La sentencia de esta Corte había confirmado la sentencia de primera instancia del Juzgado de Villarrica que concedía el cuidado personal de sus hijas a Karen Atala (Rol 1193-2004).

⁴¹ Énfasis añadido.

⁴² Más adelante nos referiremos a estas legislaciones.

⁴³ Cfr. COSTA M., P. y HARARI, S., “Las normas del derecho de familia y la discriminación en razón del género”, en BIRGIN, H. (compiladora), *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Biblos, Buenos Aires, 2000, p.181. Por la inconstitucionalidad de la norma argentina se pronuncian también GIL DOMÍNGUEZ, A.; FAMA, M.; HERRERA, M., *Derecho Constitucional de Familia*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2006, pp.495-496. En Perú, por su parte, se contempla la siguiente norma: “Artículo 84o.- *Facultad del Juez.- En caso de no existir acuerdo sobre la Tenencia, el Juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:*

a. *El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;*

b. *El hijo menor de tres años permanecerá con la madre; y*

c. *Para el que no obtenga la Tenencia o Custodia del niño o del adolescente, debe señalarse un Régimen de Visitas”.*

Como vemos, si bien existe preferencia materna, la norma primaria es el acuerdo de los padres y, en todo caso, los hijos de corta edad (tres años) son los que permanecen con la madre.

2.1.2. Atribución convencional

En cuanto a la atribución convencional, en Chile existe un doble estatuto regulador del instrumento en que se contienen los acuerdos de los padres. El acuerdo del artículo 225 inciso 2° C.C., para situaciones extrajudiciales (separaciones de hecho), y las reglas de la Ley de Matrimonio Civil, para situaciones judiciales.

En primer término, en la norma del Código Civil chileno hay una tensión en cuanto a la autonomía de la voluntad de los padres. Esta norma señala que si los padres viven separados pueden acordar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este inciso excluye, en su letra, que este acuerdo se otorgue entre uno de los padres y un tercero; y, por otra parte, su objeto es radicar el cuidado en el padre y no en un tercero. Es restringido, entonces, en cuanto a sus otorgantes y beneficiarios. Es, en otro sentido, amplio, pues no excluye la distribución por sexo o por edades y guarda silencio en cuanto a la custodia compartida, por lo que algunos autores entienden que no hay problema en pactarla⁴⁴, de forma que deberían aprobarse, entonces, acuerdos en que se establece el cuidado personal compartido (a práctica judicial, por razones que luego veremos, indica otra cosa).

Las críticas que se han levantado a esta norma son: que no resguardaría la posición del cónyuge más débil, en cuanto podría prestarse para presiones ilegítimas (que la madre, concretamente, ceda el cuidado personal que la ley radica en ella, a cambio de otras concesiones); se señala, por otra parte, que afecta la unidad familiar y la no separación de los hermanos, en cuanto permite que los hijos sean “repartidos” entre los padres (en ese sentido, la norma debiera partir de la base de que esta es una figura excepcionalmente permitida); que no regula el cuidado personal compartido; y que no se apega al derecho del niño a ser oído en cuanto no se hace referencia a él en este tipo de atribución sino solo en la judicial (en el artículo 242 inciso segundo C.C.).

Ni la Ley de Filiación, en su momento, ni la Ley de Matrimonio Civil (en adelante LMC) aclaran ciertas oscuridades de la normativa del C.C. en materia de atribución convencional. Así, no está claro ni para la jurisprudencia ni para la doctrina, si son admisibles las atribuciones convencionales de los padres a favor de terceros, parientes o extraños (la ley habla de “padre” pero se ha planteado el problema en algunos fallos); si el artículo 226 C.C. que señala que, en caso de inhabilidad física o moral de los padres, puede confiarse el cuidado personal a la persona(s) que estime competente(s), se aplica o no cuando hay conflicto entre padres, es decir, si al momento de decidir qué padre detenta el cuidado personal, deben o no tenerse en cuenta las inhabilidades del artículo 42 de la Ley de Menores⁴⁵.

⁴⁴ Así, COURT MURASSO, E., *Curso de Derecho de Familia. La Filiación por naturaleza*, Abeledo Perrot/LegalPublishing, Santiago, 2010, p.75.

⁴⁵ Esta norma se remite, expresamente, al artículo 226 C.C., referido a la posibilidad de radicar el cuidado personal en terceros diversos de los padres, y no al artículo 225 C.C., que regula las situaciones de atribución legal, judicial y convencional entre progenitores. El mencionado artículo 42 de la Ley de Menores precisa,

Cierta doctrina⁴⁶ señala que las inhabilidades de este artículo no se aplican al conflicto entre padres. La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia entiende que sí son procedentes. La misma sentencia de primera instancia recaída en el caso objeto de este peritaje lo reconoce así⁴⁷.

Existe, entonces, una “tensión” en el artículo 225 inciso 2 C.C., que ha causado una serie de problemas interpretativos.

En cuanto a las normas de la LMC, que complementan las disposiciones del C.C., podemos decir que esta Ley ha reconocido a los padres, en el nuevo estatuto de la crisis matrimonial, más autonomía de la voluntad, plasmada en el acuerdo completo y suficiente. Se reconoce así a los padres que ellos son quienes mejor conocen su propia realidad.

La práctica indica que, en los juicios de divorcio, nulidad y separación, el juez tiene mucho menos que decir respecto de las cuestiones patrimoniales entre cónyuges cuando hay acuerdo entre ambos, que cuando, habiendo también acuerdo, se trata de cuestiones tanto patrimoniales como personales referidas a los hijos. De hecho, al aprobar acuerdos en estas materias, suele hacerse referencia al interés superior del hijo, aunque simplemente se “vise” el acuerdo de los padres.

En este sentido, entonces, podemos decir que nuestra jurisprudencia se acerca, en cierta medida, a aquella postura de la doctrina y jurisprudencia española que se conoce como “mixta”. Existe bien una homologación, bien una aprobación judicial. Sin negar el carácter negocial de estos actos jurídicos familiares, se distinguen dos cuestiones: lo atinente a las relaciones económicas entre cónyuges, por un lado, en cuyo caso hablamos

luego, los casos en que se entiende que uno o ambos padres se encuentran en 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.

⁴⁶ En esta línea se inscribe RODRÍGUEZ PINTO, M., *El cuidado...*, op. cit., p.60, si bien dando cuenta de esta disparidad doctrinal y jurisprudencial y COURT MURASSO, E., *Curso...*, op. cit., p.79. Al respecto, cabe señalar que el art. 42 de la Ley de Menores n° 16.618 contiene una última causal genérica (n°7: cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material) en la que bien podría caber el descuido, maltrato u otra causa calificada del art. 225 inciso 3 C.C.

⁴⁷ La sentencia de primera instancia del Juzgado de Letras de Villarrica establece: “Que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 225 del Código Civil la ley presume la idoneidad de toda madre por lo que la prueba de la inhabilidad le corresponde al actor. En consecuencia, para privar a la madre de la tuición de las menores deberá acreditarse la inhabilidad a que se refieren los artículos 225 o 226 del Código Civil en relación con el artículo 42 de la ley 16.618” (Considerando Vigésimo Primero, énfasis añadido).

de *homologación judicial*, y las relaciones parentales, por otro, en cuyo caso hablamos de *aprobación judicial*⁴⁸.

Pues bien, los incisos primero y segundo del artículo 31 de la LMC señalan que si el acuerdo regulador de la separación fuese incompleto o *insuficiente*, 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 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 límites de la autonomía de la voluntad estarían dados por aquellas hipótesis de intervención judicial. Porque, en principio, los acuerdos de las partes deben ser respetados por el juez, pero ciertas disposiciones de la LMC han sido interpretadas de forma que el juez pueda intervenir radicalmente en el convenio. Esa es la razón que explica lo sucedido en materia de custodia compartida, por ejemplo, en que se rechazan los acuerdos de las partes que la establecen como modalidad de organización del cuidado de los hijos. ¿Cuáles son estas normas? ¿El juez podría rechazar el acuerdo regulador que confía el cuidado personal al padre (varón), fundándose en que prima la atribución preferente materna?

A nuestro juicio, debe primar el interés superior del niño, niña o adolescente. El juez debe respetar lo dispuesto por el artículo 3 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. Pero la ley va más allá: 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*, conforme al artículo 31 LMC. Agregando el artículo 36, que el juez debe

⁴⁸ Es lo que señala el Tribunal Supremo español, en sentencia de 22 de abril de 1997. Cabe hacer esta remisión a la jurisprudencia española, ya que la LMC siguió de cerca, en la regulación del acuerdo completo y suficiente, al convenio regulador del Código Civil español (artículo 90). De aceptar esta teoría, los acuerdos reguladores, en esta parte, no serían obligatorios sin la aprobación judicial y existiría una dualidad: el artículo 225 inciso segundo C.C., que no exige aprobación judicial y, por tanto, estos acuerdos son obligatorios sin intervención judicial; y los acuerdos que regula la LMC, que no son obligatorios sin la aprobación del juez. 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-materno-filial, no puede hablarse de una genuina transacción ni de un contrato. 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.

adoptar todas las medidas que contribuyan a reducir los efectos negativos que pudiera representar para los hijos la separación de sus padres⁴⁹.

Una vez que el juez cuenta con los suficientes elementos de juicio aprueba o rechaza el acuerdo. En este estadio procesal, el tribunal no hace sólo una adecuación formal a la ley, pues ésta establece sólo pautas muy generales derivadas del principio del interés superior del niño; y la legislación sustantiva no le precisa los criterios conforme a los cuales decidir. 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. En suma, la LMC reconoce la autonomía de la voluntad de los padres plasmada en el acuerdo completo y suficiente pero el juez puede limitar el contenido del mismo.

Ahora bien, ¿en qué medida se respeta la autonomía de la voluntad de los padres y cuáles son los estándares judiciales para rechazar o modificar dichos acuerdos invocando su “insuficiencia”?

A través de dos aplicaciones jurisprudenciales de estas normas, puede ejemplificarse la actitud variante de los jueces frente a estos acuerdos de los padres. La primera se refiere a la figura denominada “entrega inmediata”; la segunda dice relación con un acuerdo otorgado ante Oficial de Registro Civil en base al artículo 225 inciso segundo C.C.

Tratándose de la solicitud de “entrega inmediata” de los hijos por parte de persona que asegura tener el cuidado personal de los mismos, la práctica indica que el juez solo accede a ella cuando existe cercanía temporal muy estricta entre la alteración fáctica del cuidado personal determinado y la solicitud misma de entrega del hijo entablada por el padre o madre cuidador. Esta figura es una creación jurisprudencial ya que no está prevista expresamente en la Ley de Tribunales de Familia n° 19.968, lo que ha generado discusiones en la práctica judicial. Sobre la base de la atribución legal preferente, las madres recurren a los tribunales solicitando la entrega de sus hijos de manos del padre o terceros, sin que haya mediado pronunciamiento judicial sobre la conveniencia o inconveniencia de que sea ella quien ejerza esta función. Por otro lado, no existe claridad acerca de si cabe esta figura cuando el cuidado personal ha sido atribuido no por el juez directamente, sino por las propias partes, de común acuerdo, en un juicio,

⁴⁹ En concordancia con el artículo 3 inciso tercero (*“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”*) y con el artículo 85 inciso tercero de la LMC (*“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”*).

existiendo fallos contradictorios al respecto⁵⁰. Estos casos son resueltos de manera dispar por los jueces, con la consecuente inseguridad jurídica que ello acarrea.

En cuanto, a los acuerdos otorgados en base al artículo 225 inciso segundo C.C., es decir, ante el Oficial de Registro Civil, no existe tampoco claridad sobre su fuerza vinculante ante el juez, lo que produce serias inseguridades jurídicas⁵¹. En diversas

⁵⁰ Así sucede, por ejemplo, en la Sentencia de la Corte Suprema de 1 julio de 2009, Rol 408-2009, que acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto por una madre en contra de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco. Esta última sentencia confirmaba la sentencia de primer grado del Juzgado de Familia de Temuco que, a su vez, rechazó la entrega inmediata solicitada por la madre. Esta sentencia de la Corte Suprema determinó que a la madre le correspondía el cuidado personal de su hijo en atención a que ello había sido acordado en un juicio anterior ventilado por los padres separados de hecho. Esto, a diferencia de lo que entendieron los jueces del fondo, es decir, que la gestión de entrega inmediata, pese a haber sido iniciada dos días después que el padre, prolongando indebidamente el régimen de relación directa y regular establecido se negara a devolver al niño a su madre, era aplicable a los casos en que el cuidado personal quedaba atribuido en conformidad al inciso primero del artículo 225 del C.C. o por sentencia judicial que establezca a quien corresponde dicho cuidado y *no* por transacción judicial, o sea, este acuerdo logrado en sede judicial no sería asimilable a una sentencia para efectos de entrega inmediata. Acá, los padres habían llegado a un acuerdo en sede judicial, para radicar el cuidado personal en la madre; el padre se negó a entregar a los hijos luego de que se desarrollara el régimen comunicacional; la madre pidió entrega inmediata, la que le fue denegada en primera y segunda instancia. Ante la Corte Suprema se revirtió la situación, accediendo a la petición de la madre. Los jueces de primera y segunda instancia le dieron una fuerza distinta al acuerdo previo de los padres que la que le dio la Corte Suprema. La Corte Suprema valoró más el acuerdo entre partes que la Corte de Apelaciones y el juzgado de primera instancia. En cambio, en otro fallo, de 13 de septiembre de 2010, la Corte de Apelaciones de San Miguel rechazó un recurso de amparo interpuesto a favor de una madre y sus hijos, en contra de la juez titular del Primer Juzgado de Familia de San Miguel, quien, con fecha 3 de septiembre de 2010, había dictado orden de entrega inmediata de los hijos a favor del padre de los mismos. En dicha oportunidad, la mencionada jueza informó -y en virtud de ello la Corte falló- que, en la respectiva causa de cuidado personal, los progenitores habían acordado que el padre demandante se desistiera de la acción siempre que los niños se mantuvieran viviendo con él durante los veinticuatro meses siguientes, fijándose a favor de la madre un amplio régimen comunicacional (señalando los padres que no interpondrían demandas de cuidado personal ni entregas inmediatas sino solo las acciones referidas al cumplimiento de dicho acuerdo) y que, en virtud de este pacto, se había dictado la orden de entrega inmediata. Como vemos, en este caso, se entendió procedente esta medida considerando el cuidado personal acordado judicialmente pero no por sentencia judicial, es decir, la jueza de primera instancia respetó el acuerdo y dictó las órdenes de arraigo contra la madre que había prolongado, al parecer ilegalmente, el régimen de relación directa y regular. La Corte y la primera instancia respetaron el acuerdo de los padres, a diferencia del caso comentado anteriormente, en que, en primera y segunda instancia, no se le dio el mismo valor a dicho instrumento.

⁵¹ En la causa “Manríquez con Ortiz”, los hechos eran los siguientes: el cuidado personal de uno de los hijos de la pareja había sido entregado al padre mediante acuerdo otorgado por ambos progenitores, ante el Oficial de Registro Civil, el 10 de septiembre de 2008. Meses más tarde, la madre había solicitado la entrega inmediata de sus hijos, logrando recuperar solo el de uno de ellos. Al momento de conocerse el recurso de casación en el fondo recaído en esta causa, la hermana pequeña del niño respecto del cual se estaba discutiendo el cuidado personal, vivía con la madre y abuela, siendo la relación entre ambos hermanos buena y afectuosa, y existiendo un régimen de relación directa y regular respecto de cada padre. El Juzgado de Rancagua, mediante sentencia de 24 de junio de 2009, acogió la demanda intentada por la madre del menor solicitando el cuidado personal, fundando su decisión en que no existían inhabilidades que obstaculizaran la aplicación de la “*regla natural prevista en el artículo 225 del Código Civil*”. El padre apeló y,

decisiones, los jueces otorgan más peso a la preferencia materna que al acuerdo de los padres, lo que no se ajusta al principio de reconocimiento de la autodisposición del conflicto que inspira la LMC, siempre que esa autorregulación no afecte el bienestar del niño.

Haciendo una interpretación sistemática, podemos afirmar, entonces, que la ley reconoce los acuerdos como norma primaria de organización del cuidado personal y que el juez debe estarse a ellos. El legislador ha establecido, sin ir más lejos, la derivación obligatoria a mediación en esta materia mediante Ley 20.286 de 2008, lo que refuerza el respeto formal por la autonomía de la voluntad de los padres. El problema está en la valoración judicial que, eventualmente, hacen los jueces de este y otros acuerdos de los padres –muchas veces desconociéndolos sobre la base de su “insuficiencia”- lo que, según los propios jueces declaran, la oscuridad de la normativa del Código Civil no contribuye a estabilizar⁵². En efecto, los jueces fundamentan el cambio de atribución en el artículo 225 inciso primero C.C. (regla de orden natural) haciendo poco desarrollo interpretativo acerca de lo que se entiende por interés superior.

2.1.3. Atribución judicial del cuidado personal en Chile

Por último, de esta trilogía de atribución del cuidado personal, la de índole judicial presenta gran pertinencia ante vuestra Ilma. Corte.

No obstante la atribución legal y convencional que hemos analizado más arriba, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, el juez puede ordenar que el cuidado

en sentencia de 12 de agosto de 2010, la Corte de Apelaciones de Rancagua revocó dicha decisión, entregando el cuidado personal al padre, invocando que era inconveniente para la estabilidad y normal desarrollo del niño el que, dos años después de estar viviendo con el padre, la madre recuperara su cuidado personal. En contra de esta última decisión, la madre interpuso recurso de casación en el fondo. La Corte Suprema, en causa Rol 6818-10, decidió que no se había acreditado inhabilidad en la madre, la que había intentado recuperar a su hijo durante dicho lapso de dos años y que, en definitiva, los sentenciadores no habían señalado los motivos por los cuales era más conveniente que el hijo permaneciera con su padre, incurriendo en errónea aplicación del artículo 225 inciso segundo C.C. En esta sentencia vemos reflejada la poca claridad del artículo 225, en cuanto la Corte Suprema debate primero sobre el juego de la disposición a la luz del interés superior del hijo para, finalmente, concluir que si bien ambos padres son hábiles parentalmente, no se había logrado acreditar la inhabilidad de la madre, existiendo un acuerdo en que ésta lo entregaba al padre. O sea, le dio poco valor a este acuerdo suscrito ante Oficial de Registro Civil.

⁵² Al respecto, cabe señalar que en un estudio exploratorio llevado a cabo por un equipo interdisciplinario, durante los años 2010 y 2011 en la ciudad de Santiago con el objeto de determinar las consecuencias de la crisis matrimonial o de pareja en los hijos, entrevistas realizadas a jueces y juezas de familia arrojaron la existencia de cierta “incomodidad” de los mismos al momento de decidir sobre el cuidado personal de los hijos cuyos padres sometían a su conocimiento materias de este tipo. En efecto, los jueces señalaron que, en honor a un rigor interpretativo fiel al sentido claro de la norma, plasmado en su tenor literal, no era fácil alterar la regla de preferencia materna, incluso en aquellos casos en que el “orden natural” no les llamaba, conforme a su sana crítica, a radicar en la madre el cuidado. Este estudio fue realizado en el marco del Proyecto Fondecyt nº 11090042, financiado por la Comisión Nacional de Ciencia y Tecnología de Chile, del cual la suscrita es investigadora responsable.

personal lo ejerza el otro progenitor, 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 C.C.⁵³). Todo ello, con una limitación importante: no puede atribuir el cuidado personal del hijo a quien no ha contribuido a su manutención mientras estuvo al cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo (segunda parte del inciso tercero del artículo 225 C.C.).

Asimismo, conforme al artículo 226 C.C., el juez puede, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal del hijo a otra persona o personas que estime competentes.

En cuanto a la posibilidad de que el juez decida acerca del cuidado personal, la doctrina reconoce que la ley no es clara en cuanto a si se ha mantenido la preferencia materna como regla de atribución judicial, ya que el artículo 225 inciso tercero C.C. no señala con exactitud si el criterio que debe aplicar el juez es el interés superior del hijo o la preferencia materna del inciso primero del mismo artículo⁵⁴. Esta cuestión resulta de vital importancia para definir si la ley entiende procedente el criterio de inhabilidad de la madre como única causa que permita al juez entregar el cuidado personal al padre.

Por su parte, no está claro si el artículo 226 C.C., que señala que en caso de inhabilidad física o moral de los padres puede confiarse el cuidado personal a la persona(s) que estime competente(s), se aplica o no cuando hay conflicto entre padres, es decir, si al momento de decidir qué padre detenta el cuidado personal porque los progenitores lo están disputando, deben tenerse o no en cuenta las inhabilidades del artículo 42 de la Ley de Menores⁵⁵ (esta norma, expresamente, se remite al artículo 226 C.C., referido a la posibilidad de radicar esta función en *terceros* distintos de los padres, y no al artículo 225 inciso tercero del mismo cuerpo legal, que se refiere a la atribución

⁵³ El artículo 225 inciso tercero del C.C. chileno establece: *“En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo”*.

⁵⁴ Cfr. RODRÍGUEZ PINTO, M., *El cuidado...*, op. cit., p.61.

⁵⁵ El texto de esta norma es el siguiente: *“Artículo 42. 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”.

judicial en general). Cierta doctrina⁵⁶ señala que las inhabilidades del artículo 42 de dicha ley no se aplican. La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia entiende que sí son procedentes.

Así sucedió, en efecto, en la sentencia de primera instancia recaída en el caso sometido al conocimiento de vuestra Ilma. Corte, en donde se entendió que no se habían acreditado las inhabilidades del artículo 42 de la Ley de Menores y que, por lo tanto, no cabía privar a la jueza Atala del cuidado de sus hijas. Por el contrario, la Corte Suprema incorporó la homosexualidad de la madre en el factor “causa calificada” del inciso tercero del artículo 225 C.C. Una interpretación sistemática no deja dudas en cuanto a que el criterio judicial es el *favor filii*. El juez debe analizar la situación concreta que conoce conforme a las normas y principios contenidos en los Tratados Internacionales, el Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil y la Ley de Tribunales de Familia⁵⁷, inspirados, fundamentalmente, en el interés superior del hijo y su derecho a ser oído. Así, el artículo 225 inciso primero del C.C. perdería su automatismo, pues el juez está llamado a aplicar dichos principios al resolver sobre el cuidado personal y no el criterio de atribución materna que dicha norma contiene. Si decide radicar este derecho-función en la madre no será porque dicho artículo se lo ordene, sino porque, en dicho caso en particular, el interés del hijo aconsejaba que permaneciera con la madre.

No obstante, el juez se inclina por aplicar la regla de “orden natural”⁵⁸ –como se afirma en numerosas decisiones judiciales, especialmente, de nuestros tribunales

⁵⁶ La doctrina y la jurisprudencia no se han uniformado en el sentido de que este último artículo se aplique solo en la hipótesis del artículo 226 del C.C., es decir, para establecer el cuidado personal a favor de un tercero y no para radicarlo en uno de los padres, hipótesis esta en que sería procedente el art. 225 inciso tercero C.C., es decir, solo respecto de ellos cabría probar descuido, maltrato u otra causa y no las inhabilidades del mencionado artículo 42. Por esta última posición se inclina RODRÍGUEZ PINTO, M., *El cuidado...*, op. cit., p.60, si bien dando cuenta de esta disparidad doctrinal y jurisprudencial. Como señalamos anteriormente, para esta autora (RODRÍGUEZ PINTO, M., “El cuidado...”, op. cit., p.548) la inhabilidad de los padres ha dejado de ser un criterio preponderante de adjudicación del cuidado personal entre los progenitores. La inhabilidad dice relación más bien con el criterio de adjudicación a terceros, parientes o extraños.

⁵⁷ Conforme a los artículos 222 y 242 C.C., artículos 3 inciso primero y 85 inciso segundo de la Ley de Matrimonio Civil n° 19.947, y artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia n° 19.968, entre otros.

⁵⁸ Sólo a modo de ejemplo, se alude a esta idea en la sentencia de la Excma. Corte Suprema (que rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto por el padre en contra de la Sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones de Chillán, que confirmaba la sentencia de primera instancia del Juzgado de Familia de Chillán que, a su vez, rechazaba la demanda reconvencional del padre solicitando el cuidado personal compartido de su hija) de 15 de julio de 2008, Rol 3097-2008; y también en la Sentencia de la Excma. Corte Suprema (que acogió una solicitud de la madre de entrega inmediata de sus dos hijos, rechazando el recurso de casación en el fondo interpuesto por el padre contra la Sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago confirmatoria de la sentencia de primer grado del Tercer Juzgado de Familia de Santiago) de 9 de julio de 2007, Rol 5458-2006. Este último fallo tiene el siguiente tenor: “Siendo el interés superior del niño un principio fundamental en el ordenamiento jurídico nacional, no se advierte del mérito de autos que los sentenciadores lo hayan preterido en beneficio de la madre. Antes al contrario, se ha respetado la *regla de orden natural* prevista en el artículo 225 CC, en cuanto a que la crianza de los hijos, en caso de separación,

superiores de justicia-, a lo que viene en ayuda, precisamente, la abstracción del “interés superior”, principio desarrollado muy pobremente por la legislación y jurisprudencia chilenas y en el que puede “escondarse” el verdadero criterio del juez al decidir, es decir, aplicar automáticamente el inciso primero del artículo 225 C.C., fundado, como hemos visto, en un estereotipo social y cultural⁵⁹.

Además, el mencionado inciso tercero señala que “cuando el interés del hijo lo haga indispensable” el juez puede entregar el cuidado al otro padre o madre. La palabra “indispensable” parece ser más exigente, en cuanto sólo se conforma con un estándar mayor que el mero “interés superior”, lo que da pie para que el juez sea también más exigente al momento de modificar la atribución preferente o el acuerdo de los padres.

La jurisprudencia mayoritaria aplica la preferencia materna porque entiende que entre ella y dicho interés superior hay sinonimia. Esta cuestión explicaría que, muy escasamente, se otorgue judicialmente al padre el cuidado personal⁶⁰. Así, para alterar la

corresponde a la madre” (énfasis añadido). En este mismo sentido, la Sentencia de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago (que confirma la resolución apelada) de 13 de enero de 2006, Rol 6785-2005, establece: “El hecho de que *el padre tampoco presente inhabilidad para hacerse cargo* del cuidado personal del hijo menor y cuente con una red familiar que lo apoyaría en esa tarea, es obviamente una cuestión positiva, pero que no constituye una causa legal para inhibir a la madre en el ejercicio de una función que la ley le ha encomendado y respecto de la cual no presenta inhabilidad para realizarla” (énfasis añadido).

⁵⁹ En este sentido, Beloff señala que a pesar de los esfuerzos que algunos autores han realizado para darle un contenido conforme a los nuevos estándares, la falta de claridad respecto de qué es lo que se entiende por interés superior del niño no ha permitido plantear la discusión en términos superadores de la obsoleta cultura tutelar. Cfr. BELOFF, M., *Los derechos de los niños en el sistema interamericano*, E. del Puerto, Buenos Aires, 2004, p.15.

⁶⁰ La excepcionalidad de la atribución judicial paterna es reconocida por RODRÍGUEZ, *El cuidado*, cit. nota n.21, p.68. A mayor abundamiento, a continuación se transcriben los considerandos más relevantes de la Sentencia de la Excm. Corte Suprema, de 16 de agosto de 2010, recaída en la causa “Meza con De la Rivera”, en que se acogió el recurso de casación en el fondo interpuesto por el padre de un menor de nueve meses de edad, solicitando se dejara sin efecto el fallo de la ltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta que había rechazado su demanda de cuidado personal, acogiendo la apelación interpuesta por la madre, y que da cuenta de esta excepcionalidad. “Tercero: (...) Los jueces de alzada, eliminando todas las consideraciones vertidas en los motivos octavo a undécimo del fallo apelado, modificaron lo que había sido resuelto, rechazando la demanda intentada por el padre del menor, atendido el hecho que al no existir inhabilidad legal de la madre, correspondía a este el cuidado del menor, no existiendo motivo o causa calificada que permita determinar lo contrario, al estimar que la prueba y decisión de primer grado, se han sustentado fundamentalmente en el rol parental de la demandada con sus hijos mayores y con su sobrina; Cuarto: Que, al efecto, útil es anotar que el artículo 224 del Código Civil, establece que corresponde a los padres, o al padre o madre sobreviviente el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos. Este es un deber genérico, comprensivo de todos los que corresponden a los padres respecto de sus hijos, como responsabilidades que derivan precisamente de la filiación y que deben cumplirse teniendo como preocupación fundamental el interés superior del hijo, en conformidad con el inciso segundo del artículo 222 del Código Civil (...); Sexto: Que, en el caso de autos los padres del menor no han celebrado una convención acerca de su tuición, por lo que, en este contexto, la madre tiene por ley el cuidado personal de su hijo, salvo que sea privada de ello por inhabilidad o porque el interés superior del niño haga necesario alterar esta regla; Undécimo: Que no obstante la trascendencia antes anotada del principio en estudio, cabe destacar que en la especie los jueces del grado no se han hecho cargo en sus motivaciones de la situación

regla del 225 inciso 1 C.C. se debe probar descuido, maltrato u otra causa calificada respecto de la madre -en conformidad al inciso tercero del mismo artículo-, o bien, que ella ha caído en alguna inhabilidad del art. 42 de la Ley de Menores n°16.618. Esta prueba es demasiado gravosa para el padre que desea ejercer el cuidado de su hijo y que, en principio, es igualmente apto que la madre para ejercerlo. Esta excesiva carga procesal lo dejaría en una situación desigual, factor que podría explicar la escasa atribución paterna del cuidado personal. La privación del cuidado personal a la madre, en suma, en nuestro país, es excepcional.

Con esta interpretación judicial, el Estado chileno se aparta de lo señalado por la Itma. Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Opinión Consultiva 17/2002, en el sentido de “Que la expresión ‘interés superior del niño’, consagrada en el artículo 3 de la CDN, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”⁶¹ y del artículo 17 de la CA, que

del menor –desde la perspectiva de su interés superior– limitándose en sus reflexiones a reconocer por sobre otra consideración el derecho legal de la madre a ejercer el cuidado del hijo, al extremo de limitarse en su análisis sólo al descarte de causales de inhabilidad por parte de la progenitora, para concluir que a ella debe confiarse su cuidado, sin atender a la condición del niño, como sujeto de derecho de especial protección por el legislador; Décimo tercero: Que, así las cosas, aún cuando en el caso sub lite no se han establecido inhabilidades por parte de la madre para ejercer el cuidado de su hijo, los jueces del fondo debieron considerar el Interés Superior del Menor y en este aspecto las circunstancias reseñadas en el motivo anterior, constituyen causa calificada y suficiente a la luz de lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, para determinar que éste se mantenga bajo el cuidado de su padre, por sobre el derecho que le asiste a su madre en orden a hacerse cargo de su crianza, porque en las particulares condiciones de vida del niño, la satisfacción plena de sus derechos aparece garantizada de mejor manera al lado y bajo el cuidado de su progenitor”. Asimismo, la Excm. Corte Suprema, con fecha 18 de noviembre de 2010, rechazó el recurso de casación intentado por la madre en contra de la sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago que revocaba la sentencia de primera instancia que, a su vez, había rechazado la demanda de cuidado personal intentada por el padre, fundándose en lo siguiente: “Tercero: Que la decisión de los sentenciadores del grado de conceder el cuidado personal del menor a su padre, se funda en lo que dichos jueces del fondo consideran satisface su interés superior, pues estiman que junto a éste se ve resguardado y asegurado su derecho a desarrollarse en un hogar que le brinde seguridad y protección, el que corresponde a aquél bajo cuyo amparo ha estado desde que se produce la separación de sus padres, contexto en el cual ha generado arraigo con el grupo familiar del que ha formado parte y se ha relacionado socialmente en los aspectos propios de su edad. Sexto: Que respecto del Principio del Interés Superior del Menor, cabe señalar que los jueces del fondo ven garantizado dicho principio con la permanencia del niño al cuidado de su padre, conforme a las razones que consignan en el fallo impugnado y que se han referido en el motivo tercero. Dicha conclusión ha sido establecida sobre la base de los presupuestos surgidos del proceso de apreciación; de modo que no es posible entender que en la especie se haya vulnerado el artículo 225 del Código Civil”.

⁶¹ Vuestra Itma. Corte se ha pronunciado sobre el concepto e implicancias de este principio, en la citada OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, Serie A N° 17, par. 56, p. 61 y en los siguientes casos: en el Caso de los “Niños de la Calle” Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63, par. 141, p. 49; Caso Bulacio vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C N° 100, par. 134, p. 55; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C

preceptúa que, en caso de disolución del matrimonio, deben adoptarse disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, *sobre la base única del interés y conveniencia de ellos*. El criterio rector para la elaboración de las normas y su posterior aplicación no debe ser sino el interés superior de los hijos.

2.1.4. Apertura y cierre de las normas sobre cuidado personal: La situación del artículo 228 C.C.

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

Esta norma ha sido objeto de críticas en la Doctrina chilena⁶² y da cuenta de la falta de adecuación del ordenamiento jurídico a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, desde luego, al principio de igualdad, que fue el criterio fundante de la modificación más importante que el Código Civil chileno ha sufrido durante su historia en materia de familia e infancia: la Ley de Filiación de 1998.

En efecto, este artículo consagra un derecho absoluto a favor del cónyuge o la cónyuge que ha contraído matrimonio con una persona a la cual se le ha atribuido el cuidado personal de su hijo; el derecho consiste en oponerse, sin expresión de causa, a que ese hijo viva en el hogar común que él o ella y dicho padre o madre, han formado. El legislador de 1998 reprodujo una norma que procedía de la legislación anterior y que se funda en que introducir un “extraño” al hogar común podría perjudicar la convivencia familiar.

Esta norma vulnera el principio de igualdad contenido en el artículo 19 n° 2 de la Constitución chilena, el artículo 17 párrafo quinto de la CA, que 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.

Nº 110, par. 163, p. 61; y en el Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C Nº 130, par. 134, p. 59.

⁶² En este sentido, SCHMIDT HOTT, C., “Relaciones...”, *op. cit.*, pp.287-288 y ETCHEBERRY COURT, L., “Los derechos y obligaciones entre padres e hijos y la patria potestad”, en SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER - FUNDACIÓN FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE, *El Nuevo Estatuto Filiativo y las Modificaciones al Derecho Sucesorio, a la luz de las Normas y Principios de la Ley 19.585*, Santiago de Chile, LOM, 1999, pp.106-107. Para otro autor, en cambio, la norma se justificaría en casos de hijos no matrimoniales. Cfr. COURT MURASSO, E., *Curso de Derecho de Familia. La filiación por naturaleza*, Santiago de Chile, AbeledoPerrot.Legalpublishing, 2010, p.78,

El artículo 228 del Código Civil chileno es la última disposición de este cuerpo legal que se refiere al cuidado personal de los hijos y da cuenta de la contradicción flagrante que, en un mismo Título del mismo C.C. puede existir. En efecto, solo cinco artículos separan a la citada norma del artículo 222 C.C., que abre el Título relativo a los “Derechos y obligaciones entre los padres y los hijos” y que señala, en su inciso segundo, 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”. Pues bien, el mismo legislador no le reconoce a este hijo, el derecho a vivir con la persona a quien el juez determinó más idónea para ello. Esto evidencia las contradicciones internas que en materia de cuidado personal presenta la legislación chilena. Se trata de una expresión paradigmática de la inadecuación de las normas chilenas a los nuevos principios del Derecho de Familia(s) y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

3. El cuidado personal de los hijos en el Derecho comparado

3.1. Consideraciones generales

Como hemos señalado, el Código Civil chileno se aparta de la tendencia en el Derecho comparado que reúne en una sola institución las relaciones entre padre e hijos y que, en la gran mayoría de los casos, no prevé norma supletoria sino una atribución convencional homologada o no por el juez.

En cuanto a la atribución judicial, en el Derecho comparado se ha señalado que, sobre la base de la directriz del interés superior, el juez debe 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, entre otros elementos irrelevantes. El juez deberá indagar entre los motivos que los padres invocan, corroborar la ausencia de presiones que condicionen lo acordado por éstos, 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 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 adecuada⁶³.

Para ello, por ejemplo, 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

⁶³ Vid. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., “El menor...”, *op. cit.*, pp.134-136.

suficiente juicio. Deberá decidir sobre su cuidado habiéndoles escuchado directamente y, si es necesario, con la colaboración de los especialistas cuyo dictamen evalúe necesario⁶⁴.

Cabe preguntarse hasta dónde debe llegar la actividad judicial, para determinar al progenitor o persona idónea para el ejercicio del cuidado personal. 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”⁶⁵.

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).

Volviendo a la legislación comparada, a continuación, comentaremos el caso francés, italiano y español, por presentar reformas recientes en la materia; el caso alemán que, en un punto específico podría presentar semejanzas con la regla chilena; y el argentino, que establece la atribución preferente materna de los hijos hasta los cinco años. Por último, haremos referencia a ciertas doctrinas de atribución del cuidado personal surgidas en Estados Unidos.

3.2. Francia

Conforme al artículo 371-1 del Código Civil francés, la autoridad parental es un conjunto de derechos y de obligaciones que tienen como fin el interés del hijo. Esta institución reúne las cuestiones de carácter personal y patrimonial relativas al hijo. El párrafo primero de esta norma fija el contenido de la autoridad parental señalando que ella pertenece al padre y a la madre hasta la mayoría de edad o emancipación del hijo,

⁶⁴ En efecto, en observancia al artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, la legislación chilena ha materializado, en diversos cuerpos legales, el imperativo de dar aplicación a esta especial dimensión de la participación, teniendo en cuenta la opinión del niño, niña y adolescente. El legislador no señala edades específicas a las que el hijo deba ser escuchado en estos juicios, limitándose a referirse a la suficiente madurez del mismo. Con todo, la aplicación jurisprudencial de este principio ha sido muy débil, no superando la práctica formal de una audiencia limitada a cumplir con un trámite procesal, sin la necesaria y adecuada intervención interdisciplinaria y, por cierto, como ha sucedido en el caso sometido a vuestra Ilma. Corte, restringido a la primera instancia. Chile no ha adecuado sus disposiciones legales pertinentes ni ha implementado aún políticas adecuadas para dar cumplimiento a la Observación General 12 del Comité de Derechos del Niño de 2009 (Distr. GENERAL CRC/C/GC/12 20 de julio 2009). Sobre esto, puede consultarse el completo informe de UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES DE CHILE – UNICEF, “Informe Final Estudio Niños, Niñas y Adolescentes en los Tribunales de Familia”, enero de 2010, especialmente, pp. 138 y ss., que arroja los resultados de un estudio exploratorio llevado al efecto; y el artículo de la suscrita “El Derecho del Niño a ser oído”, en SCHMIDT HOTT, C. y MARTINIC GALETOVIC, M., (coord.), *Instituciones de Derecho de Familia*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2004, pp.145-185.

⁶⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2000, pp.1025-1026.

para velar por su seguridad, su salud y su moralidad, para asegurar su educación y permitir su desarrollo con el respeto debido a su persona⁶⁶.

La autoridad parental se ejerce de manera conjunta por ambos progenitores, regla que no se ve alterada por la posterior separación de los padres. Así lo prescribe el artículo 373-2 del *Code*: la separación de los padres no repercute en las reglas de atribución del ejercicio de la autoridad parental. Sin embargo, más adelante, el artículo 373-2-1 puntualiza que, si el interés del hijo lo exige, el juez podrá confiar el ejercicio de la autoridad parental a uno de los padres, conservando el otro: a) el derecho de visitas y de tener en compañía a su hijo; b) el derecho y el deber de cuidar del sustento y educación del hijo; y c) el derecho a ser informado de las decisiones importantes relativas a la vida de este último.

Los elementos que el juez debe considerar en cuanto a la forma de ejercicio de la autoridad parental (artículo 373-2-11 del *Code*) son: 1º La práctica seguida por los padres o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad; 2º Los sentimientos expresados por el niño en las condiciones previstas en el artículo 388-1⁶⁷; 3º La aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro; 4º El resultado de las exploraciones periciales que hayan podido efectuarse; y 5º Los datos de los informes y contrainformes sociales que hayan podido llevarse a cabo.

Entonces, la regla general es que, pese a su ruptura, los progenitores continúan compartiendo la titularidad y ejercicio de la autoridad parental. Ahora bien, en lo que respecta a la convivencia con los hijos, el primer párrafo del artículo 373-2-9 del Código Civil francés enumera, en primer término, la posibilidad de acordar la residencia alternativa del niño en el domicilio de cada uno de los padres o bien el domicilio de uno de ellos⁶⁸. Luego, en el párrafo segundo, prevé que la residencia alternativa en el domicilio de cada uno de sus padres sea introducida sin el mutuo consentimiento de las

⁶⁶ Para comentar las disposiciones del *Code* nos basamos en la traducción efectuada por NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro, *Código Civil Francés*, edición bilingüe, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp.225 y ss.

⁶⁷ Esta norma establece que, en cualquier procedimiento que le concierna, el menor que sea capaz de discernir podrá ser oído por el juez o por la persona designada por éste al efecto, sin perjuicio de las disposiciones que prevén su intervención o su consentimiento. Su párrafo segundo agrega que, cuando el menor lo solicite, habrá de ser oído, salvo resolución en contra especialmente motivada. Podrá ser oído solo, con un abogado o con una persona de su elección. Si esta designación no pareciere conforme al interés del menor, el juez podrá nombrar otra persona. Por último, la norma agrega que la audiencia del menor no le confiere la condición de parte procesal.

⁶⁸ Si esta fuera la modalidad que escogen los padres, existiría una *garde conjointe phisique* y una *garde conjointe matérielle*, similar a lo que sucede en el Derecho estadounidense, pionero en esta modalidad de organización del cuidado personal. En efecto, en este Derecho existe una *joint legal custody*, por la cual ambos progenitores adoptan las decisiones sobre cuestiones importantes que afectan la vida del hijo (conforme a lo que hemos dicho, la autoridad parental francesa se mantiene en ambos padres), independientemente de cómo se organice la convivencia con éste. En virtud de la *joint physical custody*, en cambio, cada uno de los progenitores vive con el hijo por periodos sucesivos relativamente similares. Sobre la nueva regulación de la ley francesa aquí comentada, puede consultarse FULCHIRON, H., “L’autorité parentale rénovée”, *Répertoire du Notariat Defrénois*, 15 de agosto de 2002, n° 15, pp.965-966.

partes, pero sólo con carácter temporal, con el objeto de determinar su funcionalidad. Una vez finalizado el periodo fijado para la determinación de la funcionalidad de la residencia alternativa, el juez decidirá definitivamente al respecto, determinando que continúe esta modalidad o que se implemente el cuidado unilateral.

El *Code* establece que tanto los padres, de mutuo acuerdo (artículo 373-2-7) como uno de ellos (art. 373-2-8), podrán acudir al juez de familia para que se determine la forma en que ejercerá la autoridad parental y la contribución al sustento y educación del hijo. No establece regla supletoria ni atribución preferente si no hay acuerdo. En este último caso, solo se prevé que el juez trate de conciliar a las partes (art. 373-2-10 del *Code*).

3.3. Italia

En Italia existe, al igual que en el caso francés, una institución que regula conjuntamente las cuestiones de índole personal y patrimonial relativas al hijo. El inciso tercero del artículo 155 del *Codice*⁶⁹ prescribe que la *potestà genitoriale* es ejercitada por ambos progenitores y que las resoluciones de mayor interés para los hijos relativas a su instrucción, educación y salud deben ser adoptadas de común acuerdo teniendo en cuenta la capacidad, las inclinaciones naturales y las aspiraciones de los mismos y que, en caso de desacuerdo, la decisión corresponde al juez. Cabe destacar que éste puede establecer que los progenitores ejerciten dicha potestad de forma separada sólo respecto de las determinaciones sobre cuestiones de ordinaria administración.

Por su parte, en cuanto a la convivencia con el hijo, el art. 6 párrafo segundo de la Ley de Divorcio italiana y el art. 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. No se pronuncia acerca de la situación de separación de hecho estableciendo normas supletorias.

El 8 de febrero de 2006 se dictó la Ley número 54, “sobre disposiciones en materia de separación de los progenitores y cuidado compartido de los hijos” que vino a establecer, entre otras cuestiones, que el *affidamento condiviso* (cuidado compartido) constituye una valoración prioritaria al momento de determinar judicialmente el modo en que se ejercerá el cuidado de los hijos (inciso segundo del artículo 155 del *Codice*). El artículo 155 *bis* del *Codice*, referido al cuidado ejercido por uno solo de los progenitores y a la oposición al cuidado compartido, agrega que el juez puede disponer el cuidado unilateral del hijo desde el momento en que considere, a través de una decisión motivada, que el cuidado ejercido por el otro padre sea contrario a los intereses del hijo. Su inciso segundo agrega que cada uno de los padres puede, en cualquier momento, solicitar el

⁶⁹ La traducción de las normas respectivas es propia.

cuidado exclusivo cuando subsistan dichas condiciones indicadas. El juez, si acoge la petición, debe ordenar el cuidado exclusivo al progenitor solicitante, poniendo a salvo lo más posible los derechos del hijo previstos en el primer inciso del artículo 155 de dicho cuerpo legal. Si la petición resulta manifiestamente infundada, el juez puede considerar el comportamiento del padre solicitante con el fin de determinar las medidas a adoptar en el interés del hijo, además de la aplicación del artículo 96 del Código de Procedimiento Civil italiano⁷⁰.

3.4. España

El caso español es interesante porque, hasta 1990, el Código Civil contenía una atribución preferente del cuidado de los hijos menores de siete años a la madre, la que fue derogada mediante Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

En España, el legislador de 1981, año en que se reconoce legalmente el divorcio vincular en este país, recogió la realidad social de la época que reconocía a la madre una mayor idoneidad en la esfera personal del cuidado de sus hijos. La Ley 11/1981 de 13 de mayo “de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio”, reguló los criterios de atribución y ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos, refiriéndose, expresamente, a los casos de no convivencia entre los progenitores (artículos 156 a 159, Capítulo I, Título VII, del Libro I del Código Civil español relativo a las relaciones filiales). Además, reformó los artículos 154 y 156 del mismo cuerpo legal produciendo un importante cambio en materia de patria potestad (entendiendo siempre esta institución como comprensiva de lo relativo a la persona y bienes del hijo), al establecer que su titularidad y ejercicio correspondían a ambos padres que, en plano de igualdad, pasaron a ejercer los derechos y deberes que antes eran privativos de uno u otro, dependiendo de con quién convivía el hijo. Por su parte, la Ley 30/1981 de 7 de julio “por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de separación, nulidad y divorcio”, reafirmó dichos criterios en el contexto de la crisis matrimonial, en los artículos 90 a 92 del Código Civil español, dejando, en todo caso, la decisión a los padres mediante el correspondiente acuerdo regulador.

Así, en esos años y hasta antes de la mencionada reforma de 1990, el art. 159 del Código Civil español, referido a la facultad del juez para la determinación del cuidado de

⁷⁰ La reforma de 2006 ha introducido una modificación al artículo 709 *ter* del Código de Procedimiento Civil italiano, que permite al juez disponer el resarcimiento del daño causado en caso de graves incumplimientos o de actos que produzcan perjuicio al menor u obstaculicen el correcto desarrollo de las modalidades de custodia, sea a favor del menor o del otro progenitor, así como condenar al padre o madre incumplidor al pago de una sanción administrativa pecuniaria de hasta cinco mil euros. Sobre la reforma italiana de 2006, puede consultarse, DE FILIPPIS, B., *Affidamento condiviso dei figli nella separazione en el divorzio*, Cedam, Padova, 2006.

los hijos (guarda), 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. La Ley 11/1990, de 15 de octubre “sobre reforma del Código Civil en aplicación de principio de no discriminación por razón de sexo”⁷¹, modificó dicho art. 159 del Código Civil, eliminando la atribución preferente a la madre.

Actualmente, en sede de crisis matrimonial, en cuanto al cuidado personal, el art. 90 del Código Civil español lo contempla como uno de los aspectos a los cuales debe referirse el convenio regulador⁷².

Se ha entendido que el señalado art. 159 del Código Civil español se aplica a las hipótesis de separación de hecho, cuando los padres no han dispuesto nada acerca del cuidado personal de sus hijos. La norma establece: “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 oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”. Como vemos, la disposición actual entrega al juez la decisión sobre el cuidado de los hijos, sin supeditarla a la edad de estos; 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.

Por su parte, en materia de patria potestad, la norma supletoria aplicable al caso de separación de hecho es el art. 156.5 del Código Civil español, que establece que, si 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.

3.5. Alemania

Al igual que en las legislaciones referidas anteriormente, la alemana contempla una institución que engloba, en un todo, las materias relacionadas con los bienes y la persona del hijo (cuidado paterno), estableciendo su titularidad, en principio, en ambos progenitores.

⁷¹ Sobre esta Ley, *vid.* BENAVENTE MOREDA, P., “La custodia de hijos menores de edad: el artículo 159 del Código Civil”, *Revista de Derecho Privado* julio-agosto, 1990, pp.561-582.

⁷² Luego de la reforma introducida en el Código Civil español mediante Ley 15/2005 de 8 de julio “por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio”, el artículo 92 de este cuerpo legal establece, en su párrafo quinto, que 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. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

En efecto, el 3 de noviembre de 1982, la Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht, BVerfG*)⁷³ declaró la inconstitucionalidad del parágrafo 1671 IV del B.G.B., disposición que excluía, en cualquier caso, la posibilidad de atribuir el cuidado paterno del hijo a ambos progenitores divorciados.

En dicha ocasión, la Corte señaló que, aunque la atribución del cuidado de los hijos a los dos padres podía constituir un acontecimiento excepcional, ello no impedía que el interés del menor pudiese privilegiar una solución en tal sentido. Además, afirmó que cada ser humano, desde el momento del nacimiento, es titular de un derecho irrenunciable a mantener relaciones con ambos progenitores y que su ejercicio no se interrumpe por la separación de éstos. La sentencia puntualizó que, en los casos en que los padres están de acuerdo en continuar asumiendo conjuntamente la responsabilidad del hijo después del divorcio, no es necesaria la mediación del Estado respecto a sus intereses contrapuestos. Si ambos padres son capaces de educar al hijo y no existen motivos que justifiquen una transferencia de la potestad a uno solo de ellos, el Estado no está llamado, en el ejercicio de su deber de vigilancia, a excluirle de su deber obligación de cuidar y educar a su hijo⁷⁴.

El Título quinto del B.G.B. se refiere al cuidado paterno (*Elterliche Sorge*) de los hijos matrimoniales y, concretamente, el parágrafo 1626 a su concepto y a la consideración de la creciente independencia del hijo⁷⁵. Así, este parágrafo distingue, dentro del cuidado paterno, el cuidado personal y la administración patrimonial. El párrafo primero del parágrafo 1631 del B.G.B. fija el contenido del cuidado personal del hijo en el derecho y la obligación de determinar su cuidado, educación, guarda y residencia.

El cuidado paterno permanece incólume en manos de ambos padres no obstante la ruptura matrimonial. Las decisiones relativas a la vida del hijo pertenecen a ambos

⁷³ *BVerfG* 3 noviembre 1982, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 1982, pp.1179-1184. Sin embargo, la Corte ya había puesto en evidencia la posible inconstitucionalidad del parágrafo 1671 del B.G.B., enmendado en 1979, tanto por la posibilidad de que contuviera una discriminación arbitraria en contra de uno de los padres como por la eventualidad de establecer un perjuicio en vez de una mayor tutela del menor. Cfr. PATTI, S., "Sul Sorgerecht dei genitori divorziati", *Diritto di famiglia e delle persone*, 1983, p.263.

⁷⁴ Con este pronunciamiento, el cuidado conjunto de los hijos (*Gemeinsames Sorcherecht*) comenzó a ser desarrollado e introducido en el Derecho alemán, proceso que culminó con la promulgación de la ley de 16 de diciembre de 1997, que entró en vigor el 1 de julio de 1998, y que constituye la regulación actual en materia de cuidado paterno. Esta institución se identifica con el principio del interés superior del hijo (*Kindeswohl*) a través de la continuidad del cumplimiento de las obligaciones de cuidado que requieren, en todo caso, la involucración y consenso de ambos progenitores. Así lo ha señalado la jurisprudencia alemana en las sentencias de la Corte Constitucional de 3 de noviembre de 1982, antes citada, y de 18 de febrero de 1993 (*BVerfG, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 1993, pp.662-664).

⁷⁵ Para comentar las disposiciones del B.G.B. nos basamos en la traducción efectuada por EIRANOVA ENCINAS, E., *Código Civil alemán. Comentado*, Marcial Pons, Barcelona, 1998, pp.480, 482, 487 y 488.

progenitores, de forma que lo que debe acordarse son los asuntos relativos a la residencia del hijo⁷⁶.

Pues bien, el ordenamiento jurídico alemán prácticamente ha eliminado la obligación de establecer reglas sobre el cuidado personal de los hijos en los casos de disolución del matrimonio. En efecto, al referirse al cuidado paterno común, el parágrafo 1671 del B.G.B. establece que, en caso de crisis matrimonial de los padres, si éstos viven separados de forma definitiva y ejercen, no obstante, conjuntamente dicho cuidado, cada uno de ellos podrá solicitar que el Tribunal familiar le ceda el cuidado paterno o una parte del mismo a título unilateral. El parágrafo 1671 continúa prescribiendo que deberá estimarse dicha solicitud siempre que se cumplan dos requisitos. En primer lugar, que el otro padre o madre lo consienta, salvo que el hijo haya cumplido los catorce años y se oponga a dicha cesión. Y, en segundo lugar, que sea de esperar que la extinción del cuidado paterno común y su cesión al peticionario sea lo mejor para el bienestar del hijo.

Debido a que la regla general es que ambos progenitores continúen ejerciendo el cuidado paterno de los hijos tras la ruptura matrimonial, la solicitud propiamente dicha de custodia compartida procede solamente en la hipótesis en que ambos progenitores no están casados. En efecto, la descripción anterior está contemplada para los casos en que haya existido un vínculo de matrimonio entre las partes. El B.G.B. se refiere por separado a la hipótesis en que los progenitores no están casados. En este caso, de acuerdo con el párrafo segundo del parágrafo 1626a de dicho cuerpo legal, el cuidado paterno es ejercido por la madre, punto en el que la norma alemana se asemejaría a la chilena. Sin embargo, de forma similar a la previsto en el parágrafo 1671, el parágrafo 1672 del B.G.B. establece que, en caso de que los padres vivan definitivamente separados y que el cuidado paterno corresponda a la madre, el padre podrá, con el consentimiento de ésta, solicitar que el Tribunal familiar le ceda dicho cuidado o parte de él y que deberá estimarse la solicitud cuando *la cesión sea favorable al bienestar del hijo*. A su vez, las condiciones a las que está subordinada la concesión del cuidado paterno conjunto del hijo de padres no casados, son la presentación de la correspondiente petición y la factibilidad de tal modalidad pues el legislador alemán sujeta el establecimiento de esta figura a una cuidadosa valoración de la situación de hecho. En efecto, el párrafo segundo del parágrafo 1672 del B.G.B. agrega que, en la medida en que haya sido estimada dicha solicitud, el Tribunal familiar podrá decidir, a petición de uno de los padres y con el consentimiento del otro, que el cuidado paterno corresponda a los dos conjuntamente, siempre que ello no perjudique el bienestar del hijo⁷⁷.

⁷⁶ Como vemos, la distinción entre “custodia física” y “custodia material” también encuentra cabida en el Derecho alemán, tal como sucede en otros ordenamientos jurídicos, como en el estadounidense y el francés.

⁷⁷ La duda que nos surge es la razón de la desigual normativa que rige en cuanto a la posibilidad de oposición por parte del hijo mayor de catorce años para el caso en que los padres estén casados. En efecto, como acabamos de analizar, en el evento que sí lo estén, el parágrafo 1671 del B.G.B. establece dos exigencias para acceder a la solicitud de atribución parcial del cuidado paterno. Una de ellas es que el otro

No obstante la diversidad de ambas situaciones, el elemento común entre la custodia compartida de los hijos nacidos fuera del matrimonio (*Nichteheliche geborenes Kindern*) y de los hijos de padres casados que viven separados (*Getrenntlebende Eltern*) es que, en ambos casos, la primera regla a la que se debe atender es el acuerdo de los progenitores. La problemática de la custodia conjunta en los casos de separación y divorcio se soluciona, de esta forma, a través de decisiones adoptadas en un espíritu de una comunicación recíproca (*Gegenseitige Einvernehmen*), conforme al parágrafo 1687 I del B.G.B. El común acuerdo, al menos para las cuestiones de mayor importancia, debe siempre fundar las decisiones de los padres, aun en los casos en los que los hijos convivan sólo con uno de ellos, a quien corresponde asumir las cuestiones relativas a la vida cotidiana del hijo (*Entscheidung in Anelegenheiten destiglich Lebens*).

3.6. Argentina

Por último, es interesante estudiar lo que sucede en Argentina, pues, en este país, la ley efectúa una atribución preferente del cuidado personal de los hijos menores de cinco años, a favor de la madre. Sin embargo, como veremos, a diferencia de lo sucedido en nuestro país, la doctrina transandina se ha referido, con mayor profundidad, a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma.

En Argentina, el art. 206 párr. 2° del Código Civil establece que los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor.

Para ciertos autores, esta norma no es discriminatoria pues se funda en el mayor apego a la madre de los hijos de corta edad y en que ella se encuentra en mejores condiciones de atenderlos⁷⁸.

padre o madre lo consienta (no existiendo matrimonio debemos colegir que es la madre la que aprueba dicha petición) *salvo que el hijo haya cumplido los catorce años y se oponga a dicha cesión*. Resulta curioso que el parágrafo 1672 del B.G.B. no contemple esta posible objeción del hijo para el caso de padres no unidos por vínculo matrimonial. Esto puede llegar a constituir una discriminación arbitraria por razón de nacimiento.

⁷⁸ Así opina BELLUSCIO, A., "Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia", *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1995-A, p.945. En este mismo sentido, ZANNONI, E., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 2006, pp.203 y 204; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "Régimen Jurídico de la mujer", *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1993-E, p.1046, para quien la prioridad legal a favor de la madre está justificada en razón de la especial relación que, normalmente, une al pequeño con su madre; y LLOVERAS, N., "La mujer y la Ley", *Jurisprudencia Argentina*, 1993-III-854, Documento electrónico Lexis Nº 0003/011821. Sin embargo, luego de la reforma constitucional operada en este país en el año 1994, las opiniones manifestadas por estas dos últimas autoras son distintas. Así, LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M., *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009, p.378, donde se sostiene que la distinción que realiza el artículo 206 del Código Civil argentino no es válida razonablemente; y KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y HERRERA, M., "Columna de Opinión: Matrimonio, orientación sexual y familias", *La Ley*, Año LXXIV, núm. 106, 2010, p.4, donde se señala que la legislación

Más recientemente, en cambio, para otros autores, esta norma se basa en un prejuicio histórico, económico, sociológico y filosófico⁷⁹ e, incluso, hay quien interpreta evolutivamente el concepto de “madre” que dicha disposición utiliza. En efecto, Mauricio Luis Mizrahi⁸⁰ señala que la norma se justifica en que en los primeros tiempos de vida son fundamentales los cuidados de la madre debido a la indefensión primaria y biológica de los hijos, pero que a la exégesis de la norma no puede escapar el dato sociológico actual referido a la virtual ruptura del modelo tradicional de familia nuclear, operado el intercambio de roles en el hombre y la mujer. El autor señala que, interpretando “dinámicamente” el mencionado artículo 206, hay que entender la preferencia consagrada con un criterio funcional. Así, la expresión “madre” debe considerarse no en el sentido de la madre de nacimiento sino de “mamá”, rol que, en un caso puntual, puede ser desempeñado por el padre e, incluso, por una tercera persona.

3.7. Estados Unidos

El Derecho estadounidense ha destacado en materia de *parental responsibility* por las diferentes doctrinas que los autores han elaborado, desde hace décadas, en materia de cuidado personal. Estas posiciones, que han tratado de ir en ayuda de los jueces aportándole criterios de resolución al momento de decidir sobre la *legal custody* y la *physical custody*, van desde la doctrina de los *tender years*, pasando por la doctrina del *best interest of the child*, hasta llegar a la *shared custody* o *alternating custody*.

En esta parte, interesa poner de relieve aquellas construcciones encaminadas a concretar el interés superior de los hijos, con el objeto de demostrar que este criterio sí puede concretizarse y que no es una norma “vacía” en el sentido de que allí pueda caber cualquier interpretación judicial.

En primer lugar, la doctrina *primacy caretaker presumption* o *primary caregiver* forma parte de una corriente de la literatura jurídica estadounidense generada a finales de la década de los ochenta que pretendió, por una parte, crear criterios alternativos para la custodia de los hijos con el objeto de resolver los problemas derivados de la indeterminación y vaguedad del concepto del *favor filii* y, por otra, poner freno a la proliferación de la *joint custody*. Fue recogida en las legislaciones de Minnesota y West Virginia y consiste, a grandes rasgos, en la evaluación del desarrollo de la vida del hijo antes del divorcio de sus padres. Sin descartar la labor irremplazable del otro progenitor en cuyo favor se fija un régimen de comunicación y estancia, trata de establecer quién de

argentina otorga un beneficio *a priori* y en abstracto fundado en la idea de un supuesto “instinto maternal”, lo que estaría causando reparos desde la doctrina y la jurisprudencia constitucional.

⁷⁹ Cfr. COSTA M., P. y HARARI, S. “Las normas...”, *op. cit.*, p.181. Por la inconstitucionalidad de la norma argentina se pronuncian también GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMA M., HERRERA, M, *Derecho Constitucional...*, *op. cit.*, pp.495-496.

⁸⁰ Cfr. MIZRAHI, M., *Familia, Matrimonio y Divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 1998, p.402

los padres asumió el cuidado del hijo y construyó con él vínculos afectivos más fuertes hasta antes de la crisis matrimonial.

Esta teoría tiene su origen en la sentencia *Garska v. MacCoy*⁸¹ y, en la práctica, se aplica a las situaciones en que se encuentran involucrados hijos de corta edad.

A la teoría del dador de cuidados básicos han sobrevenido nuevas formulaciones, como la Doctrina de la dualidad paterna/dual responsabilidad, cuya premisa es que el mantenimiento general del hijo y el desarrollo del régimen de comunicación y estancia continúan no obstante la crisis familiar. Progenitor e hijo están unidos en una forma positiva y extendida, de modo que éste consigue un adecuado beneficio de los recíprocos y amplios deberes parentales y, a su vez, los padres cumplen sus responsabilidades de cuidado físico y emocional independientemente de quien tiene la custodia. El “padre principal”, esto es, quien reside con el hijo, continúa siendo responsable del cuidado del menor por la mayor parte del día; mientras que el padre no residente es también requerido para proveer al cuidado y bases regulares, aunque por una cantidad de tiempo menor: debiera cuidar al hijo, como promedio, el 20% del tiempo total que exige su crianza.

Conforme a la teoría de dualidad paterna/dual responsabilidad ideada por CZAPANSKIY⁸², el énfasis no está solamente en el número de horas que el padre pasa con el hijo, sino en la regularidad y normalidad de la participación de dicho progenitor en la vida de éste. De este modo, no sólo se exige el cuidado necesario al padre que vive con el menor sino también al no custodio, del cual se espera que coopere con dicha crianza a través de bases regulares y predecibles, ya sea durante días de la semana, fines de semana, periodos de vacaciones, o una combinación de esos tiempos.

⁸¹ En este caso, la Suprema Corte de Apelaciones de West Virginia estableció una lista de criterios a los cuales el juez debía atender para determinar qué padre era el cuidador primario: hacer y planear las comidas; bañar, preparar y vestir; efectuar las compras, limpiar y cuidar de las ropas; cuidado médico, incluida las labores de enfermería y visitas al médico; encargarse de las interacciones sociales después de la escuela, como llevarlo a casa de los amigos, por ejemplo, o a las reuniones de scouts; encargarse del cuidado alternativo, como la niñera, el cuidado diario, etc.; llevar a los niños a la cama en la noche, atenderlos en el medio de la noche, despertar al niño en la mañana; la disciplina, enseñar los modales generales y el adiestramiento para ir al baño; educación religiosa, cultural, social, etc.; y enseñar aptitudes elementales como leer, escribir y aritmética. Cfr. *South Eastern Reporter Second, West Virginia*, 278, 1981, pp.357-364. En España, algunas sentencias han identificado tangencialmente al dador de cuidados básicos. Así, la SAP de Cáceres de 4 abril de 2006 (LA LEY 36896/2006), denegando la solicitud de guarda y custodia compartida de los hijos del padre, señala que “como consta en el informe Psicosocial, la custodia de la madre resulta más ajustada, pues ha sido la cuidadora inmediata de los hijos, es su figura de referencia, dispone de más información sobre el cuidado de los mismos (...)”. Y la SAP de Valencia de 11 mayo de 2006 (LA LEY 110035/2006), que rechaza la custodia conjunta indicando que “el hecho de inclinar la balanza a favor de la materna resulta en el caso de autos perfectamente justificada en atención a ser ella la principal figura de apego desde el momento de su nacimiento y desde la fecha en que se separó de hecho la pareja (...)”.

⁸² Vid. CZAPANSKIY, K., “Child support and visitation: rethinking the connections”, en MINOW, M. (edited by), *Family Matters: Readings on Family Lives and the Law*, New York, A new press “Law in Context”, 1993, pp.351 y ss.

Por último, la teoría denominada regla de aproximación, construida por SCOTT⁸³ en la década de los noventa, rechaza la división tradicional de los roles de la crianza del hijo, esto es, la existencia de un padre “custodio” y “no custodio” y el concepto de “visitas”. Favorece la asignación de la responsabilidad en el cuidado del hijo (*custodial responsibility*) acercándose a la distribución de las funciones que las partes ejercían antes de la intervención judicial. Un objetivo explícito de esta doctrina es prescindir de la falta de determinación y del prejuicio potencial que posee el estándar del interés superior, para conservar, de la mayor forma posible, las rutinas y deberes que ambos padres habían adquirido y desarrollado antes de la ruptura matrimonial. Se trata de ubicar la custodia de los hijos lo más cerca posible de la situación familiar anterior a la separación. De esta forma, en los casos en que sólo uno de los progenitores era el dador de cuidados básicos, es éste quien debe continuar ejerciendo el cuidado personal de los hijos. No obstante, en los casos en que el otro padre o madre también haya asumido responsabilidades en dicha función, podría aplicarse la alternativa de la custodia compartida, respetando la manera en que venía desenvolviéndose la vida del hijo. A mi juicio, en estos casos, el padre “no tradicional”, que ya ha compartido con la madre la crianza de los hijos, es quien menos resiente la separación pues ha adquirido una papel específico frente a la mujer y los hijos, que no disminuye con la interrupción de la convivencia y, por ende, no tiene necesidad de incoar “batallas judiciales” para obtener la guarda compartida.

Esta formulación tiene su origen en la doctrina de la presunción del dador de cuidados básicos a la que nos referimos anteriormente, aunque difiere de ésta última en que el análisis del historial de la crianza del hijo no es importante solamente para determinar cuál de los progenitores debe continuar como guardador sino también en el establecimiento de los tiempos durante los cuales el menor debe transcurrir con el otro padre o madre.

4. Orientación sexual y atribución del cuidado personal de los hijos

4.1. Generalidades

Veamos ahora qué sucede con la orientación sexual de los padres y el otorgamiento del cuidado personal de los hijos, entendiendo por orientación sexual, “la atracción de una persona, de naturaleza sexual o afectiva, real o imputada, hacia

⁸³ La teoría *approximation rule* fue propuesta por Elizabeth Scott en 1992 en su artículo titulado “Pluralism, Parental Preference and Child Custody”, *California Law Review*, vol. 80, 1992, pp.615-672. Sus postulados – bajo la denominación *the past caretaker standard*- han sido promocionados por el American Law Institute a través de sus *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, en especial, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* §2.03, Tentative Draft No. 3 Part I, Philadelphia, 1998, 405 pp. publicado por el mismo Instituto. Además, ha sido adoptada por la legislación de West Virginia (*West Virginia Code* §48-9-206, 2001). Sobre esta teoría Vid. MELLI, M., “The American Law Institute Principles of Family Dissolution, the Approximation Rule and Shared-Parenting”, *Northern Illinois University Law Review*, vol. 25, 2005, pp.358-361.

personas del sexo opuesto, personas de su mismo sexo, o personas de ambos sexos; y los actos, de naturaleza sexual o afectiva, reales o imputados, realizados por una persona con personas del sexo opuesto, personas de su mismo sexo, o personas de ambos sexos”⁸⁴.

En el caso sometido a vuestra ltima. Corte, la demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁸⁵ señala, expresamente, que el objeto del libelo no es solicitar un pronunciamiento sobre si la custodia de las niñas le correspondía a la madre o al padre. Lo que la Comisión argumenta en su demanda es que la consideración de la orientación sexual de la demandante, Karen Atala, en el proceso de custodia, constituyó una violación de las obligaciones internacionales del Estado chileno (párrafos 68 y 69 de la citada demanda).

Por el contrario, el Estado chileno argumenta que la decisión de la Corte Suprema de Justicia chilena no se basó en la orientación sexual de Karen Atala sino en su convivencia con una pareja del mismo sexo y el efecto de esta situación en las hijas. Argumento al que la Comisión refuta que la orientación sexual es un criterio prohibido de discriminación y categoría sospechosa⁸⁶ a la luz del artículo 1(1) de la CA, y que no se limita a la condición homosexual en sí misma sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas (párrafo 27 de la demanda de la Comisión).

La Corte Suprema chilena reconoció, expresamente, como válida la opción sexual de la madre, es decir, que podía vivir su vida sexual como estimase conveniente pero, contradictoriamente, este órgano jurisdiccional le dijo: no la desarrolle delante de sus hijas porque eso las daña, vaciando de contenido el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad⁸⁷.

⁸⁴ Cfr. CUVI, RODRÍGUEZ, M., “El derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual en la jurisprudencia internacional de derechos humanos”, Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, profesora Guía Cecilia Medina Quiroga, año 2002, p.63. Al definir de esta forma orientación sexual, la autora citada sigue a WINTERMUTE, R., *Sexual Orientation and Human Rights: the United States Constitution, the European Convention, and the Canadian Charter*, Ed. Oxford University Press, 1995, pp. 6 y ss. y HEINZE, E., *Sexual Orientation: A Human Right*, ED. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1995, pp.46 y ss.

⁸⁵ En adelante, Comisión.

⁸⁶ Sobre las categorías sospechosas y la razón de que, respecto de ellas, el juicio de legitimidad deba ser más estricto, Vid. RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N. 31, Año 11, Enero-Abril 1991, p.12.

⁸⁷ Al respecto, es útil referir que la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que no se puede aceptar la identidad homosexual y, a la par, prohibir su manifestación natural de vida en pareja, por ser éste un derecho esencial de los individuos. En efecto, en su sentencia C-507/99, ha establecido que “Bajo este supuesto, ha de concluirse que, en realidad, lo que se busca sancionar a través de la expresión acusada - ejecutar actos de homosexualismo- no es la potencial falta en que pueda incurrir el disciplinado, sino la condición humana de homosexual y el ejercicio legítimo de su inclinación, con lo cual se afecta de manera grave el derecho del individuo para manejar libremente algo que le es tan propio como su sexualidad”. Cabe tener en consideración que el Artículo 19 número 26 de la CPR asegura a todas las personas: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las

Nuestra legislación, como la mayoría de las legislaciones del mundo, no contiene una norma que proscriba la discriminación por orientación sexual en el otorgamiento del cuidado personal. Existe, como se ha señalado antes en este informe, una vulneración del principio de igualdad formal en contra del hombre y de la igualdad material, en cuanto consolida estereotipos y descarta la corresponsabilidad parental y, con ello, el bienestar de los hijos, pero no enuncia “categorías sospechosas” en la atribución del cuidado personal.

Antes de la vigencia de la norma actual, la ley era mucho más explícita en cuanto a la estricta exigencia de la inhabilidad moral de la madre, haciendo expresa referencia a la “depravación” de ésta, en cuyo término se había comprendido la condición de lesbianismo de la madre. El antiguo artículo 223 inciso primero C.C. señalaba que “(...) No se le confiará el cuidado de los hijos, cuando por su depravación sea de temer que se perviertan”. En la Historia de la Ley de Filiación 19.585, de 1998, en donde se discutió la redacción y sentido de esta norma, figura la razón de esta modificación: “En relación con esta normativa, la de tuición de los hijos de padres que viven separados -sea por ruptura del matrimonio o porque éste no existe- se ha mantenido en el artículo 222 la norma que le entrega el cuidado de los hijos menores a la madre, pero se ha establecido que el juez podrá decidir de otro modo, por motivos calificados. Con ello se ha pretendido corregir las *evidentes distorsiones que ha venido generando la normativa actual, según la cual, para que la madre pierda la tuición, debe ser acreditada su depravación y consiguiente pervisión de los hijos menores*. Nadie puede ignorar, en el mundo actual, que existen muchas otras causas que ameritan el cambio de la regla general y que, por cierto, no son indicativas de tal inhabilidad moral. La inadecuación de dicha norma genera graves conflictos que repercuten negativamente en los hijos. Se ha preferido consignar, pues, una expresión que, dando cuenta de una situación especial -“motivos calificados”- carece de una connotación negativa”⁸⁸. De esta forma, se amplió el elenco de causas por las que la atribución preferente materna podía ser alterada.

En todo caso, en diversos países, el principio de igualdad en las relaciones parentales ha calado muy hondo, siendo una de las directrices informadoras de las legislaciones que regulan la patria potestad. Así, se ha consagrado, positivamente, el deber de considerar a ambos padres en pie de igualdad para la determinación de los derechos y responsabilidades parentales, sin conceder preferencia a uno de los

garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. En este caso, la Corte Suprema chilena efectuó una interpretación que cercena, precisamente, la garantía constitucional de la igualdad; afectó, en su esencia, impuso condiciones y requisitos al libre desarrollo de su personalidad, al legítimo derecho a expresar y vivir la orientación sexual que el mismo tribunal le había reconocido.

⁸⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la Ley 19.585 Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de Filiación, En <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/4231/1/HL19585.pdf> [visitado el 29/04/2011], p. 87. Énfasis añadido.

progenitores respecto del otro debido a su *sexo*, edad, estado civil, o sexo del hijo, pero sin aludir concretamente a la orientación sexual. En Suecia, por ejemplo, se ha afirmado que las normas sobre la custodia se basan en el principio de que el niño necesita mantener relaciones estrechas y positivas con ambos padres cuando éstos se separan; sus normas parten del supuesto de que ninguno de los padres es más idóneo que el otro para obtener la custodia simplemente en razón de su sexo⁸⁹.

Al respecto, cabe señalar que, en la CDN subyace una particular visión en materia de igualdad. En efecto, este instrumento internacional contempla uno de los conceptos más omnicomprendivos del principio de “no discriminación”, ya que no sólo prohíbe efectuar diferencias arbitrarias en contra del niño sino también respecto de sus padres y representantes legales. Su artículo 2.1 establece que *“los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición **del niño, de sus padres o de sus representantes legales**”*⁹⁰.

Y aunque la CDN no ha establecido qué entiende por “discriminación”, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la “no discriminación”, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley, constituyen un principio básico y general relativo a la protección de los Derechos Humanos; agregando, en cuanto a la discriminación en contra de los niños y niñas, que el artículo 24 del PIDCP dispone que todo niño, sin discriminación alguna, tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado⁹¹. En particular, el Comité de Derechos Humanos destaca que, en ciertos casos, dicho Pacto

⁸⁹ Cfr. MINISTRY OF JUSTICE, Sweden, “Custody of Children”, en *Fact Sheet*, Ju 00.05, may, 2000, p.2. En sentido similar, diversos estados de Estados Unidos, como por ejemplo en Kansas, la ley establece que, en ningún caso, se considerará que uno de los padres tiene derechos adquiridos respecto de la custodia o residencia de un hijo en perjuicio del otro padre, con independencia de la edad del menor, y que no existirá presunción de que la adjudicación de la custodia o de la residencia a la madre coincide con el mejor interés del niño menor de un año (*infant*) o del niño de corta edad (*young child*). Cfr. *Kansas Statute No. 60-1610, chapter 60, article 16, 3), B.* De manera similar se ha establecido esta regla: en Maine (número 4 de los *Maine Revised Statutes Annotated, title 19-A: Domestic Relations §1653, sub-§1*, de 21 de septiembre de 2001); en California (artículo 3040 letra a.1 del *California Family Code*); en Louisiana (letra A, número 2, del artículo 131 sobre *Custody of children pending the litigation* del *Civil Code*); en Missouri (número 8 de los *Missouri Revised Statutes, chapter 452, Dissolution of Marriage, Divorce, Alimony and Separate Maintenance, Section 452.375.1*, de 28 de agosto de 2001); en Alaska (*Alaska Statutes, title 25 – AS 25.20.060*, letra b); en Nevada (*Nevada Revised Statutes, Chapter 125, NRS 125.480.2*); Mississippi (número 7 de la *SEC. 93-5-24 del Mississippi Code of 1972, as amended by Laws 2000, Ch. 453, Secc. 1; HB214*; en vigor desde el 1 de julio de 2000); en Florida (artículo 61.13 de los *Florida Statutes Annotated*); y en Texas (*Texas Family Code, chapter 153 – Conservatorship, possession and access §153.003*).

⁹⁰ El énfasis es nuestro.

⁹¹ Cfr. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: Observación General nº18 (1989), *No Discriminación*, Ginebra, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168, 1º de noviembre de 1989, párr. 1 y 5.

exige expresamente a los Estados Partes que adopten medidas que garanticen la igualdad de derechos de las personas de que se trate. Así, el párrafo cuarto del artículo 23 del PIDCP estipula que deben efectuarse acciones apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de *disolución del mismo*⁹².

Ahora bien ¿puede entenderse incluida la orientación sexual en la categoría “sexo” que algunos países mencionan? ¿Puede incluirse en la proscripción de la discriminación por “otra condición”, que efectúa la Convención de los Derechos del Niño, la orientación sexual? ¿Puede entenderse, a la luz de las recién mencionadas normas de la CDN que las hijas han sido discriminadas por haberse discriminado a su madre?

A continuación nos referimos a ello.

4.2. La prohibición por razón de orientación sexual en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

A juicio de la suscrita, y a objeto de este peritaje, en el caso sometido al conocimiento de la Itma. Corte, se ha vulnerado el principio de igualdad y no discriminación en contra de Karen Atala, al considerarse su orientación sexual como causa invalidante para otorgar a sus hijas un entorno familiar congruente con el modelo de familia tradicional chileno, que las estigmatizaría por pertenecer a un hogar homoparental. Se ha conculcado también, el principio de igualdad y no discriminación en contra de las hijas de Karen Atala y el interés superior de las mismas, en tanto, al atender a la condición lésbica de Karen Atala, se discriminó “por cualquier otra condición” a la madre de estas hijas, porque, en lenguaje de la Convención de los Derechos del Niños (artículo 2.1.), si se discrimina a los padres de los niños, se discrimina a estos últimos también.

4.2.1. La vulneración de la prohibición de discriminación por orientación sexual

En la demanda ante la Itma. Corte, la Comisión reconoce que la orientación sexual no se encuentra establecida en el texto literal de la cláusula de no discriminación consagrada en el artículo 1(1) de la CA⁹³, pero que el texto mismo de dicha norma indica que se trata de una cláusula abierta que permite la inclusión de otras categorías bajo la fórmula “otra condición social” (párrafo 91 de la demanda).

⁹² *Ibid.*, párr. 5. Énfasis añadido.

⁹³ Esta norma reza así: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El pronunciamiento más reciente al respecto data de julio de 2009, fecha en que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló que: “En **‘cualquier otra condición social’**, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, **se incluye la orientación sexual**. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo”⁹⁴.

Anteriormente, la jurisprudencia internacional de los derechos humanos había entendido que la discriminación en razón de la orientación sexual estaba incluida en el concepto de “discriminación por sexo” y de discriminación por “otra condición social”.

En primer término, en el caso *Toonen v. Australia*⁹⁵, el Comité de Derechos Humanos determinó que la penalización de las relaciones sexuales homosexuales consensuadas constituía una violación al derecho a la privacidad, considerando, además, que la referencia a “sexo” en el artículo 26 y el 2.1 del PIDCP incluía la orientación sexual. El año 2003, dicho Comité afirmó que la orientación sexual se encontraba amparada bajo “cualquier otra condición” en el artículo 26 del PIDCP⁹⁶.

Por su parte, el sistema europeo de Derechos Humanos ha rechazado la discriminación en razón de orientación sexual en reiteradas ocasiones, estimando que la orientación sexual se encuentra incluida en el artículo 14 del Convenio Europeo (Prohibición de Discriminación), desde su pronunciamiento en el caso *Dudgeon v. United Kingdom*⁹⁷, en 1981, hasta el fallo recaído en el caso *Schalk y Kopf v. Austria*, en el que reconoce a las parejas del mismo sexo el derecho a la familia⁹⁸.

En particular, en el caso *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal*, la Corte Europea de Derechos Humanos, en Sentencia de 21 de diciembre de 1999, estableció que los fundamentos a través de los cuales se había negado la tuición a un padre homosexual eran explícitamente discriminatorios. El tribunal de apelación portugués había fundamentado su decisión en que la hija “debía estar con una familia portuguesa tradicional, y que su padre evidentemente no había elegido esa clase de familia, prefiriendo vivir en relación marital con otro hombre”, agregando que el Tribunal “no es

⁹⁴ Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales). E/C.12, 2 de julio de 2009, párr. 32 (énfasis añadido).

⁹⁵ El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en *Toonen v. Australia*, Communication No.488/1992, par. 8.7, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

⁹⁶ Comité de Derechos Humanos, *Young v. Australia*, Communication No. 941/2000, par. 10.2 y 10.4, U.N. Doc.CCPR/C/78/D/941/2000 (2003).

⁹⁷ Eur. Court HR, *Dudgeon v. United Kingdom*, (Application No. 7525/76), Judgement, octubre 22, 1981.

⁹⁸ Eur. Court HR, *Schalk y Kopf v. Austria*, 24 de junio 2010, par. 94.

el lugar para intentar averiguar si la homosexualidad es o no una enfermedad, o si es una orientación sexual hacia personas del mismo sexo. En cualquiera de los casos, estamos en presencia de una anormalidad y una criatura no debería crecer a la sombra de situaciones anormales”.

Por último, esta posición es refrendada, en primer lugar, por el artículo 81 de la Constitución europea, dedicado a la “no discriminación”, que establece que *“Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u **orientación sexual**”*. Y, en segundo lugar, por el Tratado de Amsterdam, mediante el cual se introdujeron modificaciones al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en especial, al combate contra la discriminación, cuyo artículo 13 establece que *“Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u **orientación sexual**”*⁹⁹.

4.2.2. La conculcación del Interés superior

En el caso en cuestión, la Corte Suprema chilena vulneró también el interés superior de las hijas, en cuanto la interpretación que de la legislación hizo la Corte Suprema encubrió un prejuicio: el que el mundo social de las hijas las discriminaría y rechazaría por vivir con una madre lesbiana. Recordemos que, para la norma chilena, no basta la aplicación del interés superior sino la *indispensabilidad* su aplicación, es decir, que solo cuando el interés superior lo haga indispensable puede alterarse la atribución que del cuidado personal hacen la ley o las partes. En la mayoría de los pronunciamientos judiciales chilenos, este examen de indispensabilidad se invoca, frecuentemente, para confirmar la regla del artículo 225 inciso primero del C.C., es decir, otorgar a la madre el cuidado personal, señalando que no se logró acreditar el maltrato, descuido u otra causa calificada (artículo 225 inciso tercero C.C.). En el caso sometido al conocimiento de la Iltma. Corte, sin embargo, se morigeró la aplicación de la indispensabilidad, observándose un “doble estándar” en la ponderación de los hechos y aplicación del Derecho vigente, que viene a evidenciar la interpretación antojadiza que los tribunales pueden llegar a efectuar al alero de la abstracción del “interés superior”.

En este sentido, se ha vulnerado el artículo 17 inciso cuarto de la CA, que preceptúa que los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo; agregando que, en caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la

⁹⁹ Énfasis añadidos.

protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. Esta norma, complementada con la contenida en el artículo 29 de la misma CA, nos llevan a la conclusión de que el criterio único y base para la decisión sobre el cuidado personal de los hijos debe ser el interés superior y que, interpretando y aplicando la normativa nacional e, incluso, invocando este principio rector, no puede suprimirse el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la CA o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

A mayor abundamiento, en enero de 2009, vuestra Ilma. Corte ha señalado “el artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos ‘sin discriminación alguna’. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma”. Agregando que “el artículo 24 de la Convención prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Parte, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”¹⁰⁰.

La Corte Suprema chilena señaló que Karen Atala había antepuesto su libertad de expresar su condición de homosexual frente al derecho de las niñas a desarrollarse en una familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social, según el modelo tradicional que le es propio, es decir, que la señora Karen Atala habría hecho primar su propio interés personal en desmedro del desarrollo de sus hijas al permitir que su pareja viviera en el mismo hogar que sus hijas.

En este sentido, cabe preguntarse si existía acá un conflicto entre los derechos de la madre y el interés superior de las hijas. ¿Debe siempre primar el interés del hijo en casos en que, aparentemente, se está produciendo un conflicto de intereses?

RIVERO HERNÁNDEZ¹⁰¹, autor que ha estudiado con gran acuciosidad el interés superior del niño, afirma que la presentación conflictiva del interés del hijo puede verificarse de dos formas. En primer lugar, en una situación jurídica que sólo afecta al niño, es decir, aquélla en la que no concurren otros derechos o personas, en cuyos casos, decidir en conformidad al *favor filii* significa pronunciarse por una opción determinada, entre varias posibles, respecto del ejercicio de un derecho del niño que se encuentra cuestionado, como en el caso de su derecho a la salud o a la educación, por ejemplo. En

¹⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 348.

¹⁰¹ En especial, *Vid.*, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés...*, *op. cit.*, p. 92.

otras situaciones, en cambio, como señala DÍEZ-PICAZO¹⁰², la cláusula de beneficio de los hijos supone una regla, en virtud de la cual, en caso de conflicto, el interés de los hijos prevalece, de manera que el interés de los padres cede. Es decir, en los casos en que existe un conflicto de intereses entre el hijo y sus progenitores, valorando cada uno de esos intereses involucrados, debe decidirse, como sucede la gran mayoría de las veces, a favor del derecho e interés del niño, sacrificando (y ya no optando) el del otro sujeto implicado (así lo ha puesto de manifiesto la Corte Suprema chilena en el año 2005¹⁰³). El interés del hijo, en esta segunda hipótesis, es, a la vez, un componente del derecho afectado del niño y del conflicto mismo.

Pero no siempre prevalecerá el principio del mejor interés del hijo: si el *favor filii* actúa como criterio único o preponderante; si la ley establece directamente que ese principio es el que debe primar; o si, finalmente, se observa en el conflicto un relativo equilibrio de los intereses involucrados, se impondrá el interés del niño¹⁰⁴. En otros casos, en cambio, el interés del hijo concurre con otros intereses que son igualmente válidos para el legislador y, por lo tanto, se requerirá una ponderación más equilibrada de todos ellos. Si bien el interés del niño debe ser una consideración primordial, ello no significa que siempre y, en todo caso, deba atenderse exclusivamente a él. Por el contrario, en muchas situaciones habrá que conciliarlo con el de otras personas pertenecientes a su realidad familiar¹⁰⁵.

¹⁰² Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., "El principio de protección integral de los hijos ('Tout pour l'enfant')", en *La Tutela de los Derechos del Menor*, Córdoba, Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, 1984, p.130.

¹⁰³ La sentencia de la Corte Suprema Cuarta Sala (Especial) de 16 de Noviembre de 2005, Rol 4533-2005, establece: "Uno de los principios básicos que deben tener presente las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos en cualquiera decisión que afecte a un niño, de acuerdo a la Convención aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño es que por sobre cualquiera consideración se atenderá (...) el interés superior del niño, lo que coincide con el mismo espíritu que informa a la Convención de La Haya establecido en su exordio, de que los intereses de los niños son de importancia primordial en cualquier materia relativa a su tuición, de lo que se deduce que **no procede considerar como cosa esencial los intereses de los padres o entidades que disputan su tuición**. Resulta evidente que la menor, que este Tribunal considera que tiene un grado de madurez que merece tenerse en cuenta, ha expresado en varias oportunidades el deseo de permanecer en Chile con su madre, lo que es, a su vez, recomendado por especialistas psiquiatras y asistente social, los antecedentes fácticos y las conclusiones que de ellos se derivan, permiten a este Tribunal concluir que se reúnen en esta causa dos de las condiciones que el artículo 13º de la Convención de La Haya permiten para que no se haga lugar a la solicitud de uno de los padres para que el menor sea devuelto a su custodia, esto es, que existe un grave riesgo de que el regreso de la menor la exponga a un peligro físico o psicológico o que de otro modo la ponga en una situación intolerable; y que el menor se oponga a su regreso y que este haya llegado a un grado de madurez que merece que deba tenerse en cuenta" (énfasis añadido).

¹⁰⁴ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés...*, op. cit., p.93.

¹⁰⁵ La sentencia de la Corte Suprema de Chile, Cuarta Sala (Especial), de 2 de Noviembre de 2006 señala en este sentido que: "La primacía del interés superior del niño en el ámbito de la solución de los conflictos no puede desconocer los derechos de quienes, ejercitándolos, intentan hacer valer aquellos que emanan de su vinculación con los mismos, pues de primar el criterio sustentado en el recurso, la condición de bienestar

En este caso, creo, el respeto de los derechos de la madre a ejercer su orientación sexual no puede entenderse en conflicto con el interés superior de los hijos, porque se trata, precisamente, de garantizar la no discriminación por “cualquier otra condición” en el lenguaje de la CDN; y si se le discriminara por ello a la madre, recordemos, se estaría discriminando a las hijas y ello sí vulneraría su interés superior. En todo caso, si se llegara a producir alguna colisión, no necesariamente existe conflicto de intereses porque la idea asentadísima de la consideración primordial del interés del niño no debe descartar la valoración de otros intereses que gravitan en torno a la familia y sus miembros. La actividad judicial debe pronunciarse sobre estas cuestiones intentando lograr un equilibrio entre los intereses de los hijos (que será siempre la consideración primordial, pero no excluyente) conforme al artículo 3 de la CDN, pero también su interrelación con los de los padres, subdistinguiendo en cuanto a estos últimos, su condición de progenitores propiamente dichos y la autonomía que les corresponde como hombre y mujer.

Por su parte, en cuanto a la valoración que hace la Corte Suprema de la presencia de la pareja de Karen Atala en el hogar de las niñas, se ha señalado que el hecho de que los padres convivan con una persona con la cual han iniciado una nueva relación amorosa, siempre que ello no afecte razonablemente el desarrollo del hijo¹⁰⁶, no resulta determinante para la atribución del cuidado personal. Al respecto, se afirma que el nuevo compañero/a puede llegar a ser un elemento estabilizador, toda vez que contribuye a mediar con inteligencia y habilidad en las relaciones entre los ex cónyuges, ayude a activar los recursos personales de su pareja con el objetivo de que esté más disponible y abierto a nuevos proyectos de vida, o favorezca la resolución del conflicto promoviendo relaciones colaborativas¹⁰⁷. El rechazo del hijo a esta persona y, por consiguiente, la

actual de un menor en relación con su entorno importaría que, por aplicación de éste, se negaría el acceso a obtener el reconocimiento de otros, lo cual se contraponen a principios constitucionales que ilustran el sistema y que se encuentran en pie de igualdad, ya que la finalidad del mismo, es rescatar, en el análisis, el bienestar general tanto presente como futuro y que tal como lo recoge el artículo 222 del Código Civil, buscando en su primer aspecto, la mayor realización espiritual y material del niño, que no se advierte pueda verse afectada en el hecho del reconocimiento de la existencia de su padre biológico, atento, además, a las vinculaciones que la propia madre del menor estableció entre padre e hijo”.

¹⁰⁶ Al respecto se ha señalado que, en los casos en que el vínculo que se instaura entre el hijo y el nuevo compañero del progenitor es tranquilo y rico en intercambio afectivo, se puede producir un gran beneficio para el menor, sobre todo si la anterior situación conyugal de sus padres era altamente conflictiva. En estos casos sucede que el menor, que previamente presentaba una relación adultomorfa con el progenitor que toleraba pasivamente la separación (y que tiende a trasladar a sus hijos las expectativas que tenía frente al cónyuge), logra recuperar en la nueva realidad familiar su papel de menor con el reconocimiento del derecho a comportarse como tal. Cfr. GRIMALDI, M., “L’affidamento dei figli al genitore più idoneo nella separazione in nel divorzio”, *Giurisprudenza di Merito*, 1990, I, p.186.

¹⁰⁷ A este aspecto se refiere LOMBARDA, R., “Diverse punteggiature sull’affido congiunto. Futuri esperti ed operatori a confronto”, en MALAGOLI, M., *Affido congiunto e condivisione della genitorialità. Un contributo alla discussione in ambito psicogiuridico*, Milano, Franco Angeli, 2005, p.117; y FRANCESCATO, D., (*Figli sereni di amori smarriti: ragazzi e adulti dopo la separazione*, Milano, Mondadori, 1994, pp.246-247), para quien esta nueva figura -que denomina “progenitor social”- tendrá afinidad con los hijos del precedente

resistencia a vivir en el mismo domicilio, puede resultar de toda normalidad en un inicio; sin embargo, si el impacto que ello causa llegara a ser perjudicial en la vida del niño, deberían evaluarse, a nuestro juicio, nuevas modalidades de atribución del cuidado personal.

En efecto, en el caso Atala, el Juzgado de Letras de Villarrica, en la sentencia de primera instancia de 29 de octubre de 2003, señaló, en virtud de los informes de expertos hechos llegar por las partes, que *“este tribunal ha adquirido la convicción de que la presencia de la pareja de la madre en la casa en que vivieron las menores con su madre no configura causal de inhabilidad para ejercer el cuidado personal de sus hijas. Por su parte, tampoco se ha acreditado la existencia de hechos concretos que perjudiquen el bienestar de las menores derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar”* (párrafo final del considerando vigésimo tercero).

Se ha afirmado que “el hecho de que la madre lesbiana conviva con su pareja, en un ambiente de respeto y adecuado cuidado hacia sus hijas, debe juzgarse con el mismo criterio. Es necesario, además, reconocer que para las personas homosexuales, al igual que para las heterosexuales, el ejercicio adulto y responsable de su sexualidad constituye un aspecto estrechamente vinculado con sus derechos fundamentales a la privacidad, igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. Así han tenido la oportunidad de declararlo, por ejemplo, la Corte Suprema de Colombia, el Tribunal Constitucional de Colombia y la Corte Europea de Derechos Humanos”¹⁰⁸.

En suma, en cuanto a la homosexualidad de uno de los padres, entendemos que el factor relevante es la forma en que se desarrolla la actividad sexual y no la inclinación sexual propiamente. Así, debe atenderse al modo en que cada progenitor desarrolla su sexualidad y el impacto que causa en la formación del hijo o de la hija, ya que la promiscuidad u otros comportamientos potencialmente negativos para éste –que un sector importante de la sociedad chilena aún atribuye a las personas homosexuales-, son tan propios de la conducta homosexual como de la heterosexual¹⁰⁹.

matrimonio de su pareja si mantiene, a su vez, una adecuada relación con ésta, si existe poca rivalidad con el progenitor natural y si no intenta sustituirlo.

¹⁰⁸ UNDURRAGA VALDÉS, V., “Interés...”, *op. cit.*, p.330. La autora cita, además, jurisprudencia en el siguiente sentido: *“el principio de igualdad (CP Art. 13), se opone, de manera radical, a que a través de la Ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría. Los fóbicos o no y las falsas creencias que han servido históricamente para anatematizar a los homosexuales no otorgan validez a las leyes que los convierten en objeto de escarnio público (...)”* (Sentencia Corte Constitucional de Colombia C-098/96).

¹⁰⁹ En España, se ha señalado que, toda vez que la Constitución española (artículo 18) reconoce a las personas el derecho a la intimidad personal y familiar, debe entenderse que están prohibidas las intromisiones en la orientación sexual de los progenitores, mientras no se acredite que existe una efectiva repercusión negativa en los hijos. En este sentido, RAGEL SÁNCHEZ, L., “La guardia y custodia de los hijos”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, 2001, p.282, nota núm. 149, comentando la posibilidad de que el progenitor guardador pase a convivir con otra persona, señala que no debieran generarse respuestas distintas dependiendo de si es o no de su mismo sexo. En este país, este factor adquiere especial

La socióloga francesa, ÉLISABETH ROUDINESCO, señala que “algún día será preciso admitir que los hijos de padres homosexuales llevan, como otro, pero mucho más que otros, la huella singular de un destino difícil. Y también habrá que admitir que los padres homosexuales son diferentes de los otros padres. Por eso nuestra sociedad debe aceptar que existan tal como son. Debe acordarles los mismos derechos que a los demás padres, pero también reclamarles los mismos deberes. Y los homosexuales no lograrán demostrar su aptitud para criar a sus hijos obligándose a ser “normales”. Pues al procurar convencer a quienes los rodean de que esos hijos nunca se convertirán en homosexuales, corren el riesgo de darles una imagen desastrosa de sí mismos”¹¹⁰.

Para GABRIEL HERNÁNDEZ¹¹¹, la mentada nocividad contra los hijos criados por uniones afectivo-sexuales entre personas del mismo sexo, “tendría que ver con las siguientes ideas: primero, con que los hijos criados por personas del mismo sexo pueden “salir” homosexuales o presentar mayores confusiones respecto de su identidad sexual, lo cual sería pernicioso; segundo, con que aquellos no podrán ser formados en roles de género acordes a su sexo físico; tercero, con que desarrollan malos hábitos, atendida la condición homosexual de sus progenitores; y, cuarto, con que el niño(a) será estigmatizado y discriminado socialmente”. “Así como la imposibilidad para engendrar hijos no es una característica exclusiva de las uniones entre personas del mismo sexo - sino que compartida con algunas parejas entre personas de distinto sexo (las afectadas por esterilidad)-, tampoco la supuesta nocividad para los niños es una peculiaridad de las mismas, sino que una circunstancia que tiene que ver con la realidad particular de aquellos, lo cual implica que son más bien las circunstancias de vida que le toca vivir a un niño o niña las que pueden ser nocivas para ellos y no necesariamente la orientación sexual de sus progenitores. Es por esto que dicha pretendida nocividad no puede ser considerada como una característica de la unión de hecho en sí misma, sino que como un

importancia tras las modificaciones introducidas por la Ley 13/2005 de 1 de julio que reconoce el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. En efecto, después de esta reforma, el ordenamiento jurídico español permite a los contrayentes la adopción de menores, confirmando así la intención del legislador de remover los obstáculos sociales y legales que impidan la formación de una familia sobre la base de una unión homosexual y, en caso de ruptura, están sometidos al mismo estatuto que el de las parejas heterosexuales, pudiendo recurrir a la custodia compartida, que fue reconocida el mismo año en que se reconoció el matrimonio homosexual.

¹¹⁰ ROUDINESCO, E., *La Familia en Desorden*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007, p.210.

¹¹¹ HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo*, Santiago de Chile, Centro de Estudios Jurídicos e Institucionales - Editorial Arcis, 2009, pp.86-87. Cada vez son más los estudios que derriban los prejuicios en torno a los hogares homoparentales. Sobre la bibliografía que describe y comenta estudios realizados acerca de las consecuencias de vivir en hogares homoparentales, puede consultarse UNDURRAGA VALDÉS, V., “Interés...”, *op. cit.*, pp.333 y ss.; GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMA M., HERRERA, M.; *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2010, pp.329-355; y SPAVENTA, V., ¿Interés superior de las niñas o discriminación a la madre en razón de su orientación sexual?, en *Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Derecho de familia*, 2005 II, Buenos Aires, nota al pie núm. 13, p.181.

factor a tener en cuenta a la hora de discutir acerca de la posibilidad de permitir la paternidad o maternidad en común a parejas gay”.

4.3. Orientación sexual y responsabilidad parental en el Derecho Comparado

El Parlamento europeo, en sesión de 8 de febrero de 1994, aprobó una “Resolución sobre la igualdad de derechos para los homosexuales en la Comunidad”, en que requiere a los Estados propender a hacer desaparecer los obstáculos establecidos al matrimonio de parejas homosexuales o a un instituto jurídico equivalente, garantizando plenamente los derechos y ventajas del matrimonio y consintiendo la registración de las uniones; y cualquier limitación del derecho de los homosexuales de ser padres/madres o bien de adoptar o tener en guarda a niños.

Ante esta Resolución, diversos países europeos han adaptado sus legislaciones a los estándares internacionales de derechos humanos. Entre las legislaciones que prohíben la discriminación por razón de sexo en Europa están Dinamarca, Eslovenia, España, Francia, Holanda, Noruega, Polonia y Suecia¹¹². Sin embargo, son escasas las legislaciones que han desarrollado esta proscripción en materia de relaciones parentales y, más específicamente, en familias conformadas por padres (biológicos y/o sociales) homosexuales.

En este contexto, la legislación holandesa es excepcional, en cuanto ha regulado las uniones civiles entre homosexuales, haciéndoles aplicables las reglas relativas a la responsabilidad parental.

Conforme a la traducción al inglés, el Derecho holandés establece que los menores de dieciocho años están sujetos a *authority*, la cual es ejercida usualmente de forma compartida por ambos progenitores. Esta es la denominada *parental responsibility*, es decir, responsabilidad parental o patria potestad conforme al Derecho español. Por otra parte, esta autoridad también puede ser ejercida conjuntamente por un padre y un no-padre (es decir, un tercero); es la llamada *joint responsibility*, esto es, responsabilidad conjunta, y otorga los mismos derechos y obligaciones al no-padre y al padre. Pues bien, antes de entrar en esta temática es conveniente tener en cuenta algunas denominaciones¹¹³. Además, si alguien, aparte del padre o los padres, ejerce la

¹¹² Cfr. WAGMAISTER, A., y BEKERMAN, J., “Niños criados por parejas homosexuales: caracterización socio-jurídica de ese contexto. Hacia una construcción de la relación coparento-filial para que el derecho adopte a los niños”, en *X Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Volumen IV, Mendoza, 1998, p.147. Los autores mencionan también, en el contexto mundial, a Canadá, Sudáfrica y Nueva Zelandia. Puede consultarse también, MERIN, Y., *Equality for same-sex couples. The legal recognition of gay partnerships in Europe and The United States*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 2002.

¹¹³ Para la descripción de la legislación holandesa hemos tomado como base la información proporcionada por el Ministerio de Justicia holandés: MINISTRY OF JUSTICE, Holland, *Responsibility, access and information*, august, 2000, 25 pp.; MINISTRY OF JUSTICE, Holland, *Marriage, registered partnership and cohabitation*, AVT02/JU66666, 21 pp.21 pp.; y el artículo de DOEK, J., “Separazione, divorzio, affidamento

autoridad sobre el menor estamos frente a la *guardianship* (tutela), la cual puede ser ejercitada conjuntamente por el tutor y su pareja a través de la *joint guardianship* (tutela conjunta) que involucra prácticamente los mismos derechos y obligaciones que otorga la responsabilidad conjunta.

La regla general, en este país, es que la responsabilidad parental es ejercida de forma compartida por los progenitores que están casados entre sí, respecto de los hijos nacidos durante su matrimonio. La nueva legislación holandesa introducida el 1 enero de 2002¹¹⁴ ha ampliado esta situación a otras hipótesis. Así, las parejas registradas -que es la institución permitida en Holanda para quienes no desean contraer matrimonio- ejercen de forma conjunta y automática la responsabilidad parental respecto de cualquier niño nacido después de la fecha del registro, siempre que el progenitor varón haya reconocido al hijo.

Asimismo, dos mujeres que conforman una unión civil homosexual o una pareja registrada tienen, automáticamente, la responsabilidad conjunta de cualquier niño nacido durante su matrimonio o sociedad registrada, siempre que no tenga legalmente ningún otro progenitor. Si uno de los integrantes de la pareja es un hombre, debe reconocer la paternidad para poder ser padre legal¹¹⁵.

La generalidad de los países que han regulado expresamente las uniones homosexuales, sea como uniones de hecho o como matrimonio- se encuentran en proceso de adaptar su legislación interna a esta nueva realidad. Sin embargo, la jurisprudencia ha cumplido con su labor interpretativa en casos como el de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en España –previo, incluso, al reconocimiento del matrimonio sexual por medio de la ley 13/2005 del año 2005-. Esta sentencia, fundándose en la igualdad de derechos de todas las personas y en la no discriminación de las opciones sexuales, atribuyó a la madre la guarda y custodia, dada la irrelevancia de que ésta fuese

dei minori: l'esperienza olandese", en Sesta Michele, *Separazione, divorzio, affidamento dei minori: quale Diritto per l'Europa?*, Milano, Giuffrè editore, 2000, pp.167-186.

¹¹⁴ Nos referimos a la Ley de 4 octubre 2001 que modificó el Libro I del Código Civil holandés en cuanto a la custodia conjunta automática en caso de nacimiento durante la sociedad registrada. Esta ley entró en vigor el 1 de enero de 2002.

¹¹⁵ En España, en cambio, al haberse reconocido directamente el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo (Ley 13/2005 de 1 de julio), el legislador no ha modificado la normativa referida a la filiación natural y a la patria potestad, limitándose a añadir al artículo 44 del C.C. el siguiente párrafo: "*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*", así como a establecer en la Disposición Adicional Primera de dicha Ley que "*las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes*". Sin embargo, la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 de 1 de julio, asumiendo las diferencias propias que se producirán en cuanto a la presunción de paternidad, establece que "*subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales*".

homosexual y conviviera con otra mujer, ya que es posible, se dijo, que el hijo encuentre en un hogar homosexual un entorno de educación y desarrollo personal adecuado¹¹⁶.

En Estados Unidos, desde la década de los ochenta, se han conocido y fallado, en sentidos opuestos, casos como el que nos ocupa.

En Doe v. Doe, de 1981, la Suprema Corte de Virginia rechazó una demanda promovida por la esposa del padre para adoptar a los hijos de éste. El Tribunal se negó a aceptar que la condición de lesbiana de la madre biológica la tornara inepta para ser madre. Por su parte, la suprema Corte Judicial de Massachusetts, en el caso Bezio v. Patenaude de 1980, revocó una sentencia de primera instancia que había privado del cuidado personal a la madre lesbiana en razón de esa condición. En este caso, la Corte dijo: “el Estado no puede privar a los padres/madres de la tenencia de sus hijos simplemente porque sus hogares no responden a los ideales aprobados por la comunidad ... o simplemente porque abrazan ideología o tienen estilos de vida que confrontan con los de la mayoría... La preferencia sexual *per se* es irrelevante para considerar a un padre/madre apto para proveer el necesario amor, cuidado y atención de un niño”¹¹⁷.

Por último, la Corte de Nueva Jersey ha señalado: *“Si [la madre lesbiana] retiene la tuición, es posible que, como la comunidad es intolerante frente a sus diferencias, **estas niñas algunas veces tengan que tener una fortaleza mayor que la corriente.** Pero esto no necesariamente significa que su bienestar moral o su seguridad estén amenazados. Es igualmente razonable esperar que ellas resulten mejor preparadas para buscar sus propios estándares de lo bueno y lo malo, más hábiles para percibir que la mayoría no siempre está en lo correcto en sus juicios morales, y más capacitadas para comprender la importancia de adecuar sus creencias a los requerimientos de la razón y el conocimiento empírico y no a las estrecheces propias de los sentimientos o prejuicios populares vigentes. Separar a las niñas [de su madre] sólo puede hacerse con el costo de sacrificar aquellas cualidades que ellas encontrarán más provechosas para los desafíos que necesariamente vendrán. En lugar de fortaleza y sentimientos de protección, va a producir en ellas un sentimiento de vergüenza hacia su madre. **En lugar de coraje y el mensaje de que las personas no se amilanan frente a los intolerantes, favorece la opción simple de evadir los problemas difíciles y escoger una salida fácil.** Por último, debilita el respeto que ellas puedan tener por la norma de conducta humana, en todas partes aceptada, de que no abandonar a aquellos con los que tenemos una deuda de amor y cuidado solamente porque ellos no son estimados por los demás. Concluimos que el interés superior de las niñas no estaría siendo respetado, erosionando de esta manera su desarrollo como adultas maduras y con principios”*¹¹⁸.

¹¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 14 de abril de 2004 (JUR 2004\152673).

¹¹⁷ Estos casos son citados por WAGMAISTER, A., y BEKERMAN J., “Niños...”, *op. cit.*, pp.170-171.

¹¹⁸ Citada por UNDURRAGA VALDÉS, V., “Interés...”, *op. cit.*, pp.331-332, se refiere a M.P. v S.P., 404 A.2d 1256, 1263 (N.J. Super. Ct.App.Div.1979). Énfasis añadidos en la cita.

A mayor abundamiento, la Doctrina estadounidense ha señalado, en casos como el que nos convoca, que para que la orientación o conducta sexual de una madre o de un padre se considere relevante a la hora de tomar decisiones sobre custodia, tiene que demostrarse una relación específica entre la orientación o conducta sexual de la madre o del padre y un daño concreto que esta cause a la criatura. Esta prueba de nexo estaría arraigada en veintisiete estados de Estados Unidos, por ejemplo. Para que esa prueba sirva al interés superior del niño, debiera incluir:

- El reconocimiento de cuáles áreas de la conducta de la madre o del padre serán las apropiadas a investigar
- Una definición clara de daño, con la demostración del daño concreto causado en lugar de conclusiones o especulaciones en general¹¹⁹
- Evidencia del daño y evidencia de que ese daño está relacionado con la conducta de la madre o del padre
- Garantías de procedimiento en cuanto a qué clase de evidencia será relevante para determinar el daño¹²⁰.

Ninguna de estas exigencias se cumplió en el caso sometido al conocimiento de la ltma. Corte. Durante el proceso no se presentó información alguna que demostrara que la orientación sexual de Karen Atala o la expresión de la misma en su proyecto de vida, constituía un riesgo para sus hijas. Bastó una prueba testimonial para determinar que las hijas habían mermado su actividad social, en cuanto ya no veían a sus amigas, sin que se haya especificado la causa de esa supuesta aislación. La Corte Suprema chilena falló sobre la base de riesgos potenciales y no de daños actuales. Es más, existía prueba que indicaba que las niñas quería seguir viviendo con su madre, que el ambiente familiar era adecuado para ellas, que la señora Atala velaba por sus intereses y que la convivencia con la pareja de su madre no estaba generando efectos adversos en las niñas.

¹¹⁹ En un caso similar al sometido a vuestra ltma. Corte, la Corte de Apelaciones de Florida, en Estados Unidos (*Jacoby v. Jacoby*, 763 So. 2d 410 (Fl. Ct. App., 2nd Dist. 2000)), se pronunció a favor de una madre lesbiana que había reclamado el cuidado de sus hijos, dejando sin efecto la decisión de primera instancia que se lo había denegado. Para ello señaló que “la conexión entre la conducta y el daño para las niñas debe tener un fundamento evidente, no puede suponerse”. El tribunal de primera instancia había considerado, especialmente, los ataques del padre contra la orientación sexual de su madre, y lo expresado por el psicólogo en cuanto a que “un fuerte estigma se adjunta a la homosexualidad y que mientras el ser criado en un ambiente homosexual no parece alterar las preferencias sexuales, sí repercute sobre la interacción social ya que, probablemente, los pares de las niñas y sus parientes tendrán palabras o pensamientos negativos acerca de esto”.

¹²⁰ Cfr. SHAPIRO J., “Custody and Conduct: How the Law Fails Lesbian and Gay Parents and Their Children”, *Indiana Law Journal*, 71:623, p.625.

5. Conclusiones

5.1. Valoración general de las reformas legales chilenas en materia de Derecho de Familia(s) a la luz del Caso Karen Atala Riffo y Otras vs. Chile

En primer lugar, debe señalarse que el ordenamiento jurídico chileno, frente al contexto mundial de transformación social y familiar generado en el siglo XX y una vez recuperada la democracia el año 1990, intentó ponerse a tono con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y el Derecho comparado, mediante reformas tan trascendentales como la Ley de Filiación, la Ley de Violencia Intrafamiliar, la Ley de Matrimonio Civil (que vino a reconocer el divorcio vincular recién en el año 2004) y la Ley que crea los Tribunales de Familia, entre otras.

Estos cuerpos legales han modificado radicalmente el Derecho de Familia(s) chileno que, basado tradicionalmente en la aplicación de criterios legales hermenéuticos, camina ahora hacia un sistema fundado en verdaderos principios generales -como el interés superior del niño, niña y adolescente, su derecho a ser oído y la protección del cónyuge económicamente débil- recogiendo, de esta forma, una tendencia ya generalizada y consolidada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en la gran mayoría de los países de la región, aunque muy tímidamente reconocida por parte de la doctrina nacional, que había tratado de reinterpretar, fundamentalmente a la luz de los Tratados Internacionales, ciertas normas de nuestra legislación civil.

En efecto, la realidad nacional e internacional nos demuestra que la sociedad y sus miembros se desenvuelven conforme a valores muy diversos a los de siglos pasados. La familia chilena actual no es la misma que regía al momento de la dictación del Código de Bello de 1855, ni a la de 1989 -cuando la Ley 18.802 derogó la potestad marital sobre la mujer casada- y ni aun a la de 1998 -cuando la Ley de Filiación declaró la igualdad de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, provocando una verdadera revolución en el modo de entender el Derecho de Familia nacional-. Si bien el Estado chileno se ha adaptado parcialmente a estos cambios, aún queda mucho camino por recorrer; en especial, el gran desafío pendiente es que la legislación y la jurisprudencia chilenas se desprendan de prejuicios que fueron, en el pasado, norma social y jurídica pero que, hoy en día, constituyen violaciones a los derechos fundamentales de las personas y un incumplimiento de los compromisos del Estado chileno frente a la comunidad internacional.

El aumento en las tasas de divorcio, el reconocimiento legislativo de las uniones homosexuales en algunos países y la existencia de los hogares homoparentales, han llevado a aseverar, tanto en Chile como en el extranjero, que el matrimonio y, en general, la familia, están en crisis, habiendo pasado ésta a constituirse en un tipo más de relación

social¹²¹. Sin embargo, los datos estadísticos globales demuestran que, en general en el mundo, las personas siguen prefiriendo vivir en familia y que, en realidad, esta afirmación catastrofista resulta válida dependiendo del modelo humano que se considere como familia. Así, por ejemplo, DAVISON¹²² señala que si nuestro concepto de familia se relaciona con un modelo nuclear tradicional, constituido a partir del matrimonio heterosexual, integrado por padres e hijos que conviven bajo el mismo techo, caracterizado por una división de roles de acuerdo al género de sus integrantes, claro está que ese concepto de familia ha perdido fuerza, dando paso a nuevos tipos de organización, como la familia ensamblada y la monoparental. Pero si más bien estamos frente a diversos “tipos de familia” y no a un solo modelo de ella, bien podríamos sostener que las familias de los siglos XX y XXI se han transformado y, por qué no, fortalecido, en tanto son más democráticas e inclusivas en el cumplimiento su función básica socializadora de los individuos. La familia, entonces, no puede ser definida unívocamente. Ya en 1990, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señalaba que el concepto de familia puede diferir de un Estado a otro e, incluso, entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme al concepto¹²³.

En este sentido, en el caso sometido a vuestra ltima. Corte, si bien el máximo tribunal chileno no fundó, expresamente, en la orientación sexual la privación del cuidado personal de sus hijas a Karen Atala, alejándolas del entorno en que habían desarrollado sus vidas, sancionó, indirectamente, un modelo de familia diverso del tradicional nuclear heterosexual, modelo, por cierto, cada vez menos hegemónico dentro de la sociedad chilena¹²⁴. Desde este punto de vista, la Corte Suprema chilena no se ajusta a la concepción de un Estado democrático de Derecho.

¹²¹ Vid. CORRAL, H., *Ley de divorcio: las razones de un no*, Colección de Estudios de Derecho actual Santiago de Chile, Editorial Universidad de Los Andes, 2001. En prensa, del mismo autor, puede verse “Cifras de divorcios” en cartas enviadas al director, diario La Tercera, de martes 8 de junio de 2010. Vid. BECK-GERSHEIM, E., *Was kommt nach der Familie?*, Monaco, Beck C. H. - German Language, 1998; Lewis, J., *The end of marriage? Individualism and intimate relations*, Cheltenham, Edward Elgar, 2001; NAVARRO VALLS, E., “Matrimonio y Derecho”, en AA.VV., *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2008.

¹²² La familia nuclear, nacida con la Revolución Industrial, habría comenzado a transformarse en Inglaterra y Estados Unidos a mediados de los años sesenta y principios de los setenta. Cfr. DAVISON, D., *Separación y Divorcio*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2006, pp.21-23.

¹²³ General Comment No. 19: *Protection of the family, the right to marriage and equality of the spouses* (Art. 23): 27/07/1990. CCPR General Comment No. 19, Protection of the family, the right to marriage and equality of the spouses, (Article 23), (Thirty-ninth session, 1990), disponible en[<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/6f97648603f69bcd12563ed004c3881?Opendocument>] [consultado el 28 de marzo de 2011].

¹²⁴ Sobre el desplazamiento de este modelo tradicional de familia y su reemplazo por otras formas de organización familiar, Vid. VALDÉS, X., “Familias en Chile: rasgos históricos y significados actuales de los cambios”, en CEPAL *Cambio de las familias en el marco de las transformaciones globales: necesidad de*

Por otra parte, cabe señalar que la vertiginosidad de las reformas legales mencionadas ha dificultado un estudio dogmático adecuado en las materias modificadas y que la falta de especialización y adecuada difusión y socialización de los procesos de reforma entre los operadores del Derecho ha producido escasa preparación de los mismos. Esta situación, pese a la introducción de un nuevo sistema de justicia de familia, ha provocado que nuestra jurisprudencia –especialmente la de los tribunales superiores de justicia- continúe anclada a criterios legales tradicionales, incapaces de (re)interpretar la normativa vigente conforme a los nuevos principios y/o a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Si a esto sumamos la escasez de recursos materiales e interdisciplinarios y los serios problemas que se produjeron en la implementación de la nueva judicatura, tenemos, como consecuencia, un acceso poco igualitario y digno a la justicia.

En el caso objeto de este peritaje, y conforme a lo analizado en las páginas precedentes, puede concluirse que la legislación chilena sobre atribución del cuidado personal de los hijos adolece de serias imprecisiones y no ha logrado adecuarse a los Tratados Internacionales vigentes en Chile en la materia.

En efecto, la normativa que se ha descrito y examinado en este informe, vulnera los principios de igualdad, no discriminación y protección del interés superior de los hijos, generando interpretaciones judiciales arbitrarias, erróneas e injustas, como la plasmada en la sentencia que ha conculcado los derechos fundamentales de Karen Atala y sus hijas. Concretamente, en el caso sometido al conocimiento de vuestra Ilustre Corte, el interés superior de las hijas de Karen Atala ha sido invocado formalmente como un criterio de atribución judicial, sin que se haya efectuado un examen ponderado de qué era lo efectivamente más conveniente para ellas. Es más, el antecedente de que la preferencia legal materna en la asignación del cuidado personal sea un criterio tan potente en el texto de la norma (es la primera alternativa de atribución en el artículo 225 C.C.) como al momento de fallar (los jueces escasamente lo entregan a los padres varones), es un elemento a considerar al momento de analizar la decisión de la Corte Suprema chilena que privó a Karen Atala del cuidado personal de sus hijas. En efecto, en este caso, esta regla de atribución legal preferente perdió ese valor y convicción judicial tan asentados en la jurisprudencia chilena, porque, precisamente, la verdadera razón que subyace en los considerandos de la sentencia de la Corte Suprema es la sospecha del daño que causaría a las hijas crecer en un hogar homoparental; ese temor solo podía fundarse en una

políticas públicas eficaces, Serie Seminarios y conferencias, núm. 42, 2004, pp.346 y ss. El aumento de la monoparentalidad en las familias nucleares y extendidas, por una parte, y el abandono del modelo tradicional de familia basado en la existencia de un padre proveedor, madre dueña de casa e hijos -que sólo se encontraba en el 36% de las familias de la región- por otra, son fenómenos generalizados en América Latina. En este sentido, BÁRCENA, A., “Sesión inaugural”, en CEPAL, *Cambio de las familias en el marco de las transformaciones globales: necesidad de políticas públicas eficaces*, Serie Seminarios y conferencias, núm. 42, 2004, p.12.

remisión formal a la satisfacción del interés superior del niño¹²⁵ y no en un análisis jurídico y razonado de los antecedentes probatorios hechos valer en el juicio.

En suma, en este caso se ve reflejado el incumplimiento del Estado chileno frente a sus obligaciones internacionales. En primer término, en cuanto evidencia la escasa adecuación real de su Derecho interno al Derecho Internacional y la ausencia de medidas positivas que garanticen derechos fundamentales como los que aquí se encuentran involucrados y, en segundo término, en cuanto su órgano jurisdiccional no aplica las directrices superiores en materia de Derecho de la Infancia y de la Adolescencia. En efecto, no solo el legislador chileno está llamado a adecuar su normativa nacional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las tres funciones del Estado - legislativa, ejecutiva y judicial- están obligadas a impulsar las medidas necesarias para hacer realidad los principios y disposiciones contenidos en Tratados Internacionales vigentes en Chile. Así, en cuanto al principio del *favor filii*, el artículo 2 de la CDN obliga a los Estados a adoptar “**todas las medidas apropiadas** para garantizar que el niño se vea protegido contra **toda forma de discriminación** o castigo por causa de la **condición**, de las actividades, las opiniones expresadas o las creencias **de sus padres**, o sus tutores o de sus familiares”¹²⁶ y vuestra Ilma. Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “a este criterio han de ceñirse **las acciones del Estado y de la sociedad** en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos”¹²⁷.

En este orden de ideas se presentan las siguientes conclusiones.

5.2. En cuanto al ordenamiento jurídico chileno sobre cuidado personal y la interpretación judicial de sus normas, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

- a) El ordenamiento jurídico nacional vulnera los principios de igualdad, no discriminación, corresponsabilidad parental, interés superior del hijo y el derecho de éste a seguir manteniendo relaciones directas y regulares con ambos padres en caso de separación, principios y derechos consagrados en los Tratados Internacionales suscritos por Chile y que son Derecho vigente en su República.

¹²⁵ Al respecto, el profesor Rodrigo Barcia señala “sin embargo, al analizar la jurisprudencia, hasta mediados del 2010, se podía concluir que los jueces no aceptaban el interés superior como criterio de asignación del cuidado personal, ya que muy pocas sentencias se basaban sólo en dicho parámetro como asignador del cuidado personal, salvo el caso Atala (...). De este modo hasta hace poco existía una nutrida jurisprudencia que sólo alteraba la preferencia materna en los casos de inhabilidad física o moral de la madre”. BARCIA LEHMANN, R., *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2011, en prensa.

¹²⁶ Énfasis añadido.

¹²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A n° 17, par. 59, p.62. Énfasis añadido.

- i. La legislación chilena vulnera la garantía de igualdad garantizada en la Constitución Política de la República de Chile y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos vigentes en Chile. Contraviene la igualdad formal en perjuicio del hombre y de la mujer, en cuanto los descarta *a priori* como titulares del cuidado personal y de la patria potestad, respectivamente, al establecer reglas supletorias de atribución. Vulnera la igualdad material pues, al establecer estas asignaciones sobre la base única del sexo de los padres, consolida prejuicios sociales basados en estereotipos de género.
 - ii. La legislación chilena en materia de cuidado personal de los hijos intensifica la disociación parental en situaciones de crisis de la pareja o de los cónyuges. En primer lugar, distingue, aisladamente en el contexto comparado mundial y en contravención al Derecho Internacional, entre patria potestad y cuidado personal, sin prever una figura unitaria que reúna todas las facetas de las responsabilidades parentales. En segundo lugar, realiza atribuciones supletorias en materia de cuidado personal y patria potestad -tanto en situación de normalidad como de crisis matrimonial o de pareja- fundadas en el sexo de los progenitores y no en el interés superior de los hijos.
- b) La deficiencia de la legislación chilena ha dado lugar a una serie de conflictos de interpretación que la jurisprudencia nacional no ha logrado dilucidar, generando una importante inseguridad jurídica.
 - i. La ley no es clara en cuanto a si se ha mantenido la preferencia materna como regla de atribución judicial, ya que el artículo 225 inciso tercero C.C. no señala con exactitud si el criterio que debe aplicar el juez es el interés superior del hijo o la preferencia materna del inciso primero del mismo artículo. Esta cuestión resulta de vital importancia para definir si la ley entiende procedente el criterio de inhabilidad de la madre como única causa que permita al juez entregar el cuidado personal al padre.
 - ii. Asimismo, no está claro si el artículo 226 C.C., que señala que, en caso de inhabilidad física o moral de los padres puede confiarse el cuidado personal a la persona(s) que estime competente(s), se aplica o no cuando hay conflicto entre padres, es decir, si al momento de decidir qué padre detenta el cuidado personal, deben o no tenerse en cuenta las inhabilidades del artículo 42 de la Ley de Menores o acreditarse maltrato, descuido u otra causa calificada (de acuerdo al artículo 225 inciso tercero C.C.).
 - iii. La legislación chilena ordena efectuar un examen de “indispensabilidad” que amerite alterar la regla de atribución preferente materna o el acuerdo de los padres en materia de cuidado personal de sus hijos. En la mayoría de los

pronunciamientos judiciales se desecha esta posibilidad, otorgando a la madre el cuidado personal (señalando que no se logró acreditar el maltrato, descuido u otra causa calificada, o las inhabilidades del artículo 42 de la Ley de Menores). En el caso sometido al conocimiento de vuestra Ilma. Corte, sin embargo, se morigeró la aplicación de la indispensabilidad, observándose un “doble estándar” en la ponderación de los hechos y aplicación del Derecho vigente, que viene a evidenciar la interpretación antojadiza que los tribunales nacionales pueden llegar a efectuar al alero de la abstracción del “interés superior”.

5.3. En cuanto al Derecho comparado en materia de cuidado personal, su adecuación al Derecho Internacional y la orientación sexual como criterio de asignación de dicha función:

- a) En atención al principio de igualdad parental y corresponsabilidad parental, las legislaciones del mundo han abandonado criterios de atribución preferentes en la asignación del cuidado personal de los hijos (en donde escasamente estos criterios subsisten se discute abiertamente su constitucionalidad), para fundarse en la consideración primordial del interés superior de los hijos. Así, se han recogido figuras jurídicas parentales inclusivas, como la custodia compartida (con o sin alternancia de domicilios), o bien, las legislaciones y los tribunales se encaminan hacia modelos de organización del cuidado personal similares consagrando, fuertemente, la corresponsabilidad y coparentalidad.
- b) La tendencia en el Derecho comparado es precisar qué se entiende por interés superior de los hijos en materia de cuidado personal, sea porque se establece un catálogo de criterios legales a los que el juez puede y/o debe atender o de circunstancias que el juez debe ponderar, o bien, porque la jurisprudencia ha construido doctrina jurídica más o menos uniforme en la materia, aplicando los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.
- c) Por último, si bien no se enuncia explícitamente como categoría sospechosa la orientación sexual al proscribir la discriminación, la tendencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho regional es rechazar la discriminación por razón de orientación sexual en todos los ámbitos del desarrollo humano, entendiéndola en la frase “cualquier otra condición” que utiliza la normativa internacional. En razón de ello, jurisprudencia nacional de diversos países ha rechazado la orientación sexual de los progenitores como criterio de asignación del cuidado personal y la doctrina jurídica, por su parte, ha ensayado requisitos estrictos para fundar en ella una decisión sobre el cuidado personal de los hijos.

Es cuanto puedo informar a la ltma. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Respetuosamente,

Prof. Dra. Fabiola Lathrop Gómez