



Informe Ley de Corresponsabilidad¹ (Ley N° 20.680)

El siguiente informe ha sido elaborado por la Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia, en el contexto de su permanente compromiso por dar cumplimiento al mandato establecido en la Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia, consistente en administrar el Sistema Nacional de Mediación.

Lo anterior, incluye la tarea de adoptar medidas conducentes a mejorar la calidad del servicio de mediación familiar, dentro de las cuales se encuentra la elaboración de informes técnicos que den a conocer la postura de la Unidad de Mediación ante cambios en la normativa legal que influya en la labor de los mediadores/as familiares contratados.

De esta manera, la reciente publicación de la Ley N° 20.680, que introduce modificaciones principalmente al Código Civil, en lo relativo al Cuidado Personal (en adelante también *CP*), la Relación Directa y Regular (en adelante también *RDyR*) y la Patria Potestad, han motivado la elaboración del presente informe.

Cabe señalar que la iniciativa que se analiza en el presente documento tiene como principal fundamento “*consagrar, en el caso de separación de los padres, el principio de la corresponsabilidad parental en el cuidado de un niño o adolescente, distribuyendo entre ambos progenitores, en forma equitativa, los derechos y deberes que tienen respecto de los hijos, considerando en todo (momento) el interés superior del niño*”². La modificación legal se vio motivada, en su origen, por lo establecido en diversos Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile, lo que implicó la inevitable adaptación de la legislación interna a estándares determinados en dichos tratados y que ya se encontraban incorporados en los ordenamientos legales de otros países.

I. Normativa relacionada

- a. Código Civil (Art. 222 y siguientes)
- b. Ley N° 19.968/2004, que Crea los Tribunales de Familia
- c. Decreto con fuerza de ley N° 1, de 30 de mayo de 2000, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de distintos cuerpos legales, entre ellos, la ley N° 16.618, de Menores
- d. Convención de Derechos del Niño³
- e. Otros Tratados Internacionales⁴

¹ Se ha establecido esta denominación, ya que la *corresponsabilidad* es el principio que irradia y dota de contenido a la iniciativa en su generalidad, incluyendo al propio Cuidado Personal Compartido que representa una manifestación concreta y más bien operativa de cómo se implementa dicho principio, como se explicará más adelante en este informe, con mayor detalle.

² Informe Comisión Constitución. Historia de la Ley N° 20.680. Pág. 152. www.bcn.cl

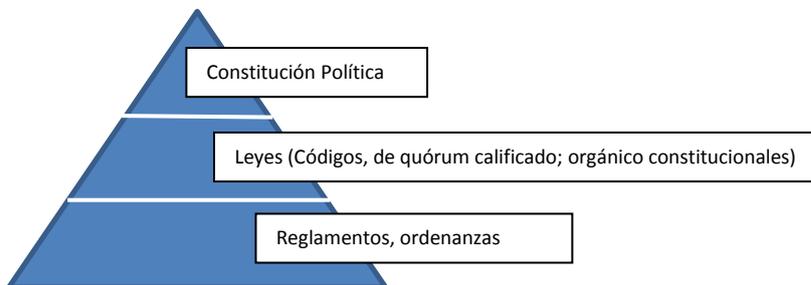
³ Suscrita por Chile el 26-01-1990 (promulgada mediante Decreto Supremo N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el DO 27-09-1990).



II. Fundamento de la modificación legal

Antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.680, nuestra legislación era una de las pocas existentes en el mundo occidental que mantenía vigente una atribución preferente en el contexto de los derechos y deberes parentales, sin adaptar su ordenamiento legal interno a lo establecido en normas internacionales. De esta manera, si bien el establecimiento de un nuevo régimen de filiación (Ley N° 19.585) y de un nuevo sistema judicial de familia (Ley N° 19.968) no integraron una reforma específica en el ámbito tratado por la Ley N° 20.680, el relativamente poco tiempo transcurrido desde sus entradas en vigencia, deja entrever que el ajuste era necesario a la luz de un sistema derecho de familia que requiere ir ajustando sus normas periódicamente.

De esta manera, uno de los fundamentos principales de la Ley N° 20.680 es que la mencionada opción legal preferente por la mujer para atribuir el CP en caso de separación representaba una eventual *inconstitucionalidad*⁴. Dicha condición, a su vez, estaría dada básicamente porque la norma legal contenida en el Código Civil, el antiguo art. 225 inciso 1°, no guardaría concordancia con lo establecido en la Constitución Política de Chile, que es la norma fundamental y a la que todo el ordenamiento legal nacional debe guardar coherencia. En este sentido resulta interesante mostrar el siguiente diagrama, que tradicionalmente se usa para graficar este orden jerárquico de las normas internas de cada país, en que la primaria es la Constitución y hacia abajo, el resto de los diferentes tipos de normas, deben ir guardando coherencia con la de más arriba, sucesivamente:



Ahora bien, la inconstitucionalidad mencionada estaría representada por dos condiciones simultáneas:

- a. La atribución preferente del CP a la madre, en caso que los padres vivan separados, infringía diversos Tratados Internacionales ya que no se ajustaba a los principios de corresponsabilidad y de interés superior del niño, como se explicará más adelante con mayor detalle. Estos Tratados Internacionales forman parte de nuestro ordenamiento legal, de conformidad a lo establecido

⁴ Convención Americana de Derechos Humanos; Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer ("Convención de Belem do para").

⁵ Lathrop, Fabiola. *(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*, Año 16, N° 2, 2010. ISSN 0717-2877. Pág. 163-167.

También se desarrollan argumentos de este tipo en la Historia de la Ley N° 20.680. Pág. 278 (www.bcn.cl)



en el art. 5° inciso 2° de la propia Constitución, y porque el Estado chileno los ha suscrito y ratificado.

Así las cosas, se estarían infringiendo, entre otros, los siguientes Tratados Internacionales:

- a. Convención Americana de Derechos Humanos (art. 1°, 2°, 17 N° 4 y 24⁶).
 - b. Convención de los Derechos del niño (art. 3, 9, 18).
 - c. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 16).
 - d. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (art. 5, 6 y 8).
- b. Por otra parte, la atribución preferente del CP infringía la garantía constitucional de igualdad ante la ley (art. 19 N° 2 de la Constitución), ya que establecía una preferencia injustificada en el ejercicio de un derecho de una determinada persona en desmedro de otra. De esta manera, la ley (art. 225) no estaría en concordancia con la Carta Fundamental.

En este contexto, y complementando lo señalado, estimamos que resulta de utilidad describir determinadas situaciones que se evidenciaban en la práctica del sistema de mediación familiar, las cuales son consecuencia de la aplicación del antiguo art. 225 del Código Civil.

En primer lugar, algunos autores y tribunales han sostenido que se trataba de una regla que permitía evitar juicios innecesarios ya que, en el evento que los padres vivieran separados y mientras no hubiese un acuerdo expreso en contrario (cediendo el CP al padre, por ejemplo), otorgaba certeza jurídica atribuyendo el CP a la madre, quien además podía requerir judicialmente la entrega inmediata de los hijos en caso que estuviesen en manos del padre. De esta manera, no era necesario modificar la norma toda vez que solamente tenía un rol secundario y eventual, sumado a que la gran mayoría de las familias en que los padres vivían separados, la madre era quien convivía con los hijos. Sin perjuicio de lo anterior, esta interpretación no ha estado exenta de críticas⁷.

Conforme a la situación descrita en el párrafo anterior, en definitiva, la mujer contaba con una mejor posición inicial de negociación en aquellas causas sobre CP, sea que se ventilaran en mediación o en un juicio de familia. La certeza jurídica descrita, de saber que la ley le reconocía dicho derecho, concedía a la madre una suerte de

⁶ Consagra en su artículo 17 la obligación de los Estados Partes de 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 su disolución.

⁷ Cabe señalar que esta era la interpretación compartida por la Corte Suprema, quien ha justificado la denegación del CP al padre recurriendo al argumento de la existencia de una especie de *regla de orden natural* según la cual la madre era quien debía ejercer preferentemente el CP.

En este sentido, resulta pertinente complementar lo señalado con la siguiente intervención, durante el debate legislativo, de Fabiola Lathrop, abogada y profesora especialista en Cuidado Personal: “Sostuvo (...) que la distinción que se hace es desproporcionada porque podría alcanzarse la finalidad de desjudicializar con una norma que sacrifique garantías constitucionales involucradas, como lo son la igualdad material y la igualdad formal. Observó que la igualdad formal se ve afectada porque esta es una norma que discrimina arbitrariamente al hombre. Desde el punto de vista de la igualdad material, el precepto consolida roles en nuestra sociedad que son estereotipados”. (Historia de la Ley N° 20.680. Pág. 468 www.bcn.cl)



MAAN⁸ que podía ejercer en cualquier momento en casos, como por ejemplo, donde el padre estuviese viviendo con los hijos separado de la madre, y decidiese demandarla de alimentos. En este evento, podía demandarlo reconconvencionalmente por CP (para que le reconozcan la atribución legal preferente) en base a una expectativa bastante auspiciosa atendida la jurisprudencia reiterada de los tribunales en este contexto. La otra posibilidad era que el padre acreditase alguna causal calificada o una inhabilidad física o moral de la madre, para desvirtuar su pretensión, cuestión que obviamente era prácticamente imposible de lograr.

III. Principales objetivos del proyecto de ley⁹

- a) Reforzar el foco del cuidado personal en el interés superior del niño y no en los derechos del padre y la madre.
- b) Incentivar la corresponsabilidad de padres y madres en el cuidado de los hijos, favoreciendo una participación activa de su parte, a pesar de la separación.
- c) Incentivar el logro de acuerdos entre los padres, permitiendo, de este modo, el mejor cuidado de los niños.
- d) Evitar que se judicialice el tema del cuidado de los hijos y el trauma que los juicios significan para los niños, priorizando instancias de acuerdo en desmedro de la judicialización de estos conflictos.
- e) Entregar mayores facultades al juez para cambiar al titular del cuidado personal, teniendo en consideración que el único factor relevante a observar en esta materia es el interés superior del niño.

Respecto del principio de corresponsabilidad de la letra b), en primer lugar, cabe señalar que ha sido definido como “*el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos*”¹⁰. Además, se encuentra expresamente reconocido por la Convención de Derechos del Niño, en su artículo 18, donde establece:

“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 (...).”

De esta manera, y en base a la información expuesta, la Ley N° 20.680 terminó por instaurarlo expresamente con la doble finalidad tanto de adaptar nuestro orden legal interno a principios de derecho internacional como también de priorizar un sistema igualitario de ejercicio de los derechos parentales, incluyendo aquellos casos en que ha habido separación de los padres. Así, se deroga la opción por uno esencialmente estereotipado, que cerraba la posibilidad para que los hijos pudiesen recibir los cuidados de ambos padres por igual, cuando vivían separados.

La corresponsabilidad trae consigo diversos beneficios, especialmente en relación al interés superior de los hijos, por cuanto promueve un sistema de parentalidad en que ambos padres concurren en igualdad de condiciones a la toma de decisiones referidas al bienestar, educación y crianza de los hijos; permite estar en concordancia y armonía

⁸ Mejor Alternativa al Acuerdo Negociado.

⁹ Historia de la Ley N° 20.680. Pág. 267 www.bcn.cl

¹⁰ Lathrop, Fabiola. *Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos*. Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri. N° 10, junio 2008. Pág 22.



con las normas internacionales ya comentadas y con nuestra propia Constitución Política; contribuye a que los padres tengan una mejor disposición a coordinarse y entablar un diálogo permanente que entregue contenido y luego operacionalice un régimen de cuidado personal que sea funcional a este principio general; otorga condiciones para un mejor desarrollo de los niños, ya que cuentan con afectos y roles parentales más presentes una vez que uno de los padres se ha retirado del hogar; otorga mejores condiciones para los hijos, en el contexto de la separación de los padres, evento de por sí complejo y de efectos normalmente negativos para su desarrollo; entre otros.

En definitiva, la determinación del régimen de CP -unilateral o conjunto- no obsta a que por el principio de corresponsabilidad igualmente ambos padres sigan involucrados en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes relativos a la parentalidad que les reconoce la ley.

IV. Principales modificaciones legales realizadas

A continuación, se exponen las principales modificaciones introducidas por la ley de corresponsabilidad, y que resultan pertinentes en el contexto de la mediación familiar.

a) Interés superior del niño/a

El cambio realizado en el art. 222, consistente en invertir el orden de los dos incisos, tuvo por finalidad relevar la importancia del interés superior del niño como principio rector de las normas contenidas en el Título IX del Libro Primero del CC (“De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”). De esta manera, el legislador reorientó las relaciones paterno filiales, ya no a partir de los derechos de los padres (respeto y obediencia hacia ellos), sino que priorizando la realización espiritual y material de los hijos (interés superior del niño).

b) Principio de corresponsabilidad y cuidado personal compartido

Otra novedad relevante de la Ley N° 20.680 consiste en que el nuevo art. 224 inciso 1° establece el principio de corresponsabilidad como principio general del ejercicio, conjunto o separado, del Cuidado Personal de los hijos. De esta manera, ambos padres deberán participar de manera activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos comunes.

Ahora bien, cabe indicar que el contenido específico de las palabras “*activa, equitativa y permanente*” deberá ser determinado por la práctica en el futuro, por lo que los mediadores/a familiares deberán atender, en primer término, a lo que padres determinen y, en segundo término, a los diferentes criterios que puedan establecer los tribunales en cada región del país.

Antes de la modificación del art. 225, que se cambió completo por una redacción nueva, este artículo establecía la denominada *atribución legal preferente* en favor de la mujer, en aquellos casos en que los padres vivían separados (estén casados o no previamente). La excepción a esta regla consistía en una resolución judicial fundada (en el interés superior del niño por existencia de maltrato, descuido u otra causa



calificada¹¹, art. 225 inc. 3º, o en una inhabilidad física o moral de la madre, art. 226), o bien, en un acuerdo expreso y formalizado, que respetase determinados requisitos legales. De esta manera, podríamos resumir la regulación previa de la siguiente manera:

Regla general: padres viven juntos (Art. 224)	CP corresponde a ambos
Excepciones: padres viven separados (Art. 225)	1º Atribución legal unilateral y preferente a favor de la madre ¹²
	2º Atribución convencional unilateral
	3º Atribución judicial unilateral

En relación a lo anterior, el antiguo artículo 225 señalaba, además, que el padre o madre que no tenía el CP y que no había contribuido a su mantención mientras estuvo al cuidado del otro, pudiendo hacerlo, no se le podría otorgar judicialmente (art. 225 inciso 3º, segunda parte). Lo anterior fue eliminado, siendo esto consistente con el espíritu de la nueva ley en el sentido de atender especial y primordialmente al interés superior del niño más que a la situación de cada padre, lo que implica revisar caso a caso.

Como parte del análisis propuesto, revisar muy sucintamente la historia de la ley permite comprender el motivo del establecimiento de la preferencia por la mujer en esta materia. En efecto, dicha figura fue creada a mediados del siglo XIX¹³ y se sustentaba básicamente a partir de un concepto tradicional de familia, donde el hombre es *proveedor* y la mujer *dueña de casa*, lo que incluye la tarea de crianza y educación de los hijos. De esta manera, el legislador habría dotado de valor la atribución subsidiaria al pretender optar por lo que sería la opción más probable de las

¹¹ La jurisprudencia ha dotado de contenido a esta frase con lo señalado en el art. 42 de la Ley de Menores (Nº 16.618), que señala: “se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

- 1) Cuando estuviesen incapacitados mentalmente;
- 2) Cuando padecieren de alcoholismo crónico;
- 3) Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;
- 4) 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) Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;
- 6) Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;
- 7) Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material”.

¹² A su vez, esta regulación dio lugar a la creación de una institución de facto denominada *entrega inmediata*, la cual fue creada por los Tribunales ante solicitudes de madres que requerían judicialmente el reconocimiento del CP para que les “devuelvan” a sus hijos, acreditando que no vivían junto al padre.

¹³ Para mayor detalle sobre la evolución de la regulación, ver páginas 366 y 367 de la Historia de la Ley Nº 20.680 (www.bcn.cl)



familias en estos casos de separación, en desmedro del interés superior del niño propiamente tal, que es un concepto más reciente¹⁴.

Ahora bien, la nueva redacción del art. 225 modifica el orden de las alternativas para regular el CP, en caso que los padres estén separados, como se presenta a continuación:

Regla general: padres viven juntos (art. 224)	CP corresponde a ambos
Excepciones: padres viven separados (art. 225)	1° Atribución convencional: unilateral o compartida
	2° Atribución legal: quien convive con hijos
	3° Atribución judicial: unilateral solamente

a) Atribución convencional

Su ubicación en el artículo 225 nos recuerda la preferencia del legislador por privilegiar los acuerdos en desmedro de la judicialización de este tipo de conflictos. Dichas convenciones incluyen la posibilidad de un CP compartido¹⁵, estableciéndose en el inciso 2° lo que se entiende por él y asociándolo directamente al mencionado principio de corresponsabilidad.

En estos casos, el legislador estableció que junto a la determinación del CP compartido, los padres necesariamente deberán incluir la regulación de un régimen relacional que otorgue contenido al derecho-deber de mantener una relación directa y regular. Esto deberá ser explicado a las partes en las mediaciones que versen sobre estas materias, para que tengan en cuenta el marco legal vigente y así evitar dilaciones innecesarias en la tramitación judicial del acuerdo, en caso que el juez rechace la presentación por estar incompleta.

El CP compartido solamente puede ser determinado convencionalmente por medio de la formalización de la voluntad de los padres, por alguno de los siguientes medios:

¹⁴ “Lo que ocurre es que, utilizando una regla supletoria o dispositiva, el legislador presume que la madre es la más idónea para el cuidado de los hijos porque tiene aptitudes conaturales para ello, cuestión que, como hemos dicho, también asume el juez al decidir sobre el cuidado personal de los hijos. Recordemos que, mediante las normas supletorias, el legislador reproduce la voluntad presunta de las partes, reglamentando la relación jurídica como probablemente lo habrían hecho ellas mismas si hubieran manifestado su voluntad, o bien, considerando principalmente las tradiciones, las costumbres, los hábitos, o el interés general. En este caso, el legislador estaría reproduciendo la tendencia observada en los hechos, que demostraría que, en la gran mayoría de los casos, los hijos permanecen junto a su madre luego de la crisis matrimonial o de pareja”. Lathrop, Fabiola. (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*, Año 16, N° 2, 2010. ISSN 0717-2877.161-162.

¹⁵ Un cuadro comparativo de las posturas a favor y en contra del CP compartido en la página 368 de la Historia de la Ley N° 20.680 www.bcn.cl



- a) Acuerdo de mediación, aprobado judicialmente (art. 106 Ley N° 19.968);
- b) Declaración ante un Oficial del Registro Civil (art. 225 inciso 1°);
- c) Escritura pública (art. 225 inciso 1°).

En relación a las letras a), b) y c) anteriores, el mismo artículo señala que el acuerdo *“deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento”*. Y más adelante, complementa lo anterior estableciendo que *“mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros”*.

Es importante destacar que un juez de familia no podrá determinar un CP compartido, ya que la propia normativa no contempla esta posibilidad. En efecto, de acuerdo a lo señalado en el art. 225 inciso 6°, el juez solamente podrá modificar un CP unilateral otorgándolo al otro padre o madre, exclusivamente, o bien, uno compartido en el mismo sentido.

En el caso específico de las actas de mediación familiar, más adelante se desarrollan los argumentos que, en opinión de la Unidad de Mediación, permiten afirmar que se puede homologar válidamente acuerdos de CP compartido mediante actas de mediación, aprobadas judicialmente, a pesar de no haber sido mencionadas expresamente por el nuevo art. 225.

Ahora bien, el CP compartido, como institución de parentalidad, otorga a las partes la posibilidad de definir autónomamente un sistema de residencia, comunicación y toma de decisiones con libertad, teniendo siempre en cuenta y primordialmente los principios de corresponsabilidad y de interés superior de los hijos.

La determinación de este régimen de CP incluirá, como lo quiso enfatizar el legislador, la reglamentación del sistema de residencia de los hijos, cuestión que deberá atender a asegurar una adecuada estabilidad y continuidad. Este sistema hace alusión tanto al lugar geográfico donde pernoctarán los hijos, así como también a la rotación o cambio periódico que pudiese establecerse, siempre en base al interés superior del niño y las mejores condiciones atendida su condición particular¹⁶⁻¹⁷.

En caso que las partes determinen un CP unilateral, el padre o madre que no quede como titular de este derecho, no podrá desentenderse de sus obligaciones parentales, las cuales subsistirán por dos motivos, esencialmente: el primero, por los principios de

¹⁶ En este contexto, resulta interesante mencionar que en otros países se ha establecido legalmente la figura del “progenitor residente principal”, que consiste básicamente en un régimen de relación directa y regular amplísimo, en que los hijos conviven la mayor parte del tiempo con esta persona, sin perjuicio de lo cual se establecen tiempos y lugares para el encuentro con el otro padre o madre con quien no conviven.

¹⁷ Otra alternativa para determinar el CP compartido, es vía conciliación realizada durante una audiencia judicial, a instancias de un juez de familia. En este sentido, es relevante destacar que, si bien la ley no otorgó la posibilidad que un juez regule directamente un sistema de CP compartido, la intervención del juez conciliador podría dar lugar a que influya el contenido de manera más directa.



corresponsabilidad y de interés superior del niño, ya mencionados. El segundo, por lo establecido en el art. 43 de la Ley de Menores, según el cual *“La pérdida o suspensión de la tuición [Cuidado Personal] de los menores no importa liberar a los padres o guardadores de las obligaciones que les corresponden de acudir a su educación y sustento”*.

b) Atribución legal

El inciso tercero de este nuevo artículo 225 regula la posibilidad que no exista acuerdo, escenario en que la ley establece que el CP de los hijos quedará a cargo del padre o madre con quien *conviven*, sin establecer preferencia explícita por ninguno de los dos, como lo hacía el antiguo art. 225. En caso que las partes hayan asistido a mediación, una vez que cuenten con el respectivo certificado de mediación frustrada, podrán concurrir a un tribunal de familia a iniciar una demanda.

En cuanto a la determinación y prueba de la *convivencia*, es una materia que deberá ir ajustándose en la práctica en base a los criterios de los tribunales, ya que la ley no se refirió con mayor detalle sobre este aspecto.

c) Atribución judicial

Finalmente, el inciso 6° del art. 225 abre la posibilidad para que, en cualquier momento el juez determine algo diferente, pero siempre teniendo presente: a) circunstancias especiales que pudiesen surgir; b) el interés superior de los hijos; c) la obligación de definir un régimen comunicacional de oficio; y d) la posibilidad que otorga el art. 226 de entregar el CP a un tercero.

Sobre este último punto, el otorgamiento del CP a terceros, el nuevo art. 226 establece el interés superior del niño junto a los criterios del art. 225-2 nuevo, como directrices para que el juez determine a un eventual destinatario en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres. El legislador no introdujo modificaciones en relación al otorgamiento del CP a terceros sin que medie esta causal, sino que, por ejemplo, por la sola voluntad de los padres, exteriorizada en un acta de mediación aprobada judicialmente. Esta hipótesis ha sido objeto de diferentes interpretaciones en la jurisprudencia, tanto a favor como en contra, sin embargo, en opinión de la Unidad de Mediación, el CP podría ser concedido a terceros voluntariamente por los padres, en un acta de mediación, aprobada judicialmente. En este sentido, hacemos referencia al **Informe sobre Cuidado Personal y mediación de la Unidad de Mediación**¹⁸.

Complementando las tres alternativas señaladas previamente para el otorgamiento del CP, en su determinación el legislador ha establecido un nuevo art. 225-2, que permite tener referencias concretas de los distintos aspectos que constituyen en la práctica el ejercicio legítimo de este derecho y que los jueces tendrán a la vista al momento de aprobar o rechazar actas de mediación en que se regule esta materia. Así, es relevante que los mediadores/as estudien el listado contenido en este nuevo artículo y definan estrategias para promover que las partes revisen dichos elementos.

¹⁸ Disponible en www.mediacionchile.cl



c) **Corresponsabilidad y Relación Directa y Regular**

Antes de la modificación legal, el art. 229 establecía que aquel padre o madre que no tenía el CP no sería privado de mantener una relación directa y regular con sus hijos, cuyo contenido sería el acordado con el otro padre o madre, o bien, el determinado por juez competente, en caso de desacuerdo. De esta manera, se regulaba más bien como una “visita” periódica y se orientaba a partir de la iniciativa del padre o madre para ejercer su derecho.

El nuevo contenido del artículo orienta este derecho-deber de relacionarse periódica y sistemáticamente con los hijos desde la perspectiva de la corresponsabilidad, anteponiendo el interés superior del niño a los vaivenes propios de las relaciones de pareja o del ejercicio del derecho del padre o madre. Así las cosas, el énfasis del ejercicio de este derecho-deber no está ya determinado principalmente por unas visitas a los hijos que se realicen periódicamente, en la medida que exista disposición del padre o madre que no vive con los hijos para llevarlas a cabo, sino que más bien por la relevancia de mantener un contacto que permita participar activamente de los ámbitos de información y de decisión conjunta, referidos a las necesidades de crianza y educación de los hijos. Como señala el nuevo inciso 2º, la relación directa y regular debe propender a que el padre o madre que no convive con los hijos “*mantenga un contacto periódico y estable*”.

Cabe mencionar que durante la tramitación legislativa, se debatió respecto de la incorporación de la palabra “personal” como adjetivo de la relación directa y regular. En este sentido, finalmente se decidió no incluirla y así dejar abierta la posibilidad de establecer formas de relación que no necesariamente contemplen un encuentro cara a cara con los hijos, por parte del padre o madre que no viva con ellos. Este elemento es interesante a la luz de los procesos de mediación y el contenido de los acuerdos, en el sentido de operacionalizar el régimen comunicacional que se establezca. Sin perjuicio de lo anterior, en todo momento se deberá atender primordialmente al interés superior de los hijos en la determinación de las formas de llevar a cabo la relación directa y regular.

En relación a la definición del régimen relacional, el legislador ha dado referencias concretas sobre elementos que tanto las partes de un acuerdo como los jueces deben tener a la vista. El nuevo art. 229 establece un catálogo abierto de consideraciones que son importantes de tener en cuenta en el contexto de los procesos de mediación ya que, si bien aplican más directamente a los jueces, al requerir aprobación judicial las actas, igualmente servirán como contexto. Entre las consideraciones señaladas, se encuentran las siguientes: el interés superior del niño; su derecho a ser oído; evolución de sus facultades y edad (autonomía progresiva); vinculación afectiva con el padre o madre con quien no vive, y sus parientes cercanos; régimen de cuidado personal definido (unipersonal o compartido); y, relevante por la amplitud que otorga para integrar otros elementos en el futuro en atención a cada caso y la jurisprudencia que vaya surgiendo, cualquier otro elemento relevante a la luz del interés superior del hijo.



Más adelante, en el inciso 6º, se hace una referencia implícita al denominado Síndrome de Alineación, Alineamiento o Alienación Parental (SAP). La norma señala que aquél que ejerza el CP *“no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca en favor del otro padre (...)”*. Cabe mencionar que, si bien el legislador no explicitó el nombre de esta patología en el texto de la norma, de la revisión de la historia de la ley se desprende que indirectamente se hace referencia a su contenido. Por tal motivo, cobra relevancia que los mediadores/as familiares se instruyan sobre el SAP, generando destrezas y habilidades para su tratamiento, así como también que distingan lo más claramente posible el límite entre mediación y terapia, caso en el cual deben optar por derivar un profesional especialista externo.

En el mismo sentido de la modificación realizada al art. 229, y al principio de interés superior del niño que se ha querido relevar, se incorporó un nuevo art. 229-2 que establece la Relación Directa y Regular de los hijos con los abuelos. Esto se condice con el contenido de las letras a, b y f del nuevo art. 225-2, sobre CP. De esta manera, a mediación familiar podrían ingresar solicitudes de régimen comunicacional de este tipo, las cuales deberán ser ingresadas normalmente.

d) Derecho a ser oído y autonomía progresiva

El derecho a ser oído de los niños, está reconocido en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el art. 16 de la Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia y, por último, en el antiguo artículo 227 y en los nuevos artículos 225-2 letra f) y 229 número 3 del Código Civil.

Este derecho consiste en que aquellos niños que estén *“en condiciones de formarse un juicio propio [tienen] el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”*¹⁹. De esta manera, y considerando que nuestra legislación ha relacionado expresamente este derecho tanto con el sistema judicial de familia como con la regulación legal del régimen de cuidado personal (art. 225-2 letra f) y con el derecho a mantener una relación directa y regular (art. 227 y 229 número 3), se estima que los mediadores debiesen contar con conocimientos actualizados en relación a la *autonomía progresiva*²⁰ de los hijos, pudiendo identificar las distintas etapas de desarrollo y de qué manera, atendido el caso concreto, pudiese ser recomendable invitarles a manifestar su opinión durante el proceso de mediación, respecto de temas tratados por los padres y que les afecten directamente.

Sin perjuicio de lo anterior, de la propia Ley N° 19.968 se pueden extraer orientaciones en esta materia que aporten a un mejor análisis. En primer término, el art. 16 inciso 3º establece una distinción de edad entre niño o niña (menos de 14 años) y adolescente (14 a 18 años). En segundo término, en su artículo 105 letra e) complementa lo anterior, señalando a propósito del principio de Interés superior del niño, lo siguiente: *“en el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en*

¹⁹ Convención sobre los Derechos del Niño (art. 12).

²⁰ La autonomía progresiva fue incorporada explícitamente por la Ley N° 20.680, al incluirla dentro de las condiciones que se deberán tener en consideración para la determinación del régimen comunicacional. En los números 4 y 5, se indica que tanto los padres como el juez, deberán tener en consideración la *“evolución de las facultades del hijo”* y *“la edad”*.



consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, pudiendo citarlos sólo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación”.

Teniendo en consideración lo señalado en los párrafos anteriores, la Unidad de Mediación estima que, en definitiva, una eventual invitación a menores de edad para ser entrevistados en el contexto de procesos de mediación familiar, es responsabilidad del mediador/a a cargo de cada caso, quien deberá ponderar los antecedentes.

e) Patria Potestad

La legislación chilena establece una dualidad para el ejercicio de la parentalidad. Por un lado está el CP, que corresponde básicamente a la crianza y educación personal de los hijos y, por otro, está la Patria Potestad, que corresponde al derecho de los padres respecto de los bienes que puedan tener los hijos menores de edad²¹.

Para revisar la regulación legal de la Patria Potestad, debemos hacer una distinción preliminar: determinar si los padres viven juntos o separados. A continuación, se presenta esta distinción, junto a sus efectos jurídicos en base a las modificaciones legales:

	Antes de Ley 20.680	Después de Ley 20.680
Viven juntos (art. 244)	1° Atribución convencional: podían determinar el ejercicio unilateral o conjunto de la Patria Potestad 2° Atribución legal: padre ejercía unilateralmente 3° Atribución judicial: solamente se podía determinar el ejercicio unilateral	1° Atribución convencional: pueden determinar el ejercicio unilateral o conjunta de la Patria Potestad 2° Atribución legal: ambos ejercen conjuntamente 3° Atribución judicial: solamente se puede determinar el ejercicio unilateral
Viven separados (art. 245)	1° Atribución legal: lo ejercía quien tuviese el CP, o sea, unilateral 2° Atribución convencional: solamente podían acordar el ejercicio unilateral 3° Atribución judicial: solamente podían fijar el ejercicio unilateral	1° Atribución legal: lo ejercerá quien tenga el CP, o sea, unilateral o conjunta 2° Atribución convencional: pueden acordar que se ejerza unilateral o conjuntamente 3° Atribución judicial: solamente puede determinar el ejercicio unilateral

²¹ La “Patria Potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados” (art. 243 Código Civil), esto es, aquellos que no han cumplido la mayoría de edad (18 años). Consiste en el derecho de representar y administrar los bienes de los que sea propietario el hijo/a menor de edad y los frutos que produzcan eventualmente.



El art. 244 inciso 1° establece la regla general para ejercer la Patria Potestad, consistente en que los padres podrán acordar libremente si la ejercerán conjunta o separadamente. Excepcionalmente, establecía el antiguo inciso 2°, que *“a falta de acuerdo, al padre toca el ejercicio de la patria potestad”*, lo que desde luego implicaba una atribución legal preferente e injustificada, en este caso, a favor del padre.

Ahora bien, la Ley N° 20.680 introdujo una modificación al inciso 2° que establece la regla supletoria o subsidiaria, en caso que no haya acuerdo. El nuevo inciso establece que *“a falta de acuerdo, toca al padre y a la madre en conjunto el ejercicio de la patria potestad”*.

De esta manera, en aquellos casos de mediación en que un menor de edad asista a mediación como parte, por ejemplo, una madre que necesita alimentos para su hijo/a, deberá asistir acompañada de quien sea el titular de su patria potestad (sea su representante legal). En vista de la modificación legal previamente señalada, al ingresar una causa de mediación será relevante verificar lo siguiente:

- 1°) si los padres (abuelos del alimentario) viven juntos o separados para determinar qué artículo se les aplica (244 o 245).
- 2°) si los padres (abuelos del alimentario) han realizado un acuerdo o existe alguna resolución judicial sobre la materia, y si ésta se encuentra válidamente subinscrita en el Registro Civil, ya que el art. 246 del Código Civil establece que, mientras no se haga ese trámite, el cambio será inoponible a terceros.

Lo anterior cobra relevancia práctica, ya que en los casos que menores de edad asistan representados, si bien éstos no actúan como partes durante las sesiones de mediación, igualmente deben estar presentes a lo largo de todo el proceso, de lo que se deberá dejar constancia en el acta respectiva.

f) Acuerdo de CP compartido otorgado mediante actas de mediación

En opinión de la Unidad de Mediación, la posibilidad de homologar válidamente un acuerdo de CP compartido por esta vía, se fundamenta en las siguientes razones:

- a) La Ley N° 19.968 establece en el art. 106 que el CP de los hijos es una materia de mediación previa y obligatoria, y que su regulación puede ser definida en un proceso de mediación, siempre que se cumplan determinadas condiciones, como por ejemplo, que el proceso sea conducido por un mediador/a registrado (art. 112) y que el acta sea aprobada judicialmente para que adquiera valor de sentencia (art. 111).

Por su parte, el nuevo art. 225 señala que los padres que vivan separados podrán acordar el CP unilateral o compartido, lo que deberá constar en uno de los dos instrumentos ahí señalados. Este artículo no descarta en ninguna parte la posibilidad que otorga el art. 106 de la Ley N° 19.968, esto es, que las partes regulen el CP por medio de una mediación familiar, sino que se limitó a mantener los dos medios que existían en el art. 225 antiguo, durante cuya vigencia se podían homologar acuerdos de mediación sobre CP, como se desprende de la



práctica de los centros de mediación y la jurisprudencia acumulada en todo el país²².

- b) El antiguo art. 225 inciso 2°, establecía que los padres podían acordar que el CP sería ejercido solamente por uno de ellos, por medio de los mismos medios que establece el nuevo art. 225. Estando vigente esa norma, nada obstaba a que los padres pudiesen homologar acuerdos por medio de actas de mediación, aprobadas judicialmente.
- c) De la historia de la Ley N° 20.680, ni tampoco de su texto definitivo, se desprende que el legislador haya querido modificar el alcance del art. 106 de la Ley N° 19.968, en el sentido de limitar el ámbito de posibilidades de regular el CP por medio de mediación. Una limitación de este tipo, habría consistido en señalar expresamente que el CP compartido no podría ser homologado por acta de mediación, aprobada judicialmente, cuestión que no ocurrió.
- d) Una interpretación contraria, esto es, que no se pudiese acodar el CP unilateral o compartido mediante acuerdo de mediación, desatiende una circunstancia adicional. Esta consiste en que si sólo se aceptaran las dos alternativas de homologación del actual art. 225, se estaría permitiendo un umbral menos estricto de procedencia, ya que se estarían permitiendo acuerdos privados ante un tercero Ministro de Fe y no uno con mayores “salvaguardas” en que participe, en primera instancia, un mediador/a que trabaja a la luz de los principios legales y dogmáticos de la mediación y, en segunda, un juez que cuenta con todos los recursos y herramientas legales para resguardar tanto el interés superior del niño como el respeto al principio de corresponsabilidad. En definitiva, en base a un criterio restrictivo de interpretación de la norma, se estaría limitando un medio de homologación de los acuerdos sobre CP que, a nuestro entender, cumple con estándares legales adecuados.

V. Comentarios finales

A partir de la revisión de las principales modificaciones introducidas por la Ley N° 20.680, a continuación se presentan los comentarios finales de la Unidad de Mediación:

- a) Se puede mediar solicitudes de Cuidado Personal Compartido en los centros de mediación familiar contratados por el Ministerio de Justicia. Esto, a pesar que la Ley N° 20.680 no hace alusión expresa en este sentido, sin perjuicio de lo cual se ha estimado que lo establecido en el artículo 106 de la Ley N° 19.968, a nuestro juicio, es motivo suficiente ya que la referencia al Cuidado Personal como materia de mediación previa y obligatoria es genérica.

²² Una excepción a esta interpretación, es el otorgamiento del CP a terceros por medio de actas de mediación, cuestión que no es pacífica entre la doctrina y la jurisprudencia. Algunos han interpretado que las normas del 225 y 226 solamente permitían que se otorgara el CP al otro padre o madre que no lo tuviese, o bien, a un tercero en caso de acreditarse alguna causal de inhabilidad física o moral, o bien, otra causa calificada. Otros autores, incluyendo alguna jurisprudencia, afirman que sí es posible otorgar el CP a terceros por medio de un acta de mediación, sin necesidad de acreditar las causales señaladas, privilegiando básicamente la autonomía de la voluntad de los padres y a los principios de derecho de familia. Además, la propia ley no señaló restricciones especiales en el caso del CP regulado mediante mediación.



- b) En el discurso inicial, o bien, durante la etapa inicial de la primera sesión, en aquellos casos que versen en todo o en parte sobre CP, el mediador/a debe incorporar una breve explicación tanto del principio de corresponsabilidad como de la figura del Cuidado Personal Compartido. Junto con lo anterior, deberá verificar que ambas partes cuenten con información similar respecto de sus derechos y deberes, así como también de lo establecido en la ley, incluidas las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.680. En caso de requerir mayores antecedentes, se deberá informar las alternativas existentes de asesoría legal para ambas partes, ya que el detalle de esta información no la debe entregar el mediador/a, sino que debe ser entregada por un tercero abogado/a.
- c) En aquellas mediaciones familiares en que se arribe a un acuerdo sobre Cuidado Personal Compartido, se deberá explicar a los usuarios que necesariamente deben regular la relación directa y regular con los hijos, ya que es un requisito legal. En cuanto a la pensión alimenticia, si bien el nuevo art. 225 no lo alude expresamente, es una materia que al menos se debe hacer ver como relevante de revisar en el contexto de las relaciones que se están regulando. Lo anterior se debe llevar a cabo, idealmente, por medio de asesoría jurídica.
- d) Tanto para las diferentes modificaciones realizadas a la legislación de familia, como para el caso del SAP, es de la mayor relevancia que los mediadores/as familiares contratados por el Ministerio de Justicia traten estos temas y los revisen tanto con los asesores jurídicos como con otros mediadores/as. Sin perjuicio de lo anterior, la Unidad de Mediación está permanentemente disponible para aclarar dudas o consultas que puedan surgir sobre esta modificación legal.
- e) Un juez no puede fijar el CP compartido, ya que la ley sólo permite que sean los padres quienes acuerden regular un régimen de este tipo. Lo que sí podría hacer un juez, es determinar un régimen comunicacional amplio y flexible, pero eso dependerá del criterio de cada magistrado.
- f) Conceptos a utilizar en la redacción de los acuerdos (hijos o niños, en vez de menores; relación directa y regular, en vez de visitas; cuidado personal en vez de tuición; etc.).