

**COMENTARIO A LA SENTENCIA 2699-14 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA
16 DE JUNIO DE 2015, REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD**

**ATRIBUCIÓN CONVENCIONAL DEL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO O
IMPEDIMIENTO DE ESTABLECERSE UN CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO VÍA
JUDICIAL**

María Lorena Kächele Meloⁱ, julio 2024

PREFACIO AL COMENTARIO:

Profundizando lo que fuera mi ponencia en Oporto, Portugal, del panel relativo a la “*custodia compartida versus custodia absoluta, análisis de tendencias*”, en especial, que, la legislación chilena no contempla la atribución judicial de la custodia o cuidado personal compartido. A continuación, se analizará una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional con fecha 16 de junio de 2015. Aun cuando han transcurrido algunos años desde su dictación, el criterio de dicho tribunal, así como de los Tribunales Superiores de Justicia de Chile, no ha variado en cuanto a que sólo los progenitores pueden regular, de común acuerdo, la custodia compartida de sus hijos.

CUIDADO PERSONAL SEGÚN LA LEGISLACIÓN CHILENA:

El artículo 224 del Código Civil, dispone: “*Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos*”.

Luego, seguidamente, el artículo 225 del mismo cuerpo legal citado, se pone en el caso de que los padres vivan separados, estableciendo: “Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. El acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Este acuerdo establecerá la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades. El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad. A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo. En cualesquier de los casos establecidos en

Abogada por la Universidad Central de Chile, Magister en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España; Diplomado en Derecho Procesal de Familia por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Asociado del Estudio Puga&Ortiz, Santiago, Chile.

este artículo, cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el [artículo 226](#). En ningún caso el juez podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres. Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres, deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el [artículo 229](#). Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros”.

EL CASO, ANTECEDENTES:

Con fecha 14 de agosto de 2014, don Jan Gropper Milán requirió la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, para que surta efectos en el proceso sobre demanda de cuidado personal compartido, que fueratramitado por el Tercer Juzgado de Familia de Santiago, bajo el RIT N° C-1101-2014.

El precepto legal del precepto legal objetado en dicho requerimiento fue: “A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo”. En el marco del citado proceso judicial, el conflicto de constitucionalidad planteado a la Magistratura Constitucional consistió en determinar si es constitucional o no que, por aplicación del precepto objetado, no se dé curso a una demanda de cuidado personal compartido, toda vez que se preceptúa que éste solo procede en el caso de que los padres lo hayan acordado.

En cuanto a los hechos del caso, la gestión judicial pendiente se inició por demanda de cuidado personal compartido que interpuso el requirente en contra de la madre de su hijo con fecha 27 de febrero de 2014. Al día siguiente, el Tercer Juzgado de Familia de Santiago resolvió no dar curso a la demanda, específicamente explicitó que: “Considerando que el artículo 225, inciso 3° del Código Civil, modificado por la Ley N° 20.860, contempla que el cuidado personal compartido procede solo en caso que exista acuerdo entre los padres, no encontrándose el demandante en la hipótesis planteada por el legislador y en función del control de admisibilidad establecido en el artículo 54-1 y 57 de la Ley N° 19.968, se resuelve: No dar lugar a la demanda”. Posteriormente, el requirente apeló tal resolución y la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago la confirmó.

Explica que, así las cosas, en ambas instancias se consideró que no correspondía, en sede judicial, el establecimiento de un cuidado personal compartido, según se desprende de la disposición reprochada. Ello supondría, por lo demás, una errada interpretación de dicha norma, que implica una infracción a diversas disposiciones constitucionales y a lo Dispuesto en el artículo 224 del Código Civil, en virtud del cual los padres tienen el derecho a ejercer el cuidado personal de los hijos, aun cuando vivan separados.

Abogada por la Universidad Central de Chile, Magister en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España; Diplomado en Derecho Procesal de Familia por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Asociado del Estudio Puga&Ortiz, Santiago, Chile.

El 18 de julio de 2014, el requerido interpuso un recurso de casación en la forma (nulidad), cuyo conocimiento se suspendió con ocasión de la interposición del requerimiento de inconstitucionalidad.

Con relación **al derecho**, expone cuatro infracciones constitucionales, que, en forma sintética fueron:

En primer lugar: respecto a la infracción del artículo 5º de la Constitución, aduce que esta disposición se vulneraría desde el momento que la aplicación del precepto reprochado, que ha importado no dar curso a su demanda de cuidado personal compartido, contraviene diversas disposiciones de tratados internacionales, a saber:

- A) El artículo 19 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que establece el principio de biparentalidad, en el sentido de que los derechos y obligaciones de los padres con los hijos, en cuanto a su crianza y educación, son los mismos.
- B) El artículo 9º de la misma Convención, que establece el derecho de los padres a mantener una relación regular con los hijos y que, a su vez, dispone que los Estados deben velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo que la revisión judicial determine que ello es necesario para el interés superior del niño.
- C) El artículo 16, letra d), de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que establece el deber de los Estados de adoptar todas las medidas tendientes a asegurar la igualdad en derechos y obligaciones de los progenitores, considerando el interés superior del hijo.
- D) El artículo 16, letra f), de la misma Convención, que asegura la igualdad de hombres y mujeres en lo que respecta a la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, también en consideración al mencionado interés.

En segundo lugar: En cuanto a la infracción del artículo 7º constitucional, esgrime que según esta disposición los Órganos del Estado deben ejercer sus atribuciones de conformidad al ordenamiento jurídico. Por lo tanto, deben respetar el valor normativo que tienen los tratados internacionales en virtud del artículo 5º constitucional, cuestión que, como se indicara, se ha quebrantado en la gestión judicial pendiente.

En tercer lugar: Respecto a la infracción del N° 2º del artículo 19 de la Constitución: argumenta que la aplicación judicial del precepto reprochado importa una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, desde el momento que la desigualdad de trato que se le ha dado -al impedirle demandar y así obtener el cuidado personal compartido- carece de justificación razonable, pues no se basaría en criterios objetivos.

En cuarto lugar: En cuanto a la infracción del N° 3 del artículo 19 constitucional, explica que se vulnera el derecho a la defensa y al debido proceso, atendido que el precepto reprochado impide que se obtenga judicialmente un cuidado personal compartido -entregando lisa y llanamente el cuidado al padre o madre que conviva con el hijo, siendo habitualmente esta última.

Abogada por la Universidad Central de Chile, Magister en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España; Diplomado en Derecho Procesal de Familia por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Asociado del Estudio Puga&Ortiz, Santiago, Chile.

LA SENTENCIA:

Que los reproches del requirente, que ha planteado respecto del inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, se hacen en el contexto de la tramitación de una demanda de cuidado personal compartido interpuesta por el padre, respecto de la cual tanto el Tribunal de Familia competente como la Corte de Apelaciones de Santiago decidieron no acogerla a tramitación. En el mismo escrito, el requirente, en subsidio de lo anterior, demandó la regulación de una relación directa y regular con su hijo, demanda que fue admitida a tramitación. Y en relación con esta petición subsidiaria, tramitada por la justicia, consta en los antecedentes allegados a este proceso que dicha materia fue resuelta por las partes en una instancia de conciliación.

Que, según se desprende de su tenor, el artículo 225 del Código Civil establece reglas que dicen relación con la atribución del cuidado personal del hijo, cuando los padres viven separados. Es decir, normas que parten del supuesto de que los padres del hijo llevan una vida separada o independiente entre sí, suponiendo éste un contexto de aplicación diverso al del artículo 224, cuales que estando vivos ambos padres, éstos llevan una vida separada o independiente. La finalidad de este precepto, entonces, es normar la atribución del cuidado personal en ese contexto preciso.

Que, entonces, el artículo 225 del Código Civil supone un “contexto de crisis familiar, fracaso y, frecuentemente, graves desavenencias que han llevado a los padres a interrumpir o terminar la vida en común junto a sus hijos”. Es en ese escenario en el que el Derecho de “arbitrar técnicas que, en la medida de lo posible, garanticen a los niños, niñas y adolescentes involucrados involuntariamente en estas crisis la continuidad de su crianza y educación y la estabilidad de la vida que requieren para el desarrollo armónico de su personalidad hasta la madurez. A esto deberán apuntar y éste es verdaderamente el objetivo de las reglas de atribución del cuidado personal de los hijos en el supuesto de familiar separadas.

Y es precisamente para hacer frente a lo anterior que el artículo 225 del Código Civil establece tres reglas distintas. Aquella que permite la atribución convencional del cuidado personal, la que lo atribuye legalmente, y la que permite al juez zanjar dicha cuestión.

Que el principio de corresponsabilidad parental no es sinónimo de cuidado personal compartido y, al mismo tiempo, que un buen régimen de relación directa y regular puede concretar también tal principio” o, bien, que la corresponsabilidad parental debe ser ejercida con independencia del tipo de custodia que acordaron los padres o que decretó el juez”.

Y en un sentido análogo, que “cuidado personal compartido y corresponsabilidad tienen una estrecha relación. La tuición compartida es una forma de ejercitar la corresponsabilidad parental después de la separación. Pero ambos conceptos no se identifican. La corresponsabilidad no exige cuidado compartido como único régimen posible de tuición durante la separación. La corresponsabilidad puede ejercitarse de diversas formas.

Que lo relevante de esta distinción entre corresponsabilidad parental y cuidado personal compartido radica en que, en definitiva, “el principio de corresponsabilidad no autoriza al juez para atribuir judicialmente el cuidado personal a ambos padres separados. O, en términos más lacónicos que: “el juez carece, según esta regla de la reforma (Ley N° 20.860), de facultades para asignar el cuidado compartido en ausencia de acuerdo entre los padres.

Cabe señalar que no resulta antojadizo ni irracional que el legislador haya supeditado la procedencia del cuidado personal compartido a la existencia de un acuerdo entre los padres, que compartirán la custodia, previendo la ley dicha forma de cuidado personal sólo si hay acuerdo entre ellos, cuestión que emana nítidamente no sólo del inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, sino que también de sus incisos primero y cuarto. Lo anterior, por cuanto, como ya hemos visto, el artículo 225 del Código Civil supone que los padres viven separados, por lo que, de no existir acuerdo, no resulta difícil avizorar que no habrá la suficiente coordinación para que el niño no se vea menoscabado por una alternancia no consentida por ambos progenitores, no pudiendo razonablemente el juez imponer el cuidado compartido contra la voluntad de uno de ellos.

Cabe señalar que de las disposiciones invocadas de los distintos tratados internacionales citados no emana el establecimiento a ultranza del cuidado personal compartido, a todo evento, como pretende el requirente.

Que, a juicio de este Tribunal, el reproche planteado por el requirente debe ser desestimado, pues la aplicación del precepto no origina una infracción a la garantía de igualdad ante la ley. Lo anterior por cuanto la regla no resulta, a nuestro juicio, tachable de arbitraria, ello aun en el caso de que se entendiera que se introduce una diferencia entre personas que están en una misma situación, cuestión que no se comparte. En este mismo sentido, la norma precisamente se aplica a un supuesto en que los padres no se hallan en una idéntica situación, pues es uno de ellos – no ambos – el que convive con el hijo y lo cuida. Es decir, sólo con uno de ellos el hijo mantiene una comunidad de vida, no así con el otro.

Lo anterior, por cuanto la atribución del cuidado personal del niño al progenitor con que convive parece razonable e inspirada en el interés superior del niño. Ya hemos visto que tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que la regla en cuestión se muestra respetuosa de la igualdad que debe existir entre los progenitores, pues puede aplicarse tanto al padre como a la madre, a la par que resguarda debidamente el interés superior del niño, reconociendo y amparando una situación ya existente, con que se protege su estabilidad.

Y, por lo demás, en el contexto fáctico en que la regla está llamada a operar – vida

separada de los padres – no resulta irracional ni desproporcionado que el padre que viva con el hijo sea aquel al que la ley le atribuya su cuidado personal, sin dejar la cuestión en indeterminación, mientras los padres, en ejercicio de la autonomía de la voluntad que en estas materias sensibles se le reconoce y cuyo ejercicio promueve el legislador, arriban a la formalización de algún acuerdo o, bien recurren al tribunal competente para que zanje quién detenta dicho cuidado.

De acuerdo con lo ya dicho, el requerimiento de inconstitucionalidad fue rechazado.

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DICTADA:

- La sentencia, transcrita en forma resumida, viene en confirmar las críticas que se han venido haciendo a la implementación de la Ley N° 20.860, la que, como hemos indicado, vino a establecer en la legislación chilena la institución de cuidado personal compartido.
- Que dentro de las críticas dirigidas a la implementación a dicha ley – la que vino a introducir importantes modificaciones al Código Civil- se pueden resumir como se dirá a continuación, las que, analizadas en su conjunto, también pueden replicarse como una crítica a la jurisprudencia, tanto de la sentencia citada y otras en el mismo sentido que han emanado del mismo Tribunal Constitucional.
- Los puntos críticos de la Ley N° 20.860 y, por ende, la interpretación judicial que se le ha asignado, son:

¿Interés superior del niño, niña o adolescente o de los progenitores?

El instituto de cuidado personal compartido, ocurrida la separación de los progenitores, es un modelo de organización familiar de carácter alternativo de fuente de origen exclusivamente convencional (excepcional), carente de un contenido mínimo establecido por nuestro legislador (al no pronunciarse ni contemplar modalidades de alternancia de residencia determinadas; ausencia de contenido mínimo en lo que debe consistir el ejercicio de las demás funciones además de la crianza y educación) y que no se encuentra sujeto a ningún tipo de control u homologación judicial.

Ello, conlleva a concluir que el enfoque fue puesto más en la voluntad de los padres más en qué resultaría más beneficioso para el niño, niña o adolescente. Esta afirmación nos lleva a enunciar que el principio que menor jerarquía se le concedió con la modificación legal indicada fue el de coparentalidad, que obliga a situarse desde la óptica del hijo, pues se trata de una manifestación específica del interés superior del niño, niña o adolescente en lo relativo al aspecto personal de la relación de filiación.

El impedimento de establecer un cuidado personal compartido vía judicial, se limita y restringe el desarrollo del interés de los hijos en el caso concreto, impidiendo que la judicatura analice la conveniencia de dicho cuidado personal compartido bajo los mismos criterios establecidos para los casos del artículo 225-2, aún en contra de la voluntad de uno de los padres.

Imposibilidad de establecerse un cuidado personal compartido vía judicial:

Resulta ser una opción excepcional, debido a que este modelo solo tiene lugar cuando se celebre una convención entre los progenitores; en consecuencia, quedaría vedada la posibilidad de que se establezca por el juez en ausencia de acuerdo de voluntades de los padres, casos en los cuales solo podrá determinarse la figura del cuidado personal ejercido de manera unilateral por uno de los padres.

En consecuencia y con relación al principio de corresponsabilidad parental, el legislador lo tradujo a la observancia de una conducta de los padres y no establece dicho principio como un factor de atribución del derecho deber del cuidado personal de los hijos. Así es que el Juez de Familia carece de facultades para fijar un régimen y ejercicio de cuidado personal compartido de los hijos aun cuando el interés superior de los hijos en el caso concreto resulte más conveniente. Sin perjuicio de lo recién señalado, una sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de Chile, de fecha 23 de mayo de 2017, Rol N° 99861-2016, *reconoció en forma expresa de que no ser por falta de facultades de la judicatura de familia para fijar un régimen y ejercicio de cuidado personal compartido por sentencia judicial, así lo hubiera resuelto ya que de los antecedentes de la causa ese modelo de organización familiar resultaba ser más conveniente y recomendable para los hijos.*

Ausencia de un contenido legal mínimo y concreto a los sistemas de residencia y a la distribución de funciones parentales entre los progenitores en los acuerdos de cuidado personal compartido:

El inciso 2 del artículo 225 señala que la corresponsabilidad será mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada “estabilidad y continuidad”. Aquí la crítica viene dada que la redacción de la disposición legal citada pareciera reducir al instituto a una mera cuestión de determinación de residencia de los hijos.

Podemos sostener que si bien es parte de la esencia de la institución determinar la residencia de los hijos junto con ello, de manera conjunta, deben establecerse mecanismos concretos y precisos de cómo se efectuará la participación de ambos padres en la crianza y educación de los hijos, puesto que si esto no se realiza se

corre el riesgo de que el principio de corresponsabilidad parental que la propia institución pretende estimular quede en letra muerta.

La falencia reseñada puede significar una merma en el funcionamiento de la institución y una inoperancia del cuidado personal compartido. Para la operatividad de esta institución, algunas legislaciones han optado que los progenitores convengan planes de corresponsabilidad parental que son instrumentos en que éstos determinan de manera detallada las responsabilidades de cada uno en lo que respecta al cuidado, residencia, vivienda, alimentos y demás aspectos de relevancia relativos al hijo que se estime necesario regular, como los aspectos sanitarios, educativos y sociales.

Ausencia de mecanismos de control para el establecimiento de un régimen de cuidado personal compartido:

En virtud del establecimiento convencional de este instituto y la ausencia de una homologación judicial, no existe este mecanismo de control, salvo en cuanto dicha modalidad de custodia se establezca al amparo de una separación judicial o divorcio por mutuo acuerdo o producto de una mediación, en este último caso, también discutible. Se ha sostenido que, ante la ausencia de un control jurisdiccional de este tipo de pactos de cuidado personal compartido, puede dar lugar a afectaciones concretas del interés superior de los hijos, verbi gracia, cuando se establece este pacto en caso de los progenitores vivan en ciudades o países distintos; distribución desigual sobre las cargas de asumir cada padre e incluso la separación de hermanos.