

INFORME

Cuidado personal y autonomía de los padres para llegar a acuerdos en esta materia.

RESUMEN

En relación a los acuerdos sobre cuidado personal o tuición de los hijos/as a que lleguen los padres a favor de un tercero, existen dos interpretaciones en nuestro país que inciden en la aprobación de éstos en los tribunales de justicia. La interpretación moderna se basa en que manifestada la voluntad de los padres en algún sentido, el juez, en principio, no podría modificar aquella decisión voluntaria de éstos. La interpretación tradicional se basa en que sólo pueden ser partes del acuerdo sobre cuidado personal o tuición del hijo/a los padres del mismo, por lo que no cabría un acuerdo pactado entre los padres a favor de un tercero en ningún caso.

Cuidado personal de los hijos/as.

El cuidado personal se ha entendido por la doctrina como “el derecho de los padres a tener a sus hijos en su compañía” o “el derecho paternal a la crianza, educación y establecimiento del menor de edad, o como el deber de alimentar, corregir y otorgar por lo menos una educación básica y un oficio de profesión al hijo”¹

Conforme la teoría moderna, el legislador consideró como criterio determinante la voluntad o autonomía de los padres para adoptar las resoluciones a este respecto. En esta línea se pronuncia una sentencia² de la Corte de Apelaciones de Santiago: “Subyace a la norma jurídica la consideración, *prima facie*, de que son los padres los que están en mejor situación para adoptar las decisiones que permitan asegurar la mayor realización espiritual y material posible del menor, así como asegurar el ejercicio –al hijo – de sus derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. El legislador, en el artículo 225 del Código Civil, resuelve supletoriamente, ya sea en silencio de los padres, o bien, si no hubiere acuerdo y hasta no se disponga otra cosa mediante sentencia judicial, que si los padres viven

¹ Concepto extraído de sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago del 31 de octubre de 2006, Rol N° 5.341-2006.

² TURNER SAELZER, Susan. Sentencia Sobre Determinación de la Titularidad del Cuidado Personal de los Hijos Menores (Corte de Apelaciones de Santiago). *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2004, vol.17 [citado 2009-08-24], pp. 273-278.

separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. Y, recogiendo la idea de primacía de la autonomía de los padres, la ley, en el inciso 2º del mismo artículo, otorgó la posibilidad de que ellos, de común acuerdo, puedan determinar que el cuidado del hijo corresponda al padre. *El reconocimiento de la autonomía significa que, manifestada la voluntad en algún sentido, el juez, en principio, no puede modificar aquella decisión voluntaria de los progenitores. Se entiende, como ya se dijo, que los padres están en mejor situación que el juez para decidir lo que es mejor o más conveniente a los intereses del menor.*”

Al respecto nuestro Código Civil lo regula en el Título IX, del Libro I, del Código Civil: De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, básicamente en los artículos 224, 225, 226.

Artículo 224. Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.

El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez.

Artículo 225. 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.

Artículo 226. Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes.

Si bien en principio el legislador ha reconocido el derecho a la madre el cuidado personal de los hijos, ello puede ser alterado por un acuerdo entre los padres, quienes “son los que mejor conocen la realidad en que se desató la separación y comprenden los intereses y sinceras preferencias de sus hijos.”³

Cuando el interés del hijo lo haga indispensable, corresponde al juez ordenar que el cuidado personal lo ejerza el otro progenitor cuando 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, teniendo como limitación que no puede atribuir el cuidado personal a quien no ha contribuido a la manutención del hijo mientras estuvo al cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Asimismo, de acuerdo al artículo 226 del Código Civil podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.

Conforme a la teoría tradicional, de estas normas se ha interpretado que en virtud de lo dispuesto en los artículos 225 y 226 del Código Civil, el acuerdo de cuidado personal sólo está permitido respecto de los padres, y que para otorgar la tuición a un tercero, la ley exigiría que se acreditara una causal de inhabilidad física o moral de los padres.

Pero esta última interpretación no armoniza con los principios de la normativa reciente en nuestro país, a modo de ejemplo la Ley de Matrimonio Civil⁴ consagra a los acuerdos entre progenitores como primera fuente de atribución del cuidado de los hijos luego de la separación, lo que se condice asimismo con lo establecido en la Ley de Tribunales de Familia en su artículo 106 de la Ley N° 19.968 que Crea los Tribunales de Familia que estableció que las causas relativas al cuidado personal deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, no estableciendo límite para este tipo de acuerdos ni realizando distinción alguna en esta materia, pudiendo hacerlo. Y si bien en los

³ Rol N° 5.341-2006, sentencia Corte de Apelaciones de Santiago de 31 de octubre de 2006.

⁴ Ley 19.947.

artículos antes citados (224, 225, 226 Código Civil) no fue considerado expresamente la hipótesis del acuerdo de cuidado personal de los hijos entre padres a favor de un tercero (sólo se contempló el supuesto de inhabilidad física o moral de ambos padres, en donde el juez confía el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes), no existe razón para concluir que en este caso prime la decisión judicial por sobre el principio de autonomía de la voluntad de los progenitores. Son los padres los primeros llamados a guiar a sus hijos en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tal como lo declara el artículo 222 del Código Civil en su inciso segundo: *“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.”*

Recomendaciones finales

- 1) Siguiendo la tendencia moderna podemos afirmar que respecto a los acuerdos realizados por los padres en esta materia, el legislador consideró como criterio determinante su voluntad o autonomía para adoptar las resoluciones a este respecto.⁵
- 2) En el conocimiento de estos casos el mediador o mediadora deberá tomar todos los resguardos posibles para detectar eventuales desigualdades entre las partes a causa de la desprotección del cónyuge más débil (que pudieran llevar a una de las partes a verse forzada a llegar a un acuerdo por razones económicas, por ejemplo) y a fin de velar por el interés superior del niño, niña o adolescente.
- 3) Con respecto al interés superior del niño, niña o adolescente, se debe considerar la posibilidad de que el niño/a intervenga en el proceso de mediación para que su opinión sea considerada toda vez que se trata de una cuestión que le compete directamente. Esta intervención no es una aceptación de su deseo, sino es una opinión que debe considerarse en función de su edad y madurez. Quizás sea de utilidad el dejar constancia de esto en el acuerdo siempre que no se traduzca en una “cláusula formato” que de tanto repetirse pierda su contenido. Asimismo el mediador o mediadora deberá velar porque en el proceso los progenitores logren sustraerse de sus conflictos de pareja para concentrarse en acuerdos que permitan el mayor bienestar para sus hijos/as.

⁵ En este sentido Millalonco /Ortiz, M-966-2009, Antofagasta; Campos/Cárcamo, M-72-2010, Osorno; Astorga /Arias, M-825-2009, Pudahuel.

- 4) Se recomienda que los acuerdos en esta materia se fundamenten de manera rigurosa y que de contar con antecedentes adicionales, se adjunten al acuerdo en resguardo del interés de los hijos/as.