



ALCANZANDO TUS METAS SE CUMPLIRAN TUS SUEÑOS...

# MANUAL

# CUIDADO PERSONAL



**ICEPH**



ALCANZANDO TUS METAS SE CUMPLIRAN TUS SUEÑOS...

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	3
CUIDADO PERSONAL .....	4
CARACTERÍSTICAS DEL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS EN CHILE .....	7
TITULARES DEL CUIDADO PERSONAL. REGLAS DE DETERMINACIÓN O ATRIBUCIÓN DEL CUIDADO PERSONAL .....	8
CRITERIOS PARA OTORGAR EL CUIDADO PERSONAL.....	12
ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL CUIDADO PERSONAL A TERCEROS .....	13
CAUSALES DE INHABILIDAD DE LOS PADRES .....	14
ATRIBUCIÓN JUDICIAL A TERCEROS COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN .....	15
REGULACIONES DEL CUIDADO PERSONAL, EN LEY 19.947 DE MATRIMONIO CIVIL .....	17
TRAMITACIÓN PARA SOLICITAR EL CUIDADO PERSONAL.....	18



ALCANZANDO TUS METAS SE CUMPLIRAN TUS SUEÑOS...

## INTRODUCCIÓN

El término “Cuidado personal” implica la responsabilidad de ocuparse de la crianza y educación de los(as) hijos(as). En Chile el artículo 224 del Código Civil establece respecto del cuidado personal, que; “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Y se basa en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, deben participar de forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”.

En Chile, antes del año 2013 el cuidado personal era unilateral, ya que las mujeres (madres) eran las que debían quedarse a cargo de la crianza de los hijos, asumiendo la responsabilidad completa de la misma. Pero una vez que se efectuaron modificaciones y entró en vigencia la Ley 20.680 (Antes conocida como Ley de Tuición Compartida/Ley Amor de Papá y actualmente Ley de Corresponsabilidad Parental), permitió la adquisición del cuidado personal compartido para los padres, el que plantea que, en caso de que los padres y las madres vivan separados, deben igualmente participar en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de los hijos.



## CUIDADO PERSONAL

El “cuidado personal” de los hijos antes conocida como “tutición” corresponde a las labores de crianza y educación que los padres tienen sobre los hijos. Es el conjunto de deberes y derechos que corresponde a ciertas personas señaladas en la ley o por el juez, respecto al cuidado personal, crianza y educación de los hijos. El cuidado personal se encuentra regulado en el Título IX del Libro Primero del Código Civil, dentro de “Los Derechos y Obligaciones entre los Padres y Los Hijos”, a continuación de los Títulos VII y VIII, sobre “La Filiación y Acciones de Filiación”, respectivamente, y antes del Título X sobre “La Patria Potestad”. La Doctrina Chilena considera, así, que el término Patria Potestad, entendida en el artículo 243 del Código Civil como “el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados”, es un instituto distinto e independiente del Cuidado Personal, en contraposición a lo que sucede en la mayoría del derecho comparado.

Frente al cuidado personal de los niños y niñas (NNA), la legislación chilena se basa en las siguientes normativas:

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Código Civil (Libro I, Título XVIII).

Ley 16618 de Menores (1967).

Ley 19947 establece Nueva Ley de Matrimonio Civil (2004).

Ley 19968 crea los Tribunales de Familia (2004).

Ley 20680 sobre responsabilidad parental (2013).



ALCANZANDO TUS METAS SE CUMPLIRAN TUS SUEÑOS...

Ahora bien, la ley chilena no define expresamente qué significa el cuidado personal, pero sí define sus contornos. El artículo 224 del Código Civil señala que el cuidado personal toca en conjunto a los padres (cuidado personal compartido), o al padre o madre sobreviviente, agregando que se basa en el principio de *corresponsabilidad*, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participen en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

Así mismo, el artículo enfatiza que el cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio y reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que precisamente lo haya reconocido. Pero si el niño no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez.

El establecimiento del cuidado personal compartido como una forma de fomentar la corresponsabilidad de los padres respecto de la crianza y educación de los hijos, y habiendo o una relación sentimental por parte de los progenitores, es una normativa relativamente nueva, puesto que hasta el año 2013, existía una evidente desigualdad entre mujeres y hombres respecto de la crianza de sus hijos(as), ya que antes eran las mujeres (madres) quienes quedaban a cargo de la crianza de estos, asumiendo la responsabilidad completa de la misma. Mientras que los padres si querían asumirla, debían comprobar ante tribunales que las mujeres no se encontraban capacitadas para hacerse cargo de sus hijos(as).

Es así, como en el año 2013 la Ley N° 20.680 más conocida como Ley Amor de Papá o Ley de Tuición Compartida, introdujo modificaciones al Código Civil, a la Ley de Menores y a la Ley de Matrimonio Civil, respecto a las normas sobre el cuidado personal de los hijos y patria potestad, igualando los derechos del padre y la madre para asumir el cuidado personal, y la relación directa y regular, todo con el objetivo de proteger la integridad del niño o la niña, en el caso de que sus padres vivan separados.



## ALCANZANDO TUS METAS SE CUMPLIRAN TUS SUEÑOS...

De esta forma, hoy el cuidado personal compartido se concibe en el artículo 225 inciso segundo, como un 'régimen de vida', es decir, se trata de una forma de organización familiar que tiene lugar luego de la ruptura de la relación de pareja de los padres, y que consiste en un previo acuerdo de los progenitores, en la atribución y ejercicio conjunto del derecho deber de cuidado personal de los hijos en la modalidad que estimen más adecuada a la nueva situación familiar, principalmente en lo relativo a la residencia y la toma de decisiones respecto a la crianza y educación de los hijos comunes. Por lo tanto, cualquiera que sea la modalidad de cuidado personal compartido que se adopten, ambos padres reconocen y asumen la titularidad conjunta del derecho función de cuidado personal, repartiéndose tanto los periodos de residencia y convivencia de los hijos comunes, como también las decisiones en torno a su crianza y educación, en pos de la mejor concreción del interés superior de los hijos comunes.

Ahora bien, como se indicó en líneas anteriores, actualmente el cuidado personal puede definirse como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a ciertas personas señaladas en la ley o por el juez, con respecto al hijo, y comprende tres elementos fundamentales para la vida de los niños y niñas.

- ✓ **Crianza:** Comprende el cuidado de los hijos, alimentación propiamente tal, atención preventiva y curativa de salud, ambiente sano, habitación higiénica, vestuario apropiado, traslados y recreación.
- ✓ **Educación:** Comprende la elección de la educación que quisiese darse al hijo al igual que el credo religioso en el cual deseen los padres formar su conciencia. La educación comprende la enseñanza preescolar, básica, media y una profesión u oficio (artículo 332 Código Civil).
- ✓ **Corrección:** Comprende la facultad de corregir a los hijos cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal (artículo 234 Código Civil).



ALCANZANDO TUS METAS SE CUMPLIRAN TUS SUEÑOS...

## CARACTERÍSTICAS DEL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS EN CHILE

Si bien en términos legislativos en el año 2013 se perdió la posibilidad de incorporar el concepto de cuidado personal, a diferencia de lo que sí se hizo con el concepto de *cuidado personal compartido* (artículo 225, inciso 2° del Código Civil) y la relación directa y regular (artículo 229, inciso 2° del Código Civil), la doctrina estableció para el cuidado personal las siguientes características:

- A. Tiene su origen en el vínculo de filiación que une a los padres con el hijo.
- B. La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo.
- C. Deben procurar su mayor realización espiritual y material posible.
- D. Deben guiarlo en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de modo conforme a la evolución de sus facultades.
- E. Corresponde que sea ejercida de consuno por ambos padres o por el padre o madre sobreviviente.
- F. El cuidado personal de los hijos menores en caso de separación, corresponde al padre o madre con quien estén conviviendo (nuevo art. 225 del Código Civil).
- G. Comprende la crianza, educación y establecimiento.
- H. Puede ser reclamada tanto por el padre como por la madre o por terceros.
- I. Se puede reclamar en favor de los hijos de filiación matrimonial y no matrimonial.
- J. Solo se puede privar del cuidado personal por alguna de las causas señaladas en la ley.
- K. Se puede acordar por escritura pública o acta extendida ante un oficial del Registro Civil, debiendo inscribirse en el Registro Civil, también lo pueden acordar en un proceso de mediación.
- L. Como contrapartida, los hijos deben respeto y obediencia a sus padres, debiendo cuidar de ellos en su ancianidad y auxiliarlos en todas las circunstancias de la vida.
- M. El juez de familia para adoptar sus resoluciones deberá atender como consideración primordial al interés superior del hijo.



ALCANZANDO TUS METAS SE CUMPLIRAN TUS SUEÑOS...

## TITULARES DEL CUIDADO PERSONAL. REGLAS DE DETERMINACIÓN O ATRIBUCIÓN DEL CUIDADO PERSONAL

La regla general es que los niños han de ser criados por sus padres. No obstante ello, por diversas circunstancias esa situación puede verse alterada. Es por esto, que la Ley 20.680 (Ley de Corresponsabilidad Parental) instala que las decisiones que se adopten en cuidado personal de los hijos tengan en cuenta prioritariamente el bienestar del hijo menor de edad, como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño, al consagrar como principio rector el interés superior del niño (art. 3°).

Evidentemente existen diferentes razones por las que el principio general de que un NNA viva junto a sus padres puede verse alterado, ya sea por la separación de los padres, fallecimiento de uno de ellos o que ambos estén inhabilitados (física o moralmente) de cuidar personalmente del hijo/a, y para cada una de estas situaciones, existen reglas según los siguientes artículos del Código Civil:

- **Artículo 224, si los padres viven juntos:** Les corresponde a ambos ejercer el cuidado personal.

Si esto no es así, se aplican las siguientes Reglas de Atribución:

- A. Convención entre los padres.
- B. Legal supletoria a la voluntad de los padres.
- C. Judicial en subsidio de las anteriores.

- **Artículo 225, si los padres viven separados.**
- ***Artículo 226, si un tercero les quiere disputar a los padres el cuidado personal de un niño.***

### A. Regla de atribución por convención entre los padres

Los padres que viven separados, por diversos mecanismos pueden llegar a acuerdos (dentro o fuera de un proceso judicial). A continuación, se presentan las fuentes legales de esta atribución:





ALCANZANDO TUS METAS SE CUMPLIRAN TUS SUEÑOS...

**Artículo 225 del Código Civil, introducido por la Ley 19.585 (1998) y modificado por la Ley 20.680 (2013)**

Reconoce la autonomía de la voluntad de los padres al establecer en el inciso 1°: “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”.

Es decir, en este artículo se consigna el cuidado compartido como un mecanismo exclusivo de los padres, nunca del juez. Ante la separación de los padres, el juez no interviene, por mandato legal. La ley permite que sean los padres los que decidan cuál será el padre custodio de los niños. Y si este acuerdo no es posible, recién opera la intervención estatal.

**Artículo 21 de la Ley 19.947 sobre matrimonio civil.**

Otra posibilidad que los padres pueden acordar sobre el cuidado personal es en los procesos de divorcio, separación o nulidad. Los cónyuges deben presentar al juez acuerdos relativos a sus relaciones mutuas y respecto a los hijos, si los hubiere.

Aquí la ley señala que los padres deben presentar al juez, para su aprobación, acuerdos sobre el cuidado personal de los hijos, sobre la relación directa y regular, sobre alimentos y la patria potestad.

A partir de la Ley 19.585, los padres pueden acordar la separación de los hermanos. El juez no puede prohibirlo.

**Artículo 106 de la Ley 19.968**

La voluntad de los padres puede manifestarse en un proceso de mediación familiar. Pueden acordar que el cuidado personal de los hijos radique exclusivamente en uno de ellos o que sea compartido. El éxito de una mediación está en los acuerdos alcanzados en forma voluntaria por las partes y en el compromiso de cumplir lo acordado.



## ALCANZANDO TUS METAS SE CUMPLIRAN TUS SUEÑOS...

El definitiva, los acuerdos que los padres tomen respecto del cuidado personal de los hijos, debe hacerse a través de una escritura pública o en un acta extendida ante cualquier Oficial de Registro Civil, y además, debe inscribirse al margen de la inscripción de nacimiento de los respectivos hijos. Lo trascendental, es que este acuerdo debe establecer la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no se quede con el cuidado personal de el o los hijos comunes, mantendrá una relación directa y regular con ellos y que podrá revocarse o modificarse este acuerdo, cumpliendo las mismas solemnidades.

Ahora bien, se vuelve trascendental evidenciar respecto de los acuerdos de los padres, que la ley no permite que estos generen acuerdos para entregar o atribuir el cuidado personal de un niño a un tercero, pariente o extraño. Puesto que en estos casos, cuando el cuidado personal es desplazado a un tercero, debe hacerse por intervención judicial, considerando siempre el interés superior del niño.

La ley solo permite que entre los padres y solo entre ellos, puedan existir acuerdos, sobre quien tendrá a los niños y lo pueden modificar las veces que quieran, sin intervención del juez. Basta que concurren al Servicio de Registro Civil a dejar constancia (subinscripción al margen de la partida de nacimiento).

En conclusión, la ley establece que:

- ✓ Los padres no pueden coludir para ceder al hijo a otra persona.
- ✓ El cuidado personal de los hijos es indelegable. A los padres no les está permitido abdicar de sus obligaciones.
- ✓ Si el niño ha de permanecer con otra persona que no sea alguno de sus padres, debe intervenir el juez (artículo 226 del Código Civil) según las circunstancias que allí se describen.



ALCANZANDO TUS METAS SE CUMPLIRAN TUS SUEÑOS...

## **B. Regla de atribución legal supletoria a la voluntad de los padres**

La regla general del Código Civil es que el cuidado personal del NNA se ejerza en conjunto por ambos padres. Sin embargo, como se evidenció anteriormente, esta regla general puede resultar alterada y si no pueden lograrse acuerdos, se deben observar las siguientes reglas:

- **Caso en que uno de los padres fallece:** Es la propia ley la que entrega la respuesta, según el artículo 224 del Código Civil, le toca al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos.  
“Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Este 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”.
- **Caso del hijo no matrimonial:** El artículo 224, inciso 2° dispone que “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”, pero si no ha sido reconocido por ninguno de ellos, corresponderá al juez determinar la persona que tendrá a su cuidado el menor de edad.
- **Caso en que los padres viven separados y no acuerdan con quién vivirá el niño:** Ante la falta de acuerdo de los padres la ley es clara al señalar que los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo, al momento de la ruptura.



ALCANZANDO TUS METAS SE CUMPLIRAN TUS SUEÑOS...

### **C. Regla de atribución judicial en subsidio de las anteriores**

Esta regla de atribución procede cuando:

1. Existe ruptura familiar (con o sin matrimonio entre los padres) y no hay acuerdo.
2. En cualquiera de los casos del art. 225 del Código Civil, cuando por el *interés superior del niño* sea conveniente que el juez atribuya el cuidado personal al otro padre o radicarlo en uno solo de ellos si existiere, previamente, una tuición compartida.
3. El padre o la madre impugna un acuerdo anterior celebrado entre ellos, invocando cambio de circunstancias.

✚ **Límite o inhabilidad:** En ningún caso el juez puede fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres.

### **CRITERIOS PARA OTORGAR EL CUIDADO PERSONAL**

El nuevo artículo 225-2 del Código Civil señala las consideraciones que el juez debe tener en cuenta al momento de resolver.

En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se consideran y ponderan conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias (art. 225-A del Código Civil):

1. La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres y demás personas de su entorno familiar.
2. La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
3. La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.
4. La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular.



ALCANZANDO TUS METAS SE CUMPLIRAN TUS SUEÑOS...

5. La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
6. La opinión expresada por el hijo.
7. El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
8. Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
9. El domicilio de los padres.
10. Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo

### **ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL CUIDADO PERSONAL A TERCEROS**

Respecto de la atribución del cuidado personal de un niño a un tercero, el artículo 226 del Código Civil dispone que:

“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, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2”.

Es decir que la ley se sitúa ante la eventualidad que ambos padres se encuentren inhabilitados física o moralmente, para que otro, un tercero, pueda hacerse cargo del cuidado personal de un niño.

Además, la ley exige que estas otras personas deban ser competentes para el ejercicio de esta responsabilidad.

Asimismo, la ley hace hincapié en que el juez siempre deberá velar por el interés superior del niño conforme a los criterios del nuevo artículo 225-2.



ALCANZANDO TUS METAS SE CUMPLIRAN TUS SUEÑOS...

## CAUSALES DE INHABILIDAD DE LOS PADRES

Si un tercero (pariente o no) desea disputar el cuidado personal de un NNA debe invocar la inhabilidad de ambos padres (artículo 226 del Código Civil).

Frente a esto, la Ley 16.618, aún vigente, en su artículo 42 expresa lo que se entenderá como causal de inhabilidad de los padres:

1. Cuando estuvieren 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 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 de edad o cuando la permanencia de este en el hogar constituya un peligro para su moralidad.
7. Cuando cualquiera otra causa coloque al menor de edad en peligro moral o material.

En consecuencia, para que un tercero obtenga su pretensión, la ley exige la prueba de inhabilidad física o moral de ambos padres. Se requiere la prueba no solo del padre o madre que tiene el cuidado personal, sino de ambos padres, aunque no vivan juntos (de ser hábil uno de ellos preferirá entonces, al tercero, sea este pariente o extraño). Acreditada la inhabilidad, el juez debe preferir a los parientes consanguíneos más próximos y de entre estos a los ascendientes y de entre esos a los más idóneos según el interés superior del niño.

El tercero que disputa con alguno de los padres el cuidado personal de un niño no solo debe probar que la madre esta inhabilitada, sino que también lo está el padre, pues son ellos los que deben cuidar al niño; si la madre no puede, se traspasa al padre esa obligación, para que asuma su responsabilidad, y solo si ambos padres no pueden (por inhabilidad física o moral) recién entra este tercero a ser considerado. Si solo alguno de los padres es hábil, inmediatamente desplaza al tercero. Por ejemplo, si una



ALCANZANDO TUS METAS SE CUMPLIRAN TUS SUEÑOS...

abuela (paterna) pide el cuidado personal de su nieto, porque la madre es drogadicta, ella tendrá que interponer su demanda de cuidado personal previa mediación obligatoria en contra de ambos padres y se verificará que estos, efectivamente, están inhabilitados. Es decir, será motivo de investigación judicial si el padre del niño, hijo de la demandante, puede hacerse cargo en forma responsable del niño, pues ante la falta de la madre, sobre él recae la obligación de cuidado, antes que sobre la abuela paterna. Esta solo podrá obtener una sentencia favorable en la medida que tanto la madre como el padre (su hijo) sean inhábiles.

### **ATRIBUCIÓN JUDICIAL A TERCEROS COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN**

La demanda interpuesta por un tercero (familiar o no) bajo el amparo del artículo 226 del Código Civil (si un tercero les quiere disputar a los padres el cuidado personal de un niño), es una demanda de cuidado personal, previa mediación obligatoria y se tramita conforme a las reglas del procedimiento ordinario ante los Tribunales de Familia (del artículo 55 al 67 de la Ley de Tribunales de Familia). En ella, los demandados serán ambos padres y deberá cumplirse con las formalidades que la ley señala.

Es de común ocurrencia, y se tramita así en la mayoría de los casos, que estos terceros recurren al procedimiento especial de medidas de protección, regulado desde el artículo 68 al 80 bis de la Ley de Tribunales de Familia. La razón: en este tipo de procedimiento especial no se necesita mediación previa obligatoria ni abogado. Además, no siempre quien interpone una medida de protección (un pariente o un tercero), sabe con certeza el domicilio de los padres. Entonces, el tribunal puede decretar las medidas cautelares (de rápida ejecución) del artículo 71 de la Ley 19.968, que sean necesarias para proteger a los menores de edad o niños gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos. Luego de un proceso investigativo y de reunir más antecedentes, y como sentencia definitiva, puede ser adoptada cualquier medida que resguarde el interés superior del niño. El artículo 30 de la Ley 16618 señala que el juez:



ALCANZANDO TUS METAS SE CUMPLIRAN TUS SUEÑOS...

Mediante resolución fundada, podrá decretar las medidas que sean necesarias para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos.

En particular, el juez podrá:

1. Disponer la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes, y
2. Disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial.

Si adoptare la medida a que se refiere el número 2, el juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado del niño a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza.

Ahora bien, los procedimientos judiciales en que se puede abarcar el cuidado personal en un Tribunal de Familia son dos: la *Civil* (procedimiento ordinario) y la *Proteccional* (procedimiento especial de protección):

- A. Causa Civil:** Demanda de cuidado personal, previa mediación obligatoria, interpuesta por un tercero (pariente o no), en contra de los padres, pretendiendo la parte demandante obtener para sí el cuidado personal de un niño. La sentencia pone fin al proceso y para modificarla, vencidos los recursos legales ante la Corte de Apelaciones, será necesario iniciar un nuevo juicio de cuidado personal, si han variado las circunstancias.
- B. Causa Proteccional:** Solicitud de medida de protección interpuesta por cualquier persona (educador, agente de salud, policía, Ministerio Público, familiar, vecino, o de oficio por el propio tribunal, etc.) con el fin de poner término





ALCANZANDO TUS METAS SE CUMPLIRAN TUS SUEÑOS...

a una grave vulneración o amenaza de derechos del niño. Este procedimiento termina con una sentencia que adopta una medida de protección, cualquiera que sea necesaria y que ponga fin a esa vulneración de derechos. No existe un catálogo taxativo de medidas de protección que puedan adoptarse en una sentencia, a diferencia de las medidas cautelares del artículo 71 de la Ley de Tribunales de Familia, que son inmediatas, que se adoptan mientras dura el proceso investigativo jurídico-social y que pretenden frenar la vulneración de derechos o su amenaza. La sentencia puede decidir separar a un niño de su medio familiar, entregárselo a un familiar por un tiempo determinado, etc. Estas sentencias son revisables, pues las situaciones familiares pueden haberse modificado, por lo que si varían las circunstancias que existían al momento de adoptar la medida de protección, también puede establecerse una sentencia a esta nueva realidad.

## **REGULACIONES DEL CUIDADO PERSONAL, EN LEY 19.947 DE MATRIMONIO CIVIL**

El artículo 222 y siguientes del Código Civil dispone que los padres pueden decidir acerca de lo que estimen más beneficioso para los hijos, con las siguientes limitaciones: Por ejemplo, en la separación de hecho, en la separación judicial y en el divorcio solicitado en forma conjunta, la ley señala que los padres regularán de común acuerdo sus relaciones mutuas. Si hubiere hijos, ellos deben regular, al menos, los alimentos, el cuidado personal y la relación directa y regular. A este acuerdo se le llama acuerdo completo y suficiente.

- ✓ **El acuerdo será completo:** Si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil, es decir, cuidado personal, régimen de relación directa y regular, régimen económico del matrimonio, bienes familiares y alimentos.
- ✓ **El acuerdo será suficiente:** Si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y



ALCANZANDO TUS METAS SE CUMPLIRAN TUS SUEÑOS...

establece relaciones equitativas hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita.

El juez debe evaluar este acuerdo y si no es completo y/o suficiente lo subsanará o modificará en la sentencia (art. 31, inciso 2° de la Ley 19.947 de Matrimonio Civil).

Según el artículo 3°, N° 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el juez debe resolver cuidando proteger siempre el interés superior de los niños y, según el artículo 85, inciso 2° de la Ley 19.947, el juez debe oír a los hijos menores de edad en función de su juicio y madurez.

Se debe tener presente que la separación, el divorcio y la nulidad no alteran la filiación ya determinada de los hijos ni los derechos y deberes de los padres con estos.

## TRAMITACIÓN PARA SOLICITAR EL CUIDADO PERSONAL

### ➤ Audiencia preparatoria

El cuidado personal es una materia de *mediación obligatoria* de conformidad a lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley de Tribunales de Familia que señala que, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, tendrán que someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, el que se regirá por las normas de esta ley y su reglamento.

Así, junto con la demanda, se debe acompañar un certificado de *mediación frustrada* y el respectivo certificado de nacimiento del niño, con el fin de acreditar la filiación entre quien solicita el cuidado y el niño o niña.

Una vez recibida la demanda, el Tribunal de Familia cita a las partes a la audiencia preparatoria dentro del plazo más breve, debiendo notificarse la demanda con, al menos, 15 días hábiles antes de la audiencia fijada. Esto para que el demandado tenga tiempo para buscar asesoría de un abogado, pues es requisito ser asistido profesionalmente.



ALCANZANDO TUS METAS SE CUMPLIRAN TUS SUEÑOS...

Así también, es importante tener presente que la ley señala que la demanda debe ser contestada, por escrito, 5 días antes de la audiencia preparatoria. Ello se justifica por el principio de la bilateralidad de la audiencia, con el fin de que ambas partes, en igualdad de condiciones, tengan la posibilidad de ejercer sus derechos y el propio tribunal conozca de antemano cuáles serán los argumentos de ambas partes, pues debe preparar las bases de la conciliación que propondrá en la audiencia.

▪ ***Desarrollo de la audiencia:***

Su desarrollo está definido en el artículo 61 de la Ley 19.968. Las partes exponen sus pretensiones y el tribunal se pronuncia sobre las medidas cautelares adoptadas, revocándolas, modificándolas o cesándolas.

▪ ***Situaciones posibles que pueden darse en el desarrollo de una audiencia preparatoria:***

A. Derivación nuevamente a mediación, si las partes lo aceptan. El procedimiento se suspende a la espera de ese resultado. Si es exitosa, la causa concluye.

B. Conciliación promovida por el tribunal. La causa concluye.

Si no existe mediación ni conciliación, el tribunal define el objeto del juicio, los hechos que deben ser probados, en este caso a la luz de lo discutido en la demanda, en la contestación de la demanda y lo dispuesto expresamente en el nuevo artículo 225-2 del Código Civil.

➤ **Hechos de prueba en materia de cuidado personal**

Sin perjuicio de las particularidades de cada caso, la regla general será probar, por la parte a quien le interese los tópicos señalados expresamente en la Ley 20.680 (Ley de Corresponsabilidad Parental).

En consecuencia, deberá probarse específicamente, según el caso (art. 225-2 del Código Civil):



ALCANZANDO TUS METAS SE CUMPLIRAN TUS SUEÑOS...

- A. La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres y demás personas de su entorno familiar:** Refiere a la cercanía que exista entre el hijo y cada uno de sus padres o respecto de otra persona que viva en el mismo hogar del niño, abuela, tía u otra figura que sea o haya sido importante en la crianza del hijo. Se reconoce también el desapego afectivo del hijo respecto de uno de sus padres, algún rechazo o problema significativo con alguna persona que conviva con el NNA o que sea parte de su entorno familiar más cercano.
- B. La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado según su edad:** Se vincula a las competencias o habilidades parentales para lograr que el hijo se desarrolle en plenitud, no se trata solo de un bien estar económico.
- C. La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo:** Antes la legislación establecía que si un padre o madre no contribuyó a la mantención de su hijo pudiendo hacerlo y puso en riesgo la vida de aquel, sin tomar en consideración su bienestar, no podía aspirar a tener el cuidado personal de su hijo. Sin embargo, hoy con la modificación legal, un padre que esté cesante y tenga las habilidades para cuidar amorosamente del niño o tener una red familiar que lo apoye, no queda excluido de ser considerada su situación. Por tanto, el juez tiene mayor amplitud para resolver.
- D. La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 229 del Código Civil:** Este artículo establece que el padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre. Esta consideración es muy relevante, por lo que se debe investigar cuál ha sido la actitud de los padres, para cooperar en que el hijo se relacione con el



ALCANZANDO TUS METAS SE CUMPLIRAN TUS SUEÑOS...

progenitor no custodio. No se trata solo de cumplir con el régimen de la relación directa y regular, sino que se debe promover la importancia de la relación del hijo con el otro padre.

En este punto es importante destacar que si se decreta el cuidado personal a favor de uno de los progenitores y si el padre o madre no custodio reclama y prueba el no cumplimiento del régimen directo y regular, por entorpecimiento arbitrario o injustificado, el tribunal podría reconsiderar la radicación del cuidado personal y la posibilidad de cambiarlo si la situación es grave, significativa o persistente.

El padre o madre afectado podría interponer una nueva demanda de cuidado personal, fundada en el incumplimiento injustificado o entorpecimiento arbitrario del régimen comunicacional (el juez no puede actuar de oficio). En ese nuevo proceso se probará que las circunstancias han cambiado y que no existe una comunicación fluida entre el padre o madre no custodio (demandante) y el niño, por lo que el juez puede cambiar al titular del cuidado personal y entregarlo al otro progenitor, pero jamás el juez puede entregar la custodia compartida.

- E. La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y especialmente la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades:** En el derecho extranjero a esto se le denomina la *regla de la aproximación*, es decir, acercarse lo más posible a la distribución de las funciones que cada papá o mamá ejercía antes de la intervención judicial. La idea es conservar, de la mejor forma posible, las rutinas y los deberes que ambos padres habían adquirido y desarrollado antes de la ruptura matrimonial, no alterando demasiado la situación familiar antes de la separación.
- F. La opinión expresada por el hijo:** En la mayoría de los Tribunales de Familia existen las salas Gesell, establecidas para cumplir con el estándar internacional de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), sobre todo en lo que se refiere al derecho del niño a ser oído, tomando en cuenta su edad



ALCANZANDO TUS METAS SE CUMPLIRAN TUS SUEÑOS...

y madurez, según el *principio de la autonomía progresiva* establecida en el artículo 5° de la CDN. El juez debe considerar lo expresado por el niño en conjunto con los demás elementos de prueba.

- G. El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar:** En este punto se debe recalcar la relevancia de los informes sociales y psicológicos (o psiquiátricos) que ofrezcan las partes, por peritos de su confianza o por los organismos colaboradores del Servicio Nacional de Menores (SENAME). Lo ideal es que estas pericias sean tanto de los adultos como de los hijos.
- H. Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio:** Es de vital importancia si los padres, producida la separación, tenían algún acuerdo entre ellos respecto a los hijos y a la forma en que se cumplía un régimen comunicacional, o en relación a la separación de hermanos por un tiempo, y si durante el proceso se decretó una medida cautelar, por ejemplo, de relación directa y regular con el padre/madre no custodio. De ser así, se analizará también cómo ha sido el nivel de cumplimiento y si este acuerdo satisface o no el interés superior del hijo.
- I. El domicilio de los padres:** Es un factor a considerar para evaluar las distancias que deben recorrer los niños desde la casa de un padre a otro y hasta el colegio, o a la casa de los abuelos u otras personas que participen en su crianza y cuidado.
- J. Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo:** El tribunal en esta oportunidad de la audiencia puede aprobar *convenciones probatorias*, que son acuerdos a los que llegan las partes para tener por acreditados ciertos hechos que no serán probados durante el transcurso del juicio. Luego, se determina la prueba que sí será admitida y que las partes han ofrecido; por ejemplo, documentos, testigos, informe de peritos,



ALCANZANDO TUS METAS SE CUMPLIRAN TUS SUEÑOS...

declaración de la parte contraria, fotografías, audios, videos, información a ciertos organismos, etc., y concluye la audiencia, fijando la fecha de la audiencia de juicio.

### ➤ **Audiencia de juicio**

Esta audiencia debe celebrarse dentro de los 30 días hábiles siguientes a la audiencia preparatoria. En esta audiencia se procede a recibir la prueba que fue ofrecida incorporar, es decir:

- ✓ **Prueba documental:** Por ejemplo, se lee, se incorpora (principio de oralidad) el certificado matrimonio y nacimiento de hijos; demandas o sentencias anteriores que resulten relevantes, etc.
  
- ✓ **Prueba testimonial:** Se presentarán los testigos de cada parte y los abogados efectuarán preguntas relativas a los tópicos señalados más arriba. Los testigos serán personas que conozcan a cabalidad las circunstancias de vida del niño y señalarán los aspectos de los cuales serán interrogados por los abogados. El juez también les puede pedir aclaración sobre sus declaraciones.
  
- ✓ **Prueba pericial:** En esta etapa puede comparecer un perito psicólogo que, desde su ciencia, explicará las circunstancias específicas relativas al niño, siempre en relación a los hechos que deben ser probados.

Finalmente, una vez analizadas todas las pruebas y tenido un conocimiento general sobre la situación familiar, el juez efectúa su sentencia final o comunica su veredicto a las partes.