



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Lathrop Gómez, Fabiola

(IN)CONSTITUCIONALIDAD DE LA REGLA DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE MATERNA DEL
CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS DEL ARTÍCULO 225 DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO

Ius et Praxis, vol. 16, núm. 2, 2010, pp. 147-184

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19715603006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

 redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

(IN)CONSTITUCIONALIDAD DE LA REGLA DE ATRIBUCIÓN
PREFERENTE MATERNA DEL CUIDADO PERSONAL DE LOS
HIJOS DEL ARTÍCULO 225 DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO*
(UN)CONSTITUTIONALITY OF THE PREFERENCE TOWARDS THE MOTHER OF THE
LEGAL ATTRIBUTION OF CHILD PHYSICAL CUSTODY OF THE ARTICLE 225
SECTION OF THE CHILEAN CIVIL CODE

FABIOLA LATHROP GÓMEZ**

RESUMEN

El presente artículo sostiene que la norma de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos, contenida en el artículo 225 del Código Civil chileno, es inconstitucional, pues se funda en una discriminación arbitraria, injusta, no razonable y desproporcionada, vulneradora del principio de igualdad jurídica y material. Se analiza el caso chileno a la luz de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Comparado.

ABSTRACT

The present article sustains that the preference towards the mother of the legal attribution of physical custody, contained in the article 225 of the Chilean Civil Code, is unconstitutional, since is based in an arbitrary discrimination, unjust, not reasonable and disproportionate, that violates the principle of legal and material equality. The Chilean case is analyzed in the light of International Human Rights Treaties and Comparative Law.

PALABRAS CLAVE

Igualdad, Cuidado Personal, Crisis Matrimonial

KEY WORDS

Equity, Physical Custody, Marital Crisis

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Fondecyt Nº 11090042. Trabajo recibido el 29 de agosto y aprobado el 24 de septiembre de 2010.

** Abogada; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca, España; Profesora de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile e Investigadora de la Escuela de Graduados de la misma Facultad. Correo electrónico: flathrop@derecho.uchile.cl.

I. INTRODUCCIÓN: LAS NORMAS APLICABLES AL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS

Dentro de las cuestiones que padre y madre deben regular luego de su quiebre, está la determinación de quién ejercerá el cuidado personal de sus hijos. Al respecto, nuestra legislación presenta tres tipos de atribuciones: atribución legal, judicial y convencional.

En virtud de la primera, el art. 225 inciso primero del Código Civil (en adelante C.C.) establece que si ambos padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.

Conforme a la atribución convencional, el mismo artículo, en su inciso segundo, señala que si los padres viven separados pueden acordar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre, alterando, de esta forma, lo prescrito supletoriamente por el art. 225 inciso primero C.C.¹.

Por último, no obstante la atribución legal y convencional, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, el juez puede ordenar que el cuidado personal lo ejerza el otro progenitor, si el padre o madre a quien se ha entregado el cuidado personal ocasiona maltrato, descuida a los hijos, o los ha abandonado, o bien, por cualquier otra causa calificada (art. 225 inciso tercero C.C.). Todo ello, con una limitación importante: no puede atribuir el cuidado personal del hijo a quien no ha contribuido a su manutención mientras estuvo al cuidado del otro parente, pudiendo hacerlo (segunda parte del inciso tercero del art. 225 C.C.)².

Asimismo, conforme al art. 226 C.C., el juez puede, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal del hijo a otra persona o personas que estime competentes³.

Ahora bien, estas normas del Código Civil debemos concordarlas con las contenidas en la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947⁴ que, para los casos de

¹ La doctrina reciente interpreta con amplitud esta norma. Así, se ha estimado que serían acuerdos válidos aquel por el cual los padres establecen que el cuidado pasará al parente a partir de una determinada edad o durante cierto periodo e, incluso, un régimen compartido de tuición. Así, COURT MURASSO, Eduardo, *Curso de Derecho de Familia. La Filiación por naturaleza*, Abeledo Perrot/Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 75.

² Restricción que se encontraba también en el art. 46 de la Ley de Menores N° 16.618 antes de la Ley de Filiación N° 19.585 y que debemos entenderla en concordancia con la letra a) del inciso segundo del art. 19 de la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias.

³ Recordemos que esta norma debe concordarse con el art. 42 de la Ley de Menores N° 16.618. Para RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, "El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo Derecho chileno de Familia", *Revista Chilena de Derecho* Vol. 36, N° 3, 2009, p. 548, la inhabilidad de los padres ha dejado de ser un criterio preponderante de adjudicación del cuidado personal entre los progenitores. La inhabilidad dice relación más bien con el criterio de adjudicación a terceros, parientes o extraños.

⁴ En adelante LMC.

separación (de hecho o judicial) y divorcio, establece la posibilidad de intervención judicial a este respecto al aprobar el acuerdo completo y suficiente⁵, o bien porque, aplicando los arts. 31, inciso primero, 67, 70, 89 y 90 de la LMC, podemos llegar a la conclusión de que también el juez deberá pronunciarse sobre el cuidado de los hijos en los casos en que no se exige el acuerdo regulador.

En efecto, el art. 67 de la LMC establece que, solicitada la separación, el juez, durante la audiencia preparatoria, debe instar a las partes a una conciliación, la que tendrá por objetivo acordar las medidas que regularán lo concerniente a los alimentos entre los cónyuges y para los hijos, su cuidado personal, la relación directa y regular y el ejercicio de la patria potestad. En concordancia con esta disposición, el art. 90 de esta ley establece que en este llamado a conciliación se incluirán estas materias aun cuando no se hubieren solicitado directamente en la demanda o en la reconvención. Y si las partes no alcanzaren acuerdo, el juez deberá pronunciarse sobre dichas materias, con carácter provisional, conforme al art. 70 de la LMC.

Asimismo, en materia de procedimiento, el art. 89 de la LMC ordena que las acciones que tengan por objetivo regular el régimen de alimentos, el cuidado personal de los hijos o la relación directa y regular, cuando no se hubieren deducido previamente de acuerdo a las reglas generales, como asimismo todas las cuestiones relacionadas con el régimen de bienes del matrimonio que no hubieren sido resueltas en forma previa a la presentación de la demanda de separación, nulidad o divorcio, deben deducirse en forma conjunta con ésta o por vía reconvencional, en su caso.

Estas líneas tienen por objeto detenerse en el primer tipo de atribuciones reseñadas y, especialmente, en la regla de la atribución legal del art. 225 inciso primero C.C.; en concreto, buscamos revisar la constitucionalidad de esta norma

⁵ En caso de nulidad, si bien la LMC no exige la presentación del mencionado acuerdo, estimamos que no habría problema en que las partes regularan de común acuerdo el cuidado personal de los hijos. Originalmente, la LMC establecía el acuerdo para la trilogía completa, es decir, separación, divorcio y nulidad. Así se contemplaba en el Proyecto Original, en la indicación sustitutiva y en el Texto aprobado por la Cámara de Diputados. Fue en el Senado donde se rompió esta sistematización de las normas comunes a la relajación y disolución del vínculo. En caso de nulidad, si bien la LMC no exige la presentación del mencionado acuerdo, estimamos que no habría problema en que las partes regularan de común acuerdo el cuidado personal de los hijos. Originalmente, la LMC establecía el acuerdo para la trilogía completa, es decir, separación, divorcio y nulidad. Así se contemplaba en el Proyecto Original, en la indicación sustitutiva y en el Texto aprobado por la Cámara de Diputados. Fue en el Senado donde se rompió esta sistematización de las normas comunes a la relajación y disolución del vínculo. *Vid. PRIMER INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO*, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva Ley de Matrimonio Civil, de 9 de julio de 2003, Boletín N° 1759-18, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 19.947 Establece Ley de Matrimonio Civil, pp. 563 y 606. En: <http://www.bcn.cl-histley-lfs-hdl-19947-HL19947.pdf> [visitado el 31/08/2010].

a la luz del principio de igualdad contenido en el art. 19 N° 2 de la Constitución Política⁶ y de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que se encuentran vigentes en Chile, intentando así destruir los argumentos de utilidad y legitimidad esgrimidos por la doctrina a favor del art. 225 inciso primero C.C.

II. BREVE NOTICIA HISTÓRICA

El legislador, históricamente, ha concedido a la madre el cuidado personal de los hijos e hijas. Las modificaciones introducidas a la atribución legal del cuidado personal han dicho relación con la edad hasta la cual permanecen bajo su cuidado exclusivo, edad que, por cierto, ha aumentado progresivamente.

Así, ante todo, el art. 225 C.C. tiene su antecedente inmediato en el antiguo art. 223 del C.C. que, de acuerdo a la Ley N° 18.802 de 1989, establecía que correspondía a la madre el cuidado de todos los hijos menores, cualquiera fuese su sexo, salvo en caso de depravación materna que provocase perversión en los hijos.

Sin embargo, los orígenes del art. 225 del C.C. se remontan al Código Civil de 1855, el cual otorgaba a la madre el cuidado de los hijos menores de cinco años e hijas de toda edad. El padre era asignatario del cuidado de los hijos varones mayores de cinco años⁷.

En 1935, la Ley N° 5.680 elevó este límite de edad de los hijos a los diez años. Y en 1952, la Ley N° 10.271 la aumentó a los catorce años: cumplida esa edad, los hijos varones pasaban a estar bajo el cuidado personal del padre⁸.

El texto de la norma actual fue fijado por la Ley N° 19.585 de 1998, dejando, esta vez, sin distinción de sexo, a todos los hijos menores bajo el cuidado materno.

Según consta en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 20 de noviembre de 1996, los legisladores señalaron que, a falta de acuerdo, sea porque no existe o porque no consta en

⁶ Cuestionan su legitimidad, BARROS BOURIE, Enrique, "Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación", en *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno*, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1999, p. 47; SCHMIDT HOTT, Claudia, "Relaciones filiales personales y patrimoniales", en SCHMIDT HOTT, Claudia; VELOSO VALENZUELA, Paulina, *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, ConoSur, Santiago de Chile, 2001, p. 277; y GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *El Sistema Filiativo chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, p. 141. Por su parte, defiende su coherencia con la Carta Fundamental, RODRÍGUEZ, "El cuidado", cit. nota n. 3, pp. 562-564.

⁷ En esta norma vemos cómo, desde antaño, el papel que desempeña la mujer en la familia era heredado de generación en generación, pues quedando la hija al cuidado de su madre, se asegura el aprendizaje de las tareas domésticas, mientras que el hijo varón, alcanzada cierta madurez, deja esta órbita para "acompañar" a su padre en lo extra-familiar.

⁸ Esta es la solución más adecuada para COURT, *Curso*, cit. nota n. 1, p. 73.

la forma señalada, la madre tiene el cuidado personal de los hijos menores. Estableciéndose, además, que la radicación legal del cuidado de los hijos, si no hay acuerdo, evita numerosas dificultades y responde a la práctica, que demuestra que lo más frecuente es que sea la madre la que lo asuma cuando los padres no viven juntos⁹.

En materia de inhabilidades, el legislador de 1855 estableció que la madre quedaba excluida del ejercicio del cuidado personal de los hijos si por su depravación fuera de temer que ellos se pervirtieran, lo que se presumía, de pleno derecho, en el caso de divorcio causado por adulterio de la madre. En 1952, la Ley N° 10.271 –y posteriormente la Ley N° 18.802, que no modificó la norma respectiva– suprimió esta presunción, estableciendo que si el adulterio era la causa del divorcio, ello constituía un antecedente de importancia para resolver su inhabilidad, sin distinguir entre padre y madre.

Por su parte, la Ley N° 18.802 mantuvo la regla según la cual la depravación de la madre era causa de inhabilidad para ejercer la tuición, añadiendo que “en estos casos, o en el de hallarse inhabilitada por otra causa, se confiará el cuidado personal de los hijos al padre”. Esta norma había que entenderla en concordancia con el art. 42 de la Ley de Menores N° 16.618, que establecía dichas causales.

⁹ El PRIMER INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, de 20 de noviembre de 1996, Boletín N° 1060-07, señala: “A falta de acuerdo, sea porque no existe o porque no consta en la forma señalada, la madre tendrá el cuidado personal de los hijos menores. La radicación legal del cuidado de los hijos, si no hay acuerdo, evita numerosas dificultades y responde a la práctica, que demuestra que lo más frecuente es que sea la madre la que lo asuma cuando los padres no viven juntos”. En el SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, de 4 de noviembre de 1997, Boletín N° 1060-07, se indica también: “(...) la mayoría de la Comisión –integrada por los HH. Senadores señores Fernández, Larraín y Otero–, estimó que, en principio, el cuidado personal de los hijos pertenece naturalmente a la madre, por ser más idónea, y las indicaciones sólo consagran esa realidad al darle carácter de regla general. La minoría hizo presente que, an cuando mantenía sus prevenciones, como creía que en esta materia, por ser tan delicada, era conveniente que la Comisión tuviese un criterio unánime, se sumaría a la idea de establecer que, si los padres viven separados, toca a la madre el cuidado personal de los hijos, pero, de común acuerdo, ambos padres pueden determinar que el cuidado personal lo tenga el padre. Hubo coincidencia en no establecer un plazo para la duración del acuerdo –como propone el inciso primero de la indicación N° 121–, por estimarlo inconveniente, desde el momento en que, cuando los padres lo decidan, podrán revocarlo y, si se produjese discrepancias, cabrá al tribunal dirimirlas. Puestos en votación los incisos primero de las indicaciones N°s. 121 y 122, fueron aprobados con cambios por los HH. Senadores señores Fernández, Hamilton, Larraín, Otero y Sule, en forma unánime”. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 19.585 Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de Filiación, pp. 410, 793 y 794. En: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursosegales/10221.3/4231/1/HL19585.pdf> [visitado el 31/08/2010].

La Ley de Filiación N° 19.585 no alteró el criterio legal de preferencia materna, pero eliminó la causal de depravación de la madre como causal de inhabilidad, así como la referencia al adulterio de los padres como antecedente importante para resolver sobre la inhabilidad para ejercer el cuidado personal, derogando, por último, la norma según la cual, en el caso de encontrarse la madre inhabilitada por otra causa, se debía confiar el cuidado personal de los hijos al padre.

III. LA (IN)CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA DE ATRIBUCIÓN MATERNA PREFERENTE A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD FORMAL

En este trabajo pretendemos revisar la constitucionalidad de la norma en cuestión desde un doble punto de vista: formal y material¹⁰. En primer término, analizaremos la (i)legitimidad del art. 225 inciso primero C.C. desde el punto de vista de la igualdad formal.

La Constitución Política¹¹ asegura a todas las personas la igualdad ante la ley; agrega que ni la ley ni autoridad alguna pueden establecer diferencias arbitrarias, prescribiendo, expresamente, que hombres y mujeres son iguales ante la ley (art. 19 N° 2)¹².

Por ser este un trabajo que se enmarca en el Derecho Civil, no es del caso realizar aquí un estudio acabado sobre el principio de igualdad a nivel constitucional. A efectos del análisis de la legitimidad de la norma en cuestión, nos interesa detenernos sólo en ciertos aspectos de dicho principio.

Así, lo primero que debemos señalar es que la igualdad constituye, en su esencia, un concepto relacional, esto es, no se verifica considerando a las personas en realidades aisladas sino siempre en términos de comparación entre dos o más personas o situaciones. Para el caso en análisis, estos supuestos serían el padre y la madre ubicados en situación de cuidar a sus hijos luego de la ruptura matrimonial o de pareja.

¹⁰ Sobre la distinción entre igualdad formal (o ante la ley) y material (o de hecho), puede consultarse BOBBIO, Norberto, *Igualdad y Libertad*, Ediciones Paidós-I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1993, pp. 75 y ss., quien se refiere a la igualdad jurídica, a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de hecho (o material), entre otros tipos de igualdad; VELOSO VALENZUELA, Paulina, "Igualdad y relaciones familiares", *Revista Jurídica de Palermo Sela*, 1999, Año 2000, pp. 233 y 234; y SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006, pp. 109 y ss. En el epígrafe 57 de esta última obra, dedicado a la igualdad de hecho, puede leerse: "(...) fue cundiendo la idea de que se impone como necesario no sólo sustentar la tesis de la igualdad como postulado doctrinario, sino posibilitar las condiciones sociales apropiadas para que, en la realidad, tal igualdad sea verdaderamente cierta para el común de los hombres y se llegue por tal medio a una democracia no puramente formal, sino cierta y auténtica" (p. 110).

¹¹ En adelante CPR o Constitución, indistintamente.

¹² La frase "hombres y mujeres son iguales ante la ley" fue introducida por la Ley N° 19.611, que "Establece igualdad jurídica entre hombres y mujeres", publicada el 16 de septiembre de 1999.

En segundo lugar, este principio no excluye la existencia de diferenciaciones entre dos o más personas o situaciones. Lo que realmente proscribe son las distinciones de carácter arbitrario.

Al respecto, para establecer si una norma es o no discriminatoria y vulnera el principio de igualdad garantizado por nuestra Constitución, es necesario analizar el criterio de distinción que utiliza.

La clave está, entonces, en el análisis del criterio de distinción, que nos permite determinar si existe una razón suficiente, razonable, que permita efectuar una distinción. Las distinciones no son *per se* atentatorias contra el principio de igualdad constitucional: es necesario que la distinción sea arbitraria. La idea que subyace en esta afirmación es que el principio de igualdad no puede ignorar las diferencias que existen entre los seres humanos, que no todas las diferenciaciones son arbitrarias y que el *quid* está en determinar qué distinciones autorizan tratamientos diferenciados y cuáles no.

Hasta aquí, la postura que defiendo no se aleja de la posición de quienes defienden la constitucionalidad del art. 225 C.C.

Hagamos, entonces, el ejercicio de establecer si el criterio establecido para efectuar la discriminación es o no arbitrario.

Según Alexy¹³, si no hay razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, está ordenado un tratamiento igual. Si hay razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, está ordenado un tratamiento desigual. Existe diferenciación arbitraria cuando para la diferenciación legal no es posible encontrar una “razón razonable”, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma sea concretamente comprensible.

De esta idea se desprende que quien pretende un trato diferenciado debe probar y justificar la discriminación. Y, en segundo lugar, que debe existir “razón suficiente” que avale el trato desigual, lo que resulta tremadamente complejo de dilucidar en algunos casos pues esto es, en suma, un problema de valoración.

¿Cuál sería la razón que lleva a hacer la distinción entre padre y madre para atribuir el cuidado personal? Descubrirla es el primer paso para establecer, luego, si es o no suficiente.

Referida ya, someramente, la redacción e historia legislativa del art. 225 C.C., podemos señalar que, en materia de asignación del cuidado personal luego de la ruptura familiar, ha existido desde siempre una discriminación entre hombre y mujer, padre y madre. El asunto está en determinar, a la luz de lo que hasta aquí hemos dicho, si ella es arbitraria o no.

Uno de los mecanismos ideados para determinar la pertinencia del criterio de distinción es el denominado “test de razonabilidad”, que comprende tres

¹³ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, Madrid, pp. 395 y ss.

etapas encaminadas a establecer la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual, la validez de ese objetivo frente a la Constitución, y la razonabilidad del trato desigual, esto es, la proporcionalidad entre ese trato y el fin que se persigue con el establecimiento de ese trato¹⁴.

En cuanto a esta última etapa, el “test de la razonabilidad” se remite a un segundo mecanismo: el “test de la proporcionalidad”, que vendría a ser un segundo principio encaminado a establecer la existencia o inexistencia de una discriminación arbitraria¹⁵.

A continuación, trataremos de determinar la in(valid)edad constitucional del criterio de atribución materna preferente del art. 225 inciso primero C.C., sobre la base de que las diferencias de trato se permiten cuando a) los supuestos son desiguales, b) cuando la distinción obedece a un criterio de necesidad y c) cuando se cumple con ciertos requisitos, como la idoneidad y la proporcionalidad¹⁶.

1. Los supuestos de la norma

El art. 225 inciso primero C.C. establece: “si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”.

¹⁴ El “test de la razonabilidad” se encuentra altamente difundido en numerosos países de Europa y América y es utilizado también en diversos tribunales internacionales. Dentro de la doctrina civil que se refiere a este mecanismo, se encuentra VELOSO VALENZUELA, Paulina, “Principios fundamentales del nuevo estatuto de la filiación”, en SCHMIDT HOTT, Claudia; VELOSO VALENZUELA, Paulina, *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, Santiago de Chile, ConoSur, 2001, pp. 30 y 31. En el Derecho Constitucional, ha abordado esta temática, a la luz de la jurisprudencia constitucional, BULNES ALDUNATE, Luz, “La igualdad ante la ley y la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, *Temas actuales de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2009, pp. 17-26, quien afirma que, la razonabilidad es el catarbón o estándar de acuerdo al cual debe apreciarse la medida de igualdad o desigualdad (p.19) y que, hasta el año 2007, el Tribunal Constitucional, en relación a la igualdad ante la ley, había aplicado el “test de la razonabilidad” (p. 20). El cambio aludido por la profesora Bulnes se aprecia en la sentencia Rol N° 790-07, especialmente, en sus considerandos vigésimo, vigésimo segundo y vigésimo cuarto; y en la sentencia Rol N° 755-2007. Sobre el principio de igualdad, puede consultarse también ATRIA LEMAITRE, Fernando, *Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1997, pp. 118 y 119; y GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2001, pp. 284 y 285, que se refiere al derecho de igualdad y el Derecho de Familia en Chile.

¹⁵ Cfr. VELOSO, “Principios”, cit. nota n. 14, p. 32. La profesora BULNES, “La igualdad”, cit. nota n. 14, p. 21, señala que, a partir del año 2007, concretamente con la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 790-07 recaída en un requerimiento de constitucionalidad, este Tribunal, sustentándose principalmente en la doctrina emanada de sus símiles español, mexicano y alemán, habría pasado a exigir, además de la razonabilidad, la proporcionalidad, esto es, las diferenciaciones no sólo deben ser racionales sino que también deben ser objetivas y proporcionales y deben estar acorde con la finalidad que persigue el legislador al establecer la distinción.

¹⁶ Seguimos a VELOSO, “Igualdad”, cit. nota n. 10, p. 233.

Los supuestos sobre los cuales esta norma efectúa la discriminación son: la madre ejerce el cuidado personal de los hijos y el padre ejerce el cuidado personal de los hijos. Ambos son, igualmente, padres. Ninguno es más progenitor que el otro. Sin embargo, el art. 225 inciso primero C.C. entrega a la madre este derecho-función sin hacer ningún llamamiento a la idoneidad de cada uno, como sería el caso de una norma que estableciera que el padre o madre más apto para ejercer el cuidado personal será su titular. Habrían, en este último caso, dos supuestos: un progenitor idóneo y uno menos idóneo.

No hay, entonces, supuestos desiguales.

2. La necesidad de la norma

En este punto, debemos preguntarnos si la distinción es necesaria.

En cuanto a la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual, tal como ha quedado plasmado en la Historia de la Ley N° 19.585¹⁷, el criterio de distinción utilizado en el art. 225 inciso primero C.C. apunta a una razón de conveniencia. Así, se ha afirmado que con esta regla no se requiere ningún trámite o declaración adicional, con lo que se evita cualquier gestión para acreditar la titularidad del cuidado personal¹⁸.

La diferencia se basa en la facilitación del trámite de atribución, pues la regla supletoria de atribución legal materna descarta la discusión sobre las aptitudes para ejercer el cuidado, evitando un pronunciamiento adicional al respecto.

Sin embargo, y con esto vamos cuestionando la efectiva necesidad de la norma, se ha hecho notar que la ley no consideró la forma en que la madre puede probar su derecho a la tuición del hijo que le corresponde al vivir separada del padre y que, necesariamente, deberá acudir a la justicia solicitando una tuición declaratoria¹⁹, lo que, desde luego, quita validez a la pretendida facilitación.

Por otra parte, generalmente, las reglas supletorias se justifican en cuanto determinan las consecuencias de los actos jurídicos cuando las partes interesadas no las han previsto ni regulado de otra manera, teniendo libertad para hacerlo²⁰; la ley se adelanta, dando solución a una determinada disyuntiva.

En nuestro caso, la ley se anticipa señalando que la madre ejerce el cuidado personal, supuestamente, para evitar que ello deba discutirse. Pero, ¿es o

¹⁷ Vid. nota al pie n. 9.

¹⁸ Así, ABELIUK MANASEVICH, René, *La Filiación y sus efectos*, Tomo I. La Filiación, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2000, p. 327 y RODRÍGUEZ, "El cuidado", cit. nota n. 3, pp. 558 y ss.

¹⁹ Así lo sostiene BAVESTRELLO BONTÁ, Irma, *Derecho de menores*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, p. 62.

²⁰ Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de Derecho Civil*, Parte Preliminar y Parte General, Tomo I, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2009, p. 117.

no necesaria la distinción? ¿Es necesario que ello no se discuta? ¿Qué es más conveniente: que se demuestren las aptitudes parentales o que se las presume en uno de ellos? ¿Qué es mejor, en suma, para el sujeto tutelado por la ley? ¿Cuáles son las desventajas de tener que requerir un pronunciamiento adicional respecto de quién es el titular, esto es, el niño?

A esta última pregunta se responde que, de no existir esta regla, habría que recurrir siempre a la justicia para determinar el progenitor cuidador²¹.

Pero veamos caso a caso.

La hipótesis del art. 225 inciso primero C.C. es “si los padres viven separados (...). ¿En qué casos lo están?: por separación de hecho o judicial, divorcio y nulidad.

En materia de separación de hecho, si los padres quieren regular los efectos de dicha separación, el art. 22 de la LMC exige la presentación de un acuerdo completo y suficiente al respecto²². Si nada se dice y no se intenta demanda al respecto por alguno de los padres, tendrán aplicación los arts. 225 y 245 del C.C., en lo que se refiere al cuidado personal y patria potestad respectivamente, pudiendo, en todo caso, otorgar el acuerdo al que se refiere el inciso segundo del art. 225 y el inciso segundo del art. 245 del C.C. Lo mismo se aplica si no existe matrimonio entre ellos y han decidido no vivir más juntos.

Si se trata, en cambio, de separación judicial o divorcio, estamos en hipótesis en que se exige el acuerdo completo y suficiente, o bien, en que el juez debe pronunciarse sobre esta materia. Analicemos la razón legal de este argumento.

Si la separación judicial es de mutuo acuerdo por cese de la convivencia, el art. 27 inciso segundo de la LMC exige la presentación del acuerdo, acuerdo que, por cierto, el juez podrá subsanar si no se cumple con los requisitos que señala el mismo art. 27 inciso segundo en relación con el art. 21 de la LMC, es decir, si no es completo y suficiente (art. 31 inciso segundo de la LMC), de manera que deberán los padres pronunciarse sobre el cuidado personal de sus hijos.

Y si la separación es judicial, pero en virtud del art. 26 de la LMC, es decir, invocando alguna causal imputable a uno de los cónyuges, o bien, si cualquiera de los cónyuges la solicita por cese de la convivencia, conforme al art. 27 inciso primero de la LMC, el juez está obligado a resolver sobre el cuidado personal, conforme al art. 31 inciso primero de la LMC.

²¹ En este sentido, RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, *El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo Derecho chileno de Familia*, LegalPublishing/Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2009, pp. 48-49.

²² Este acuerdo debe estar contenido en escritura pública, acta protocolizada ante notario, o bien, en transacción judicial, y se refiere a las materias que señala el art. 21 de la LMC.

En el caso del divorcio, si es de mutuo acuerdo, se replica acá lo dicho en cuanto a la exigencia del acuerdo regulador (en virtud del art. 55 inciso segundo de la LMC). Y, si bien es cierto que la LMC nada dice sobre el divorcio unilateral en el párrafo donde trata del divorcio, aplicando las normas contenidas en los arts. 67 inciso segundo, 70, 89 y 90, podemos llegar a la conclusión de que, en este caso, también el juez deberá, preceptivamente, pronunciarse sobre el cuidado de los hijos.

En efecto, el art. 67 de la LMC establece que, solicitada la separación, el juez, durante la audiencia preparatoria, debe instar a las partes a una conciliación, la que tendrá por objetivo acordar las medidas que regularán lo concerniente a los alimentos entre los cónyuges y para los hijos, su cuidado personal, la relación directa y regular y el ejercicio de la patria potestad. Así, el artículo 90 de la LMC establece que en este llamado a conciliación se incluirán estas materias aun cuando no se hubieren solicitado directamente en la demanda o en la reconvenCIÓN.

Y si las partes no alcanzaren acuerdo, el juez deberá pronunciarse sobre dichas materias, con carácter provisional, de acuerdo con el art. 70 de la LMC.

Asimismo, en materia de procedimiento, el art. 89 de la LMC, ubicado en el Capítulo IX de la LMC, destinado a los juicios de separación, nulidad del matrimonio y divorcio, ordena que las acciones que tengan por objetivo regular el régimen de alimentos, el cuidado personal de los hijos o la relación directa y regular, cuando no se hubieren deducido previamente de acuerdo a las reglas generales, como asimismo todas las cuestiones relacionadas con el régimen de bienes del matrimonio, que no hubieren sido resueltas en forma previa a la presentación de la demanda de separación, nulidad o divorcio, deben deducirse en forma conjunta con ésta o por vía reconvencional, en su caso.

Por último, en cuanto a la nulidad, si bien la LMC no exige el acuerdo completo y suficiente en estos casos, conforme a la historia fidedigna del establecimiento de la ley²³, no habría problema en que las partes acordaran regular el cuidado personal de los hijos en el juicio de nulidad. En el caso que no lo hicieren, la ley no llama al juez a decidir al respecto, a diferencia, como hemos analizado, de la mayoría de los casos de divorcio y separación.

En suma, de lo hasta aquí dicho, se desprende que, la mayoría de las veces, la ley pone a los padres en la situación de decidir qué sucede con el cuidado de los hijos, porque les obliga a presentar el acuerdo completo y suficiente que debe ser homologado por el juez, o bien, indirectamente, los pone en la tesitura de evidenciar sus capacidades, porque ha entregado al juez, sobre la base de los antecedentes que los progenitores le hagan llegar o él solicite, resolver al

²³ *Vid.* nota al pie n. 9.

respecto; es decir, los padres deberán, generalmente, hacer llegar ciertos antecedentes que permitan al juez decidir sobre el cuidado personal.

De esta forma, el esfuerzo que se quiere evitar con una norma como la del art. 225 inciso primero del C.C., se produce igualmente. Se evitaba quizá antes de la LMC, cuando había que iniciar obligatoriamente un juicio de tuición si se quería alterar la regla contenida en dicho artículo. Si no se demandaba el cuidado personal, el juez nada decía ni visaba, porque no existía la figura del acuerdo completo o suficiente ni se obligaba al juez a pronunciarse al respecto en el contexto de una separación (desde luego, no existía divorcio).

Así, sólo en el caso de separación de hecho (propiamente de hecho, sin que los padres acuerden regular las consecuencias de su separación, sea o no matrimonial) y la nulidad, se evitaría un pronunciamiento al respecto, dejando a la mujer el cuidado de los hijos, en cuyo caso, como hemos visto, hay dificultad igualmente, pues la madre no tiene cómo probar que tiene el cuidado personal²⁴.

Entonces, la necesidad de tal regla supletoria se ve restringida a estos casos²⁵.

En tercer lugar, autores que defienden la utilidad de la norma, reconocen que la ley no es clara en cuanto a si se ha mantenido la preferencia materna como regla de atribución judicial, ya que el art. 225 inciso 3 C.C. no señala con exactitud si el criterio que debe aplicar el juez es el interés superior del hijo o la preferencia materna del inciso primero del mismo artículo²⁶.

²⁴ La norma, en efecto, tendría utilidad en los casos de la denominada “entrega inmediata”, a la que, sin embargo, el juez sólo accede cuando existe cercanía temporal muy estricta entre la alteración fáctica del cuidado personal determinado y la solicitud misma de entrega del hijo entablada por el titular de dicho cuidado personal. En todo caso, la entrega inmediata es un procedimiento no previsto expresamente en la Ley de Tribunales de Familia N° 19.968, lo que ha generado discusiones en la práctica judicial. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Excm. Corte Suprema (que acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto por una madre en contra de la Sentencia de la Ilta. Corte de Apelaciones de Temuco, confirmatoria de la sentencia de primer grado del Juzgado de Familia de Temuco que, a su vez, rechazó la entrega inmediata solicitada por la madre) de 1 de julio de 2009, Rol N° 408-2009, determinó que a la madre le correspondía el cuidado personal de su hijo en atención a que ello había sido acordado en un juicio anterior ventilado por los padres separados de hecho. Esto, a diferencia de lo que entendieron los jueces del fondo, es decir, que la gestión de entrega inmediata, pese a haber sido iniciada dos días después que el padre, prolongando indebidamente el régimen de relación directa y regular establecido, se negara a devolver al niño a su madre, era aplicable a los casos en que el cuidado personal quedaba atribuido en conformidad al inciso primero del artículo 225 del C.C. o por sentencia judicial que establezca a quien corresponde dicho cuidado y no por transacción judicial.

²⁵ Podría agregarse también la hipótesis de los padres que nunca han convivido pero que han concebido a un hijo fruto de un encuentro casual. En estos casos, los padres viven separados sin que exista crisis matrimonial o de pareja.

²⁶ Cfr. RODRÍGUEZ, *El cuidado*, cit. nota n. 21, p. 61. La profesora Rodríguez cita jurisprudencia que da cuenta de esta contradicción.

Esta cuestión resulta de vital importancia para definir si la ley entiende procedente el criterio de inhabilidad de la madre como única causa que permita al juez entregar el cuidado personal al padre.

Una interpretación sistemática no deja dudas en cuanto a que el criterio judicial es el *favor filii*. El juez debe analizar la situación que conoce conforme a los principios que le señala el mismo Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil y la Ley de Tribunales de Familia²⁷: fundamentalmente, el interés superior del hijo y su derecho a ser oído. Así, el art. 225 inciso primero del C.C. perdería su automatismo, pues el juez está llamado a aplicar dichos principios al resolver sobre el cuidado personal y no el criterio de atribución materna que dicha norma contiene. Si decide radicar este derecho-función en la madre no será porque dicho artículo se lo ordene, sino por aplicación de directrices superiores.

No obstante, creo que el juez se inclina por aplicar la regla de “orden natural”²⁸ –como se afirma en numerosas decisiones judiciales, especialmente, de nuestros tribunales superiores de justicia–, a lo que viene en ayuda, precisamente, la sabida imprecisión del “interés superior”, principio en el que puede “esconderse” el verdadero criterio del juez al decidir, es decir, aplicar automáticamente el inciso primero del art. 225 C.C.

Además, el mencionado inc. 3 señala que “cuando el interés del hijo lo haga indispensable”. La palabra “indispensable” parece ser más exigente, en cuanto sólo se conforma con un estándar mayor que el mero “interés superior”, lo que da pie para que el juez sea también más exigente al momento de modificar esta regla supletoria.

²⁷ Conforme a los artículos 222 y 242 C.C., artículos 3º inciso primero y 85 inciso segundo de la LMC, y artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia Nº 19.968, entre otros.

²⁸ Sólo a modo de ejemplo, se alude a esta idea en la sentencia de la Excmo. Corte Suprema (que rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto por el padre en contra de la Sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones de Chillán, que confirmaba la sentencia de primera instancia del Juzgado de Familia de Chillán que, a su vez, rechazaba la demanda reconvencional del padre solicitando el cuidado personal compartido de su hija) de 15 de julio de 2008, Rol Nº 3097-2008; y también en la Sentencia de la Excm. Corte Suprema (que acogió una solicitud de la madre de entrega inmediata de sus dos hijos, rechazando el recurso de casación en el fondo interpuesto por el padre contra la Sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago confirmatoria de la sentencia de primer grado del Tercer Juzgado de Familia de Santiago) de 9 de julio de 2007, Rol Nº 5458-2006. Este último fallo tiene el siguiente tenor: “Siendo el interés superior del niño un principio fundamental en el ordenamiento jurídico nacional, no se advierte del mérito de autos que los sentenciadores lo hayan preterido en beneficio de la madre. Antes al contrario, se ha respetado la *regla de orden natural* prevista en el art. 225 CC, en cuanto a que la crianza de los hijos, en caso de separación, corresponde a la madre” (énfasis añadido). En este mismo sentido, la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (que confirma la resolución apelada) de 13 de enero de 2006, Rol Nº 6785-2005, establece: “El hecho de que el padre tampoco presente *inhabilidad para hacerse cargo* del cuidado personal del hijo menor y cuente con una red familiar que lo apoyaría en esa tarea, es obviamente una cuestión positiva, pero que no constituye una causa legal para inhibir a la madre en el ejercicio de una función que la ley le ha encomendado y respecto de la cual no presenta *inhabilidad para realizarla*” (énfasis añadido).

La profesora Rodríguez²⁹ desestima la preferencia materna como criterio de atribución judicial. En el antiguo art. 223 C.C. habría sido un criterio de atribución legal y judicial, pues la madre tenía que incurrir en inhabilidades para ser privada del cuidado personal. El espíritu de la Ley de Filiación N° 19.585 habría sido dejar subsistente la preferencia materna sólo como regla legal supletoria y no como criterio judicial. El criterio judicial sería el interés superior de los hijos.

De seguir esta tesis, entonces, tenemos una razón más para destruir la utilidad del art. 225 inciso primero C.C. Si, cuando no hay acuerdo, decide el juez y éste no tiene que aplicar la preferencia materna, cabe preguntar ¿de qué sirve esta norma supletoria? Si, cuando no hay acuerdo, decide el juez aplicando el criterio del interés superior del hijo y no la preferencia materna, la norma supletoria pierde su ventaja. Sin embargo, creemos que el juez sí aplica esta preferencia materna, porque entiende que entre ella y dicho interés superior hay sinonimia. Esta cuestión explicaría que, muy escasamente, se otorgue judicialmente al padre el cuidado personal³⁰. Así, para alterar la regla del 225 inciso 1 C.C. se debe probar descuido, maltrato u otra causa calificada respecto de la madre –en conformidad al inciso tercero del mismo artículo–, o bien, que ella ha caído en alguna inhabilidad del art. 42 de la Ley de Menores N° 16.618³¹. Esta prueba es demasiado gravosa para el padre que desea ejercer el cuidado de su hijo y que, en principio, es igualmente apto que la madre para ejercerlo. Esta excesiva carga procesal lo dejaría en una situación desigual, factor que podría explicar la escasa atribución paterna del cuidado personal.

Por último, cabe señalar que, en materia de salida de menores al extranjero, hay situaciones en que no sirve tampoco la regla supletoria de atribución materna. La madre puede tener el cuidado personal en virtud del art. 225 inciso primero C.C. pero no lo puede probar, y si la relación directa y regular no se

²⁹ RODRÍGUEZ, *El cuidado*, cit. nota n. 21, p. 64.

³⁰ La excepcionalidad de la atribución judicial paterna es reconocida por RODRÍGUEZ, *El cuidado*, cit. nota n. 21, p. 68.

³¹ La doctrina y la jurisprudencia no se han uniformado en el sentido de que este último artículo se aplique sólo en la hipótesis del art. 226 del C.C., es decir, para establecer el cuidado personal a favor de un tercero y no para radicarlo en uno de los padres, hipótesis esta en que sería procedente el art. 225 inciso tercero C.C., es decir, sólo respecto de ellos cabría probar descuido, maltrato u otra causa y no las inhabilidades del mencionado art. 42. Por esta última posición se inclina RODRÍGUEZ, *El cuidado*, cit. nota n. 21, p. 60, si bien dando cuenta de esta disparidad doctrinal y jurisprudencial. Debe tenerse en cuenta que el art. 42 de la Ley de Menores N° 16.618 contiene una última causal genérica (N° 7: cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material) en la que bien podría caber el descuido, maltrato u otra causa calificada del art. 225 inciso 3 C.C.

ha establecido judicialmente, deberá obtener, de todas formas, la autorización del padre no asignatario³².

Así, como hemos señalado, la regla legal supletoria del art. 225 inciso primero C.C. no presenta las virtudes que se le atribuyen: a) genera un problema probatorio en situaciones de separación de hecho; b) no es necesaria, salvo la hipótesis de separación de hecho y nulidad; c) no existe claridad acerca de su utilidad como criterio de atribución judicial; d) presenta problemas probatorios en materia de salida de menores al extranjero.

En suma, no creo que este criterio de distinción entre padre y madre, en estas materias, obedezca a la idea de necesidad. Desde el punto de vista de la necesidad, la norma del art. 225 inciso primero del C.C. no se justifica y no supera el “test de razonabilidad”.

3. Sobre la idoneidad de la norma

Según consta en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, la idoneidad de la norma estaría dada en la medida que satisface un criterio práctico: la radicación legal del cuidado de los hijos, si no hay acuerdo, evita numerosas dificultades y responde a la práctica, que demuestra que lo más frecuente es que sea la madre la que lo asuma cuando los padres no viven juntos³³.

Creo que, conforme a los principios generales que inspiran la legislación de familia y, en especial, conforme a los postulados de la Convención de los Derecho del Niño, el criterio para determinar la idoneidad de una norma rectora en materia de atribución del cuidado personal, no puede ser otro que el interés superior del niño³⁴. Sin embargo, el art. 225 inciso primero C.C. no menciona este principio al establecer la regla supletoria de atribución preferente materna. Y no sólo no lo menciona sino que, con un criterio de asignación automática, no lo satisface. Menos aún, en nuestro concepto, si descansa en una distinción entre padre y madre que no apela a su aptitud sino sólo al sexo de uno u otro progenitor.

¿A qué responde entonces la norma del art. 225 inciso primero del C.C.?

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 connaturales para ello, cuestión que, como hemos dicho, también

³² Conforme al art. 49 de la Ley de Menores N° 16.618, regulado el régimen de relación directa y regular por sentencia judicial o avenimiento, se requerirá la autorización del padre o madre a cuyo favor se estableció, salvo si el menor sale del país en compañía de la persona o personas que deben prestarlo.

³³ *Vid.* nota al pie n. 9.

³⁴ En este sentido, GÓMEZ DE LA TORRE, *El Sistema*, cit. nota n. 6, pp. 39-47 y, en especial, pp. 140 a 142.

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 general³⁵. 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.

Sin embargo, si se siguiera esta regla, reproduciendo la voluntad presunta de los padres o aplicando la costumbre, en conformidad a este “condicionamiento natural”, muchas de las normas de nuestro Derecho de Familia estarían dirigidas sólo a la mujer: el legislador debiera establecer, por ejemplo, que sólo la mujer tendrá derecho a compensación económica porque es ella la que, en la gran mayoría de los casos, se dedica al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, postergando su desarrollo profesional o laboral, de manera de descartar al marido como asignatario, solución que constituiría un absurdo frente al principio de igualdad.

4. La proporcionalidad de la norma

La proporcionalidad comprende tres conceptos³⁶:

– La adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido.

– La necesidad de utilización de esos medios para el logro del fin (que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que se sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios).

– La proporcionalidad, en sentido estricto, entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

Contrapongamos a la norma del art. 225 inciso primero C.C. el fin que se persigue con el establecimiento de ese trato: evitar pronunciamientos adicionales.

Pero ¿el hijo tiene más que perder si se obliga a hacer un ejercicio de responsabilidad parental a los padres?, es decir, llamarlos a reflexionar acerca de ¿quién de los dos es el más apto, o los dos, o ninguno?

³⁵ Estos son los criterios del legislador al dictar normas de este tipo. Cfr. ALESSANDRI; SOMARRIVA; VODANOVIC, *Tratado*, cit. nota n. 20, p. 117.

³⁶ Cfr. VELOSO, “Igualdad”, cit. nota n. 10, p. 233 y BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007.

En cuanto a la necesidad de utilización de los medios, ya hemos dicho que el criterio de atribución legal no es necesario salvo el caso de separación propiamente de hecho y nulidad. Al respecto, podemos decir, incluso, que en los casos en que el padre altere fácticamente la atribución materna del art. 225 inciso 1 C.C., el juez, de todas formas, se pronunciará sobre el cuidado personal: directamente, porque puede suceder que el padre entable una demanda de cuidado personal después de alterar fácticamente el cuidado personal materno, o bien, indirectamente, si se inicia el procedimiento de entrega inmediata por parte de la madre, es decir, se pronunciará sobre la conveniencia de que los hijos permanezcan con el titular establecido. En este sentido, creemos que, cuando se altera la situación que venía dándose, amparada por la regla supletoria en cuestión, el juez no debería volver las cosas a su “estado anterior”, es decir, ordenar la entrega inmediata a la madre, sin hacer una valoración acerca de si ello, verdaderamente, satisface el interés del hijo, es decir, creemos inadecuado aplicar automáticamente esta regla sin pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Es posible afirmar que existen otros medios, como el acuerdo de los progenitores, que la misma ley reconoce para la mayoría de los casos en que se aplica teóricamente el art. 225 inciso primero C.C. en la hipótesis “si viven separados” y que pueden conducir perfectamente al fin que el espíritu del legislador quiere satisfacer (el interés superior del hijo). El principio satisfecho por el logro de este fin, esto es, la conveniencia práctica del art. 225 inciso primero C.C., sacrifica un principio constitucional más importante que dicha conveniencia práctica: el principio de igualdad.

IV. LA (IN)CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA DE ATRIBUCIÓN MATERNA PREFERENTE A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD MATERIAL

Como hemos venido adelantando, defendemos que la norma contenida en el artículo 225 inciso primero del C.C. es inconstitucional frente al principio de igualdad consagrado en el artículo 19 N° 2 de la CPR.

En efecto, desde el punto de vista de la igualdad formal, el Código Civil establece una discriminación en *contra del hombre*, que no se justifica en ningún criterio de necesidad aceptable, ni de razonabilidad, ni de proporcionalidad, sin superar así, el “test de razonabilidad” y el “test de proporcionalidad” que aquí hemos intentado desarrollar, es decir, se trata de una discriminación arbitraria.

Por otra parte, junto con contravenir el mencionado artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, el art. 225 inciso primero C.C. transgrede ciertas y determinadas normas contenidas en Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile, que se encuentran vigentes, y que revelan no sólo la

dimensión formal del principio de igualdad sino también, especialmente, su dimensión real.

En primer lugar, el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁷ establece que los Estados Partes se comprometen a garantizar a *hombres y mujeres* la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en dicho Pacto. El artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales³⁸ señala que los Estados Partes se comprometen a asegurar a los *hombres y a las mujeres* igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en dicho Pacto. El artículo 17 inciso cuarto del Pacto de San José de Costa Rica³⁹ preceptúa que los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo; agregando que, en caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. Nótese que el llamado a la igualdad subsiste en casos de *disolución del matrimonio* y que debe garantizarse el *bienestar de los hijos sobre la base única de su interés y conveniencia*.

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

³⁷ Este Pacto entró en vigencia en Chile el año 1989 y está contenido en el Decreto N° 778 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 29 de abril de 1989, que lleva por título "Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N° 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha".

³⁸ Este Pacto entró en vigencia en Chile el año 1989 y está contenido en el Decreto N° 328 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 27 de mayo 1989, que lleva por título "Promulga Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969".

³⁹ Esta Convención entró en vigencia en Chile el año 1991 y está contenida en el Decreto N° 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 5 de enero de 1991, que lleva por título "Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica".

Esta segunda dimensión del principio de igualdad se denomina igualdad material o real y busca concretizar, hacer realidad, el principio de igualdad consagrado normativamente⁴⁰.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁴¹ se refiere, claramente, a esta especial dimensión de la igualdad. En primer lugar, no debemos perder de vista el concepto de discriminación que la CEDAW nos entrega en su artículo 1º. En efecto, esta norma establece que la expresión “*discriminación contra la mujer*”, denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por *objeto* o por *resultado* menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. Como queda claro, la discriminación contra la mujer no sólo se produce cuando existe intención de discriminar sino también cuando, por resultado, se produzca discriminación⁴². De esta forma, una norma puede, aparentemente, proteger a la mujer pero, en su resultado, discriminárla. En otras palabras, para analizar si una norma es arbitrariamente discriminatoria no basta con examinarla formalmente, con realizar un juicio de legitimidad constitucional formal, sino que se las debe evaluar en sus *resultados*.

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

⁴⁰ *Vid.* nota al pie n. 10.

⁴¹ Esta Convención entró en vigencia en Chile el año 1989 y está contenida en el Decreto N° 789 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 12 de diciembre de 1989, que lleva por título “Promulga Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979”. En adelante CEDAW.

⁴² Que es lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido denominando “discriminación inversa”. *Vid.* Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia Regina contra Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith y Laura Perez (cuestión prejudicial), causa 167/97, de 9 de febrero de 1999, En: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0167:ES:HTML> [visitado 31/08/2010].

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

En este mismo sentido, la Convención de Belem do Pará⁴³ señala en su artículo 6, que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b) el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. Su artículo 8 letra b) establece que los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: modificar los *patrones socioculturales* de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar *prejuicios y costumbres* y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerbar la violencia contra la mujer.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe de Fondo recaído en el caso María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala) de 19 de enero de 2001⁴⁴, aplica esta dimensión de la igualdad real. En este caso, la Comisión detectó violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos en las disposiciones del Código Civil guatemalteco que, referidas a las relaciones domésticas, asignaban responsabilidades y obligaciones solamente al marido, en virtud de su papel como proveedor de ingresos. Así, la Comisión señaló

⁴³ Esta Convención entró en vigencia en Chile el año 1998 y está contenida en el Decreto N° 1641 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 11 de noviembre de 1998, que lleva por título "Promulga Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, denominada 'Convención de Belem do Pará', adoptada el 9 de junio de 1994".

⁴⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 4/01 Caso 11.625 María Eugenia Morales de Sierra Guatemala, 19 de enero de 2001, párrafo 36. En: www.cidh.org/women/Guatemala11.625.htm [visitado el 31/08/2010].

que lejos de asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades matrimoniales, estas normas institucionalizaban desequilibrios entre los derechos y deberes conyugales. En este sentido, la Comisión expresó su preocupación frente a los graves efectos de la discriminación contra las mujeres y las nociones estereotipadas de sus funciones al interior de la familia que, a la larga, perpetúan una discriminación *de facto* contra las mujeres; para concluir que la aplicación de “*nociones estereotipadas del papel de las mujeres y los hombres*” no constituye un criterio apropiado para asegurar un equilibrio adecuado entre los derechos y deberes familiares del hombre y de la mujer.

A la luz de estas disposiciones, creemos que, desde la perspectiva de la igualdad real o material, el artículo 225 inciso primero C.C. consagra un falso caso de discriminación inversa⁴⁵, en cuanto, en vez de revertir una situación de discriminación histórica, reproduce estereotipos fijados a partir de la naturalización de la diferencia sexual.

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

V. LAS SOLUCIONES EN EL DERECHO COMPARADO

Nuestro C.C. se aparta de la tendencia en el Derecho comparado que, en la gran mayoría de los casos, no prevé norma supletoria sino una atribución convencional homologada por el juez. Comentaremos el caso francés, italiano y español, por presentar reformas recientes en la materia; el caso alemán que, en un punto específico podría presentar semejanzas con la regla chilena, y el argentino, que establece la atribución preferente materna de los hijos hasta los cinco años.

⁴⁵ La discriminación inversa (o la implementación de medidas de acción positiva) tiene su origen en la lucha contra la discriminación racial a través de las leyes de cupo a favor de las personas de raza negra en Estados Unidos. Sobre este tema, BUSTOS BOTTAI, Rodrigo, “Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la Jurisprudencia constitucional española y aproximación a la ley para la igualdad efectiva”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política* N° 6, julio 2007, p. 133. En el Código de Bello, la mujer tenía capacidad disminuida en el ámbito personal y patrimonial. Con el tiempo, la mujer va siendo validada por la ley en lo personal (desde luego, y recién el año 1989, se deroga la potestad marital). Esto que, en principio, podría parecer un caso de “discriminación positiva”, no lo es en realidad.

1. Francia

Conforme al artículo 371-1 del Código Civil francés, la autoridad parental es un conjunto de derechos y de obligaciones que tienen como fin el interés del hijo. Esta institución reúne las cuestiones de carácter personal y patrimonial relativas al hijo, a diferencia de lo que sucede en nuestro Derecho, en donde la patria potestad se refiere sólo a los bienes del hijo⁴⁶. El párrafo primero de esta norma fija el contenido de la autoridad parental señalando que ella pertenece al padre y a la madre hasta la mayoría de edad o emancipación del hijo, para velar por su seguridad, su salud y su moralidad, para asegurar su educación y permitir su desarrollo con el respeto debido a su persona⁴⁷.

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

Los elementos que el juez debe considerar en cuanto a la forma de ejercicio de la autoridad parental (artículo 373-2-11 del *Code*) son: 1º La práctica seguida por los padres o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad; 2º Los sentimientos expresados por el niño en las condiciones previstas en el artículo 388-1⁴⁸; 3º La aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro; 4º El resultado de las exploraciones periciales que hayan podido efectuarse, y 5º Los datos de los informes y contrainformes sociales que hayan podido llevarse a cabo.

⁴⁶ No está claro en la doctrina la razón por la cual Bello elevó esta barrera entre lo personal y lo patrimonial, aspecto en el que, desde siempre, nuestro ordenamiento se ha apartado del Derecho comparado.

⁴⁷ Para comentar las disposiciones del *Code* nos basamos en la traducción efectuada por NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro, *Código Civil Francés*, Edición bilingüe, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 225 y ss.

⁴⁸ Esta norma establece que, en cualquier procedimiento que le concierna, el menor que sea capaz de discernir podrá ser oído por el juez o por la persona designada por éste al efecto, sin perjuicio de las disposiciones que prevén su intervención o su consentimiento. Su párrafo segundo agrega que, cuando el menor lo solicite, habrá de ser oído, salvo resolución en contra especialmente motivada. Podrá ser oído solo, con un abogado o con una persona de su elección. Si esta designación no pareciere conforme al interés del menor, el juez podrá nombrar otra persona. Por último, la norma agrega que la audiencia del menor no le confiere la condición de parte procesal.

Entonces, la regla general es que, pese a su ruptura, los progenitores continúan compartiendo la titularidad y ejercicio de la autoridad parental. Ahora bien, en lo que respecta a la convivencia con los hijos, el primer párrafo del artículo 373-2-9 del Código Civil francés enumera, en primer término, la posibilidad de acordar la residencia alternativa del niño en el domicilio de cada uno de los padres o bien el domicilio de uno de ellos⁴⁹. Luego, en el párrafo segundo, prevé que la residencia alternativa en el domicilio de cada uno de sus padres sea introducida sin el mutuo consentimiento de las partes, pero sólo con carácter temporal, con el objeto de determinar su funcionalidad. Una vez finalizado el periodo fijado para la determinación de la funcionalidad de la residencia alternativa, el juez decidirá definitivamente al respecto, determinando que continúe esta modalidad o que se implemente el cuidado unilateral.

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

2. Italia

En Italia existe, al igual que en el caso francés, una institución que regula conjuntamente las cuestiones de índole personal y patrimonial relativas al hijo. El inciso tercero del artículo 155 del *Codice*⁵⁰ prescribe que la *potestà genitoriale* es ejercitada por ambos progenitores y que las resoluciones de mayor interés para los hijos relativas a su instrucción, educación y salud deben ser adoptadas de común acuerdo teniendo en cuenta la capacidad, las inclinaciones naturales y las aspiraciones de los mismos y que, en caso de desacuerdo, la decisión corresponde al juez. Cabe destacar que éste puede establecer que los progenitores ejerzan dicha potestad de forma separada sólo respecto de las determinaciones sobre cuestiones de ordinaria administración.

⁴⁹ Si esta fuera la modalidad que escogen los padres, existiría una *garde conjointe physique* y una *garde conjointe matérielle*, similar a lo que sucede en el Derecho estadounidense, pionero en esta modalidad de organización del cuidado personal. En efecto, en este Derecho existe una *joint legal custody*, por la cual ambos progenitores adoptan las decisiones sobre cuestiones importantes que afectan la vida del hijo (conforme a lo que hemos dicho, la autoridad parental francesa se mantiene en ambos padres), independientemente de cómo se organice la convivencia con éste. En virtud de la *joint physical custody*, en cambio, cada uno de los progenitores vive con el hijo por períodos sucesivos relativamente similares. Sobre la nueva regulación de la ley francesa aquí comentada, puede consultarse FULCHIRON, Hughes, "L'autorité parentale rénovée", *Répertoire du Notariat Defrénois* n. 15, 2002, pp. 965-966.

⁵⁰ La traducción de las normas respectivas es propia.

Por su parte, en cuanto a la convivencia con el hijo, el art. 6 párrafo segundo de la Ley de Divorcio italiana y el art. 155 del Código Civil italiano, prescriben que el tribunal que pronuncia la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio declara a cual progenitor corresponde el cuidado de los hijos y adopta cualquier otro pronunciamiento relativo a los hijos teniendo presente los intereses materiales y morales de los mismos. No se pronuncia acerca de la situación de separación de hecho estableciendo normas supletorias.

El 8 de febrero de 2006 se dictó la Ley Nº 54, "sobre disposiciones en materia de separación de los progenitores y cuidado compartido de los hijos" que vino a establecer, entre otras cuestiones, que el *affidamento condiviso* (cuidado compartido) constituye una valoración prioritaria al momento de determinar judicialmente el modo en que se ejercerá el cuidado de los hijos (inciso segundo del artículo 155 del *Codice*). El artículo 155 *bis* del *Codice*, referido al cuidado ejercido por uno sólo de los progenitores y a la oposición al cuidado compartido, agrega que el juez puede disponer el cuidado unilateral del hijo desde el momento en que considere, a través de una decisión motivada, que el cuidado ejercido por el otro padre sea contrario a los intereses del hijo. Su inciso segundo agrega que cada uno de los padres puede, en cualquier momento, solicitar el cuidado exclusivo cuando subsistan dichas condiciones indicadas. El juez, si acoge la petición, debe ordenar el cuidado exclusivo al progenitor solicitante, poniendo a salvo lo más posible los derechos del hijo previstos en el primer inciso del artículo 155 de dicho cuerpo legal. Si la petición resulta manifiestamente infundada, el juez puede considerar el comportamiento del padre solicitante con el fin de determinar las medidas a adoptar en el interés del hijo, además de la aplicación del artículo 96 del Código de Procedimiento Civil italiano⁵¹.

3. España

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

⁵¹ La reforma de 2006 ha introducido una modificación al artículo 709 *ter* del Código de Procedimiento Civil italiano, que permite al juez disponer el resarcimiento del daño causado en caso de graves incumplimientos o de actos que produzcan perjuicio al menor u obstaculicen el correcto desarrollo de las modalidades de custodia, sea a favor del menor o del otro progenitor, así como condurar al padre o madre incumplidor al pago de una sanción administrativa pecuniaria de hasta cinco mil euros. Sobre la reforma italiana de 2006, puede consultarse, DE FILIPPI, Bruno, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione en el divorzio*, Cedam, Padova, 2006.

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

Así, en esos años y hasta antes de la mencionada reforma de 1990, el art. 159 del Código Civil español, referido a la facultad del juez para la determinación del cuidado de los hijos (guarda), contemplaba una atribución directa del cuidado de los hijos menores de siete años a la madre, salvo que el juez por motivos especiales proveyere de otro modo. La Ley N° 11/1990, de 15 de octubre “sobre reforma del Código Civil en aplicación de principio de no discriminación por razón de sexo”⁵², modificó dicho art. 159 del Código Civil, eliminando la atribución preferente a la madre.

Actualmente, en sede de crisis matrimonial, en cuanto al cuidado personal, el art. 90 del Código Civil español lo contempla como uno de los aspectos a los cuales debe referirse el convenio regulador⁵³.

⁵² Sobre esta Ley, *vid.* BENAVENTE MOREDA, Pilar, “La custodia de hijos menores de edad: el artículo 159 del Código Civil”, *Revista de Derecho Privado* julio-agosto, 1990, pp. 561-582.

⁵³ Luego de la reforma introducida en el Código Civil español mediante Ley N° 15/2005, de 8 de julio “por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio”, el artículo 92 de este cuerpo legal establece, en su párrafo quinto, que se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

Se ha entendido que el señalado art. 159 del Código Civil español se aplica a las hipótesis de separación de hecho, cuando los padres no han dispuesto nada acerca del cuidado personal de sus hijos. La norma establece: "Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años". Como vemos, la disposición actual entrega al juez la decisión sobre el cuidado de los hijos, sin supeditarla a la edad de estos; cuestión que debe resolverse atendiendo al interés de los hijos, tras oírlos si tienen suficiente juicio y, en todo caso, al mayor de doce años.

Por su parte, en materia de patria potestad, la norma supletoria aplicable al caso de separación de hecho es el art. 156.5 del Código Civil español, que establece que, si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por el padre o madre con quien conviva el hijo, a no ser que el progenitor no conviviente solicite fundadamente al juez, el ejercicio conjunto de la patria potestad o la distribución de las funciones inherentes a su ejercicio, en cuyo caso, la decisión judicial debe atender el interés del hijo.

4. Alemania

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

En efecto, el 3 de noviembre de 1982, la Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht, BVerfG*)⁵⁴ declaró la inconstitucionalidad del parágrafo 1671 IV del B.G.B., disposición que excluía, en cualquier caso, la posibilidad de atribuir el cuidado paterno del hijo a ambos progenitores divorciados.

En dicha ocasión, la Corte señaló que, aunque la atribución del cuidado de los hijos a los dos padres podía constituir un acontecimiento excepcional, ello no impedía que el interés del menor pudiese privilegiar una solución en tal sentido. Además, afirmó que cada ser humano, desde el momento del nacimiento, es titular de un derecho irrenunciable a mantener relaciones con ambos progenitores y que su ejercicio no se interrumpe por la separación de éstos. La

⁵⁴ *BverfG* 3 noviembre 1982, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 1982, pp. 1179-1184. Sin embargo, la Corte ya había puesto en evidencia la posible inconstitucionalidad del parágrafo 1671 del B.G.B., enmendado en 1979, tanto por la posibilidad de que contuviera una discriminación arbitraria en contra de uno de los padres como por la eventualidad de establecer un perjuicio en vez de una mayor tutela del menor. *Cfr.* PATTI, Salvatore, "Sul Sorgerecht dei genitori divorziati", *Diritto di famiglia e delle persone*, 1983, p. 263.

sentencia puntualizó que, en los casos en que los padres están de acuerdo en continuar asumiendo conjuntamente la responsabilidad del hijo después del divorcio, no es necesaria la mediación del Estado respecto a sus intereses contrapuestos. Si ambos padres son capaces de educar al hijo y no existen motivos que justifiquen una transferencia de la potestad a uno solo de ellos, el Estado no está llamado, en el ejercicio de su deber de vigilancia, a excluirle de su deber obligación de cuidar y educar a su hijo⁵⁵.

El Título quinto del B.G.B. se refiere al cuidado paterno (*Elterliche Sorge*) de los hijos matrimoniales y, concretamente, el parágrafo 1626 a su concepto y a la consideración de la creciente independencia del hijo⁵⁶. Así, este parágrafo distingue, dentro del cuidado paterno, el cuidado personal y la administración patrimonial. El párrafo primero del parágrafo 1631 del B.G.B. fija el contenido del cuidado personal del hijo en el derecho y la obligación de determinar su cuidado, educación, guarda y residencia.

El cuidado paterno permanece incólume en manos de ambos padres no obstante la ruptura matrimonial. Las decisiones relativas a la vida del hijo pertenecen a ambos progenitores, de forma que lo que debe acordarse son los asuntos relativos a la residencia del hijo⁵⁷.

Pues bien, el ordenamiento jurídico alemán prácticamente ha eliminado la obligación de establecer reglas sobre el cuidado personal de los hijos en los casos de disolución del matrimonio. En efecto, al referirse al cuidado paterno común, el parágrafo 1671 del B.G.B. establece que, en caso de crisis matrimonial de los padres, si éstos viven separados de forma definitiva y ejercen, no obstante, conjuntamente dicho cuidado, cada uno de ellos podrá solicitar que el Tribunal familiar le ceda el cuidado paterno o una parte del mismo a título unilateral. El parágrafo 1671 continúa prescribiendo que deberá estimarse dicha solicitud siempre que se cumplan dos requisitos. En primer lugar, que el

⁵⁵ Con este pronunciamiento, el cuidado conjunto de los hijos (*Gemeinsames Sorgerecht*) comenzó a ser desarrollado e introducido en el Derecho alemán, proceso que culminó con la promulgación de la ley de 16 de diciembre de 1997, que entró en vigor el 1 de julio de 1998, y que constituye la regulación actual en materia de cuidado paterno. Esta institución se identifica con el principio del interés superior del hijo (*Kindeswohl*) a través de la continuidad del cumplimiento de las obligaciones de cuidado que requieren, en todo caso, la involucración y consenso de ambos progenitores. Así lo ha señalado la jurisprudencia alemana en las sentencias de la Corte Constitucional de 3 de noviembre de 1982, antes citada, y de 18 de febrero de 1993 (*BverfG, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 1993, pp. 662-664).

⁵⁶ Para comentar las disposiciones del B.G.B. nos basamos en la traducción efectuada por EIRANOVA ENCINAS, Emilio, *Código Civil alemán. Comentado*, Marcial Pons, Barcelona, 1998, pp. 480, 482, 487 y 488.

⁵⁷ Como vemos, la distinción entre “custodia física” y “custodia material” también encuentra cabida en el Derecho alemán, tal como sucede en otros ordenamientos jurídicos, como en el estadounidense y el francés.

otro padre o madre lo consienta, salvo que el hijo haya cumplido los catorce años y se oponga a dicha cesión. Y, en segundo lugar, que sea de esperar que la extinción del cuidado paterno común y su cesión al peticionario sea lo mejor para el bienestar del hijo.

Debido a que la regla general es que ambos progenitores continúen ejerciendo el cuidado paterno de los hijos tras la ruptura matrimonial, la solicitud propiamente dicha de custodia compartida procede solamente en la hipótesis en que ambos progenitores no están casados. En efecto, la descripción anterior está contemplada para los casos en que haya existido un vínculo de matrimonio entre las partes. El B.G.B. se refiere por separado a la hipótesis en que los progenitores no están casados. En este caso, de acuerdo con el párrafo segundo del parágrafo 1626a de dicho cuerpo legal, el cuidado paterno es ejercido por la madre, punto en el que la norma alemana se asemejaría a la chilena. Sin embargo, de forma similar a la previsto en el parágrafo 1671, el parágrafo 1672 del B.G.B. establece que, en caso de que los padres vivan definitivamente separados y que el cuidado paterno corresponda a la madre, el padre podrá, con el consentimiento de ésta, solicitar que el Tribunal familiar le ceda dicho cuidado o parte de él y que deberá estimarse la solicitud cuando *la cesión sea favorable al bienestar del hijo*. A su vez, las condiciones a las que está subordinada la concesión del cuidado paterno conjunto del hijo de padres no casados, son la presentación de la correspondiente petición y la factibilidad de tal modalidad pues el legislador alemán sujeta el establecimiento de esta figura a una cuidadosa valoración de la situación de hecho. En efecto, el párrafo segundo del parágrafo 1672 del B.G.B. agrega que, en la medida en que haya sido estimada dicha solicitud, el Tribunal familiar podrá decidir, a petición de uno de los padres y con el consentimiento del otro, que el cuidado paterno corresponda a los dos conjuntamente, siempre que ello no perjudique el bienestar del hijo⁵⁸.

No obstante la diversidad de ambas situaciones, el elemento común entre la custodia compartida de los hijos nacidos fuera del matrimonio (*Nichteheliche geborenes Kindern*) y de los hijos de padres casados que viven separados (*Getrenntlebende Eltern*) es que, en ambos casos, la primera regla a la que se

⁵⁸ La duda que nos surge es la razón de la desigual normativa que rige en cuanto a la posibilidad de oposición por parte del hijo mayor de catorce años para el caso en que los padres estén casados. En efecto, como acabamos de analizar, en el evento que sí lo estén, el parágrafo 1671 del B.G.B. establece dos exigencias para acceder a la solicitud de atribución parcial del cuidado paterno. Una de ellas es que el otro padre o madre lo consienta (no existiendo matrimonio debemos colegir que es la madre la que aprueba dicha petición) *salvo que el hijo haya cumplido los catorce años y se oponga a dicha cesión*. Resulta curioso que el parágrafo 1672 del B.G.B. no contemple esta posible objeción del hijo para el caso de padres no unidos por vínculo matrimonial. Esto puede llegar a constituir una discriminación arbitraria por razón de nacimiento.

debe atender es el acuerdo de los progenitores. La problemática de la custodia conjunta en los casos de separación y divorcio se soluciona, de esta forma, a través de decisiones adoptadas en un espíritu de una comunicación recíproca (*Gegenseitige Einvernehmen*), conforme al parágrafo 1687 I del B.G.B. El común acuerdo, al menos para las cuestiones de mayor importancia, debe siempre fundar las decisiones de los padres, aun en los casos en los que los hijos convivan sólo con uno de ellos, a quien corresponde asumir las cuestiones relativas a la vida cotidiana del hijo (*Entscheidung in Anelegenheiten destäglich Lebens*).

5. Argentina

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

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

Para ciertos autores, esta norma no es discriminatoria pues se funda en el mayor apego a la madre de los hijos de corta edad y en que ella se encuentra en mejores condiciones de atenderlos⁵⁹.

Más recientemente, en cambio, para otros autores, esta norma se basa en un prejuicio histórico, económico, sociológico y filosófico⁶⁰ e, incluso, hay quien

⁵⁹ Así opina BELLUSCIO, Augusto César, "Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia", *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1995-A, p. 945. En este mismo sentido, ZANNONI, Eduardo, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 2006, pp. 203 y 204; KEMELMAIER DE CARLUCCI, Aída, "Régimen Jurídico de la mujer", *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1993-E, p. 1046, para quien la prioridad legal a favor de la madre está justificada en razón de la especial relación que, normalmente, une al pequeño con su madre, y LLOVERAS, Nora, "La mujer y la Ley", *Jurisprudencia Argentina*, 1993-III-854, Documento electrónico Lexis Nº 0003/011821. Sin embargo, luego de la reforma constitucional operada en este país en el año 1994, las opiniones manifestadas por estas dos últimas autoras son distintas. Así, LLOVERAS, Nora; SALOMÓN, Marcelo, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 378, donde se sostiene que la distinción que realiza el artículo 206 del Código Civil argentino no es válida razonablemente, y KEMELMAIER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa, "Columna de Opinión: Matrimonio, orientación sexual y familias", *La Ley Año LXXIV, Nº 106*, 2010, p. 4, donde se señala que la legislación argentina otorga un beneficio *a priori* y en abstracto fundado en la idea de un supuesto "instinto maternal", lo que estaría causando reparos desde la doctrina y la jurisprudencia constitucional.

⁶⁰ Cfr. COSTA M., Patricia; HARARI, Sofía, "Las normas del derecho de familia y la discriminación en razón del género", en BIRGIN, Haydee (Comp.), *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 181. Por la inconstitucionalidad de la norma argentina se pronuncian también

interpreta evolutivamente el concepto de “madre” que dicha disposición utiliza. En efecto, Mauricio Luis Mizrahi⁶¹ señala que la norma se justifica en que en los primeros tiempos de vida son fundamentales los cuidados de la madre debido a la indefensión primaria y biológica de los hijos, pero que a la exégesis de la norma no puede escapar el dato sociológico actual referido a la virtual ruptura del modelo tradicional de familia nuclear, operado el intercambio de roles en el hombre y la mujer. El autor señala que, interpretando “dinámicamente” el mencionado artículo 206, hay que entender la preferencia consagrada con un criterio funcional. Así, la expresión “madre” debe considerarse no en el sentido de la madre de nacimiento sino de “mamá”, rol que, en un caso puntual, puede ser desempeñado por el padre e, incluso, por una tercera persona.

VI. REFLEXIONES ACERCA DE LA “INCLINACIÓN DE ORDEN NATURAL” DE LA MUJER PARA EJERCER EL CUIDADO PERSONAL DE SUS HIJOS

La idea de que la madre está naturalmente condicionada al cuidado de los hijos, descansa en un argumento pretendidamente biológico, que ha servido para consagrar la natural función materna como una verdad autoevidente e inmodificable, reproduciendo y reforzando el rol de la mujer como madre, principal y exclusiva responsable del cuidado de los hijos⁶².

La discriminación del artículo 225 inciso primero C.C. no justifica la creencia generalizada que estima más conveniente entregar a la madre el cuidado de los hijos de corta edad, aduciendo razones de mejor aptitud en comparación con el padre e, incluso, de mejor interés para el niño, o la idea de que, simplemente, por razones de lógica “y por obra de la naturaleza, los hijos deben estar al lado de la madre”⁶³.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria; HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2006, pp. 495-496.

⁶¹ Cfr. MIZRAHI, Mauricio Luis, *Familia, Matrimonio y Divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 402.

⁶² Así lo expresa SPAVENTA, Verónica, “Mujeres, matrimonio y discriminación en el Código Civil de Argentina”, en FIGUERUELO, Ángela; IBÁÑEZ, María Luisa (Edits.), *El reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, Comares, Granada, 2006, p. 445.

⁶³ ABELIUK, *La Filiación*, cit. nota n. 18, p. 329. Como decíamos, en la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia esta constituye también una idea arraigadísima. Solo excepcionalmente se estima que el padre es quien debe asumir el cuidado personal, fundándose dicha atribución en situaciones especialísimas. Así sucede en Sentencia de la Excmo. Corte Suprema (que acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto por el padre contra sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, revocatoria de la sentencia de primer grado del Primer Juzgado de Familia de Santiago que, a su vez, rechazaba la demanda de cuidado personal intentada por la madre) que, fundándose en que, pese a no haber sido probada la inhabilidad de ésta, en consideración al interés superior del hijo, la niña debe seguir bajo el cuidado de su padre, 29 de julio de 2008, Rol N° 3469-2008. *Vid.* nota al pie n. 28.

No compartimos totalmente este último criterio. No es fácil fijar una edad a partir de la cual el niño esté en condiciones físicas y sicológicas para desprenderte de su madre; la lactancia, desde luego, será uno de los factores que definirá la dependencia o independencia del hijo⁶⁴. Pero no estamos diciendo que la madre no sea la más apta. Probablemente así lo sea en un gran número de casos. Lo que estamos tratando de revelar es que cuestionamos la decisión legislativa. Primero, porque está cargada de un prejuicio que está en retirada: madre-hogar y padre-proveedor y, en ese sentido, la ley está favoreciendo una desigualdad en los hechos al reforzar los roles. Además, porque pone al juez en la posición de tener que apegarse a un criterio sin posibilidad de indagar un poco más en los casos en que no crea que haya causas calificadas para alterarlo sino, simplemente, mayores capacidades en uno que en otro o en ambos en su caso. Tercero, ignora los criterios rectores en este aspecto: el interés superior del niño y su derecho a ser oído. Lo que está detrás del criterio de diferenciación es un prejuicio, una idea preconcebida: la mujer es más apta porque está naturalmente condicionada a las labores de crianza.

El argumento de que la norma sólo responde a una necesidad social todavía vigente, desconoce la propia realidad de la sociedad chilena. Si bien puede sostenerse que Bello legisló conforme a los valores y costumbres de su época, no es sostenible que la legislación no se haya puesto a tono con la realidad de los hechos.

El legislador debe establecer normas coincidentes con la realidad social de su época, por lo tanto, debemos preguntarnos si esta realidad de la que parece dar cuenta el artículo 225 inciso primero C.C. permanece hoy intacta en el siglo en que vivimos. En este sentido, como se ha señalado en la Doctrina argentina⁶⁵, se trataría de un supuesto de “inconstitucionalidad sobreviniente” en cuanto la normativa era oportunamente constitucional por responder a los patrones sociales y culturales existentes en un momento dado de la historia nacional, muy distinta a la de nuestros días⁶⁶.

⁶⁴ En efecto, el artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”, de 1988, y el Principio seis de la Declaración de los derechos del Niño, de 1959, descansan en la llamada “doctrina de los años tiernos”, al señalar que señalar que todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y que, salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre.

⁶⁵ Nos referimos a GIL; FAMA; HERRERA, *Derecho*, cit. nota n. 60, p. 496.

⁶⁶ Al parecer, la realidad social de que Bello y las posteriores reformas introducidas al Código Civil dan cuenta, no era diametralmente opuesta a la de finales de la década de los setenta e inicios de los ochenta. Las Actas Constitucionales revelan las siguientes opiniones y argumentos con ocasión de la discusión del principio de igualdad:

“El señor Guzmán manifiesta (...) Es evidente que la cabeza de la familia debe ser el hombre, el padre o el marido (...) Por otra parte, cree que en la relación con los hijos hay que considerar las medidas que

La creciente incorporación de la mujer al trabajo y a ciertas esferas ejecutivas nos está conduciendo, inexorablemente, a la disociación del ancestral binomio maternidad-hogar. En efecto, la participación laboral femenina ha aumentado de un 28,1%, en 1992, a un 40,8% en agosto de 2008, más de 800 mil mujeres han entrado a la fuerza de trabajo en la última década⁶⁷.

Estas cifras nos demuestran que debe apostarse por una más plena igualdad de derechos y oportunidades de la mujer, pues su rol no puede perpetuarse a ser la responsable primaria del cuidado de los hijos. Si queremos que la mujer

se adopten en la legislación de una manera extraordinariamente pragmática, atendida la idiosincrasia del país. Por ejemplo, es evidente que al menos en Chile la vinculación de la familia respecto de los hijos parece ser mucho más fuerte por parte de la madre que del padre" (Sesión 93, p. 24).

El señor Ortúzar expresó, por su parte: "(...) es evidente que la igualdad no puede ser absoluta, ya que en toda organización, en toda célula familiar tiene que haber un jefe que no puede ser otro que el marido o el padre. La autoridad marital, la autoridad paternal, la patria potestad deben mantenerse (...) " (Sesión 93, p. 24).

Por su parte, el señor Evans expresó que "Al proponer un precepto respecto de la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, pensó que había un campo en que la situación no puede ni podrá ser jamás de absoluta igualdad jurídica, y es en el campo de las relaciones de familia (...) Cree que si la Constitución estableciera que no se hará distinción entre el hombre y la mujer en el acceso a la educación, a la cultura, al trabajo y dentro del trabajo, en el nivel de remuneraciones a la salud, a la seguridad social, etcétera, se daría sin duda un gran paso en la consolidación de un precepto que estima necesario en nuestro ordenamiento jurídico (...) Comprende que en el campo del derecho de familia siempre existirá la potestad preferente, por así decirlo, del padre sobre los hijos, y la autoridad marital" (Sesión 93, p. 26).

El señor Guzmán desea dar a conocer lo que sería su pensamiento en este problema, y aun cuando, posiblemente, no sea el mejor, él consagraría el siguiente precepto: "El hombre y la mujer gozan de iguales derechos, sin perjuicio de las distinciones que impongan sus diferencias naturales o el carácter de familia" (Sesión 94, p. 33).

El señor Evans "manifiesta que esas disposiciones no serían inconstitucionales, porque fluyen de las características de la familia. El señor Ortúzar refuta al señor Ovalle, advierte que no participa de esa opinión. Estima que el marido es el jefe natural de la familia y que en consecuencia debe ser él quien debe llevar la responsabilidad del hogar" (Sesión 95, p. 10).

El señor Ortúzar expresa que: "Todo organismo, toda organización, por pequeña que sea, debe, necesariamente, tener una cabeza visible. De otra manera, imperaría en ella tal anarquía, que podría conducir a la disolución de esa organización. Partiendo de la base que la familia debe tener un jefe, incuestionablemente de que este debe ser el hombre. Por lo demás, el temperamento y la constitución de la mujer requieren, precisamente, de la autoridad del hombre. Está probado, en el hecho que la mujer ama".

En efecto, al pronunciarse sobre estos pasajes de las Actas Constitucionales, VELOSO, "Igualdad", cit. nota n. 10, pp. 237 y 239, señala: "Por lo demás esta visión de superioridad del varón y supeditación de la mujer a sus designios, es la misma que existía en la ideología dominante al momento de dictarse en Chile la Constitución Política de 1980, actualmente vigente" agregando que "En definitiva, lo que puede concluirse de este debate, es que, desde la perspectiva del redactor de la Constitución Política de 1980, texto jurídico vigente en Chile: 1) Debe reconocerse, en principio, igualdad jurídica entre el hombre y la mujer en diversos aspectos, pero no al interior de la familia".

⁶⁷ Conforme a la Encuesta Nacional del Empleo del Instituto Nacional de Estadísticas 2008. Por otra parte, el censo de población y vivienda de 2002 arroja, dentro de las estadísticas globales de hogares chilenos, que un 31,5% de los hogares están a cargo de una mujer (Instituto Nacional de Estadísticas, Censo 2002).

participe en condiciones de paridad en la vida pública debemos garantizar que pueda hacerlo también en la privada, porque la vida pública, profesional y privada de la mujer, y su maternidad, están intrínsecamente relacionadas⁶⁸.

Creemos que las relaciones parentales avanzan hacia una fuerte asunción de funciones por parte del padre: las tradicionales esferas privativas de la madre en la atención del hijo van abriendo terreno hacia una igualdad de roles; la ascendente inserción femenina en el campo laboral, contribuye a potenciar una mayor participación de los hombres en el cuidado y atención de los hijos.

No podemos negar que la madre, por razones biológicas, está más cerca de su hijo. Que da a luz, que le lacta. Pero ello no puede ser argumento suficiente para que la ley establezca de antemano que es ella la más capacitada. Debe dejarle esta decisión a los padres, mediante acuerdo aprobado debidamente, o al juez directamente, quien debe aplicar el interés superior para decidir quién garantiza mejor su desarrollo o, si el caso lo amerita y están dadas las condiciones, por qué no, ambos.

Esta idea de autonomía, creo, es la que más se ajusta al reconocimiento progresivo, pero vigilado, de la autodisposición del conflicto familiar que, desde luego, ha venido a reconocer la LMC.

En cuanto a la supuesta “reingeniería social” que constituiría aceptar criterios diversos a los asentados en la verdadera realidad chilena (que conduciría a presumir en la madre la idoneidad para el cuidado y a establecer una regla supletoria como la del artículo 225 inciso primero C.C.), debo señalar que argumentos similares fueron esgrimidos con ocasión de la reforma de nuestra antigua –y también inconstitucional– normativa sobre filiación, que establecía hijos de primera y segunda categoría⁶⁹, y también a propósito de la discusión sobre el divorcio vincular⁷⁰, ignorándose que los hechos demuestran una tendencia al cambio de ese paradigma. La familia ejerce una importante función socializadora: está llamada a socializar los roles de sus integrantes, no a reproducir estereotipos.

VII. CONCLUSIONES

La norma contenida en el artículo 225 inciso primero del C.C. es inconstitucional frente al principio de igualdad consagrado en el artículo 19 N° 2 de la CPR y en diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

⁶⁸ Al respecto, estimo esencial implementar políticas adecuadas que posibiliten la conciliación de la vida laboral y familiar. Al respecto, *vid. CAAMAÑO ROJO, Eduardo*, “Mujer y trabajo: origen y ocasión del modelo de padre proveedor y madre cuidadora”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* volumen XXXIV, semestre I, 2010, pp. 179-209.

⁶⁹ Modificada mediante Ley N° 19.585 del año 1998.

⁷⁰ Introducido en Chile mediante Ley N° 19.947 de 2004.

Desde el punto de vista de la igualdad formal, el Código Civil establece una discriminación en contra del hombre, diferenciación que no supera el estándar de razonabilidad y de proporcionalidad y que, por lo tanto, constituye una discriminación arbitraria e injusta en su contra.

La norma contenida en el art. 225 inciso primero C.C. vulnera también una dimensión especial de la igualdad, esto es, la igualdad real en cuanto establece una falsa discriminación positiva a favor de la mujer, basada en estereotipos y prejuicios que nuestra sociedad tiende a superar.

La historia fidedigna del establecimiento de la ley nos indica que, al consagrar la regla de atribución materna preferente del cuidado personal, el legislador ha tenido en cuenta un fin práctico: evitar la judicialización de los conflictos familiares. Sin embargo, la utilidad de una norma de este tipo se reduce al caso de separación propiamente de hecho sin acuerdo, en cuyo caso presenta problemas probatorios, y a ciertos casos de nulidad matrimonial; presenta también problemas de prueba en materia de salida de menores al extranjero, y, por último, no existe claridad acerca de si constituiría también un criterio de atribución judicial.

Pierde también sentido la razón de utilidad de la norma confrontada con ciertos datos sociológicos que indican que, al menos más modernamente, el padre no asume, como antes, la regla automática de atribución legal preferente materna, existiendo una mayor resistencia a aceptar que él debe irse de la casa y la mujer quedarse con los hijos⁷¹. En efecto, la norma en cuestión no respeta el principio de corresponsabilidad al establecer una ineptitud abstracta inicial en él.

Es cierto que un lactante, la gran mayoría de las veces, puede no estar totalmente protegido en su interés si se establece la regla contraria, si se le aleja de su madre. Pero no es la regla inversa la que proponemos (que sean siempre entregados al padre): defendemos ese ejercicio de reflexión en los casos en que un mínimo de sana comunicación lo permite y, en los que no existe ese mínimo, el hijo menos pierde aun porque un tercero será el llamado a decidir sobre la base de los antecedentes que se le acerquen, sin que uno de los dos padres, derrotado por una norma supletoria, se vea obligado a dejar de participar en la crianza del hijo. Es mejor que haga el ejercicio de decidirlo o que la ley dé

⁷¹ Cifras que maneja el Poder Judicial dan cuenta de que las demandas de cuidado personal han aumentado considerablemente: el año 2006 ingresaron a los Juzgados de Familia, 14.682 demandas relativas al cuidado; el año 2009 ingresaron 17.652. Lo mismo sucede en materia de relación directa y regular: el año 2006 se interpusieron 21.241 demandas en la materia; el año 2009, 35.866. Si bien estas cifras no se refieren sólo a las solicitudes de cuidado personal y establecimiento de la relación directa y regular, respectivamente, sino que incluyen cuestiones relativas a la modificación, suspensión y otras materias relacionadas con los mismos, dan cuenta de una clara tendencia al alza.

la posibilidad de convencerse de que el otro es mejor porque así lo evidenció. Este tipo de atribuciones legales desincentivan, creemos, la posibilidad de desarrollar aptitudes parentales: frecuentemente, el padre decide, sin más, asumir esa realidad que viene dada por la ley.

El medio escogido para satisfacer el fin perseguido, sea éste la conveniencia jurídica de establecer una regla de este tipo en términos de evitar pronunciamientos adicionales, o bien, perseguir el bien del hijo entregándolo sin discusión al respecto a su madre, no son adecuados. Un medio adecuado, tal como constituye la tendencia en el Derecho comparado, es llamar a las partes a hacer ese ejercicio de parentalidad a través del acuerdo regulador⁷², respetar la decisión de ellas al decidir sobre el cuidado personal, o bien, dejar que ambos demuestren sus aptitudes ante el juez.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK MANASEVICH, René, *La Filiación y sus efectos*, Tomo I. La Filiación, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2000.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de Derecho Civil*, Parte Preliminar y Parte General, Tomo I, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2009.

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ATRIA LEMAITRE, Fernando, *Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Santiago de Chile, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1997.

BARROS BOURIE, Enrique, "Notas históricas y comparadas sobre el nuevo ordenamiento legal de la filiación", en *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno*, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1999.

⁷²En aplicación del principio de corresponsabilidad, diversas legislaciones, fundamentalmente estadounidenses, son más exigentes con estos acuerdos reguladores, previendo la presentación de un *Plan de Coparentalidad* o *Plan de Responsabilidad Parental* diseñado de mutuo acuerdo por ambos padres para el ejercicio de los derechos-funciones que comprende la autoridad parental. Se trata de determinar, de manera detallada, las responsabilidades de cada progenitor 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 o sociales de los hijos. Así sucede en el Código Civil del estado de Louisiana (artículo 131 letra A número 1) sobre *Custody of children pending the litigation del Civil Code*; Kansas (*Kansas Statute N° 60-1610, chapter 60, article 16, 5*); en Oklahoma (*Oklahoma Statutes, 43 O.S. §109, C*); en Missouri (número 9 de los *Missouri Revised Statutes, chapter 452, Dissolution of Marriage, Divorce, Alimony and Separate Maintenance, Section 452.375.1*); en Pennsylvania (*Pennsylvania Consolidated Statutes, Title 23: Domestic Relations, §5306*); en Alabama (*Code of Alabama, Acts 1996, N° 96-520, §30-3-153*), y en el Estado de Illinois (*Illinois Marriage and Dissolution of Marriage Act, 750 ILCS 5/602.1.b*).

BAVESTRELLO BONTÁ, Irma, *Derecho de menores*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003.

BELLUSCIO, Augusto César, "Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia", *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1995-A.

BENAVENTE MOREDA, Pilar, "La custodia de hijos menores de edad: el artículo 159 del Código Civil", *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1990.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley Nº 19.947 Establece Ley de Matrimonio Civil. En: <http://www.bcn.cl-histley-lfs-hdl-19947-HL19947.pdf> [visitado el 31/08/2010].

_____, Historia de la Ley Nº 19.585 Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de Filiación. En: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/4231/1/HL19585.pdf> [visitado el 31/08/2010].

BOBBIO, Norberto, *Igualdad y Libertad*, Ediciones Paidós-I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1993.

BULNES ALDUNATE, Luz, "La igualdad ante la ley y la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, *Temas actuales de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2009.

BUSTOS BOTTAI, Rodrigo, "Discriminación por razón de sexo y acciones positivas: reflexiones a la luz de la Jurisprudencia constitucional española y aproximación a la ley para la igualdad efectiva", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Nº 6, 2007.

CAAMAÑO ROJO, Eduardo, "Mujer y trabajo: origen y ocaso del modelo de padre proveedor y madre cuidadora", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* volumen XXXIV, semestre I, 2010.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe Nº 4/01 Caso 11.625 María Eugenia Morales de Sierra Guatemala, 19 de enero de 2001. En: <http://www.cidh.org/women/Guatemala11.625.htm> [visitado el 31/08/2010].

COSTA M., Patricia; HARARI, Sofía, "Las normas del derecho de familia y la discriminación en razón del género", en BIRGIN, Haydee (Comp.), *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Biblos, Buenos Aires, 2000.

COURT MURASSO, Eduardo, *Curso de Derecho de Familia. La Filiación por naturaleza*, Abeledo Perrot/LegalPublishing, Santiago, 2010.

DE FILIPPIS, Bruno, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione en el divorzio*, Cedam, Padova, 2006.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio, *Código Civil alemán. Comentado*, Marcial Pons, Barcelona, 1998.

FULCHIRON, Hughes, "L'autorité parentale rénovée", *Répertoire du Notariat Défrénois* 15, 2002.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria; HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2006.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *El Sistema Filiativo chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2001.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Régimen Jurídico de la mujer", *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 1993-E.

_____, Aída y HERRERA, Marisa, "Columna de Opinión: Matrimonio, orientación sexual y familias", *La Ley*, Año LXXIV, Nº 106, 2010.

LLOVERAS, Nora; SALOMÓN, Marcelo, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009.

LLOVERAS, Nora, "La mujer y la Ley", *Jurisprudencia Argentina*, 1993-III-854.

MIZRAHI, Mauricio Luis, *Familia, Matrimonio y Divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 1998.

NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro, *Código Civil francés*, edición bilingüe, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

PATTI, Salvatore, "Sul Sorgerecht dei genitori divorziati", *Diritto di famiglia e delle persone*, 1983.

RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, "El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo Derecho chileno de Familia", *Revista Chilena de Derecho* Vol. 36, Nº 3, 2009.

_____, María Sara, *El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo Derecho chileno de Familia*, LegalPublishing/Abeledo Perrot, Santiago, 2009.

SCHMIDT HOTT, Claudia, "Relaciones filiales personales y patrimoniales", en SCHMIDT HOTT, Claudia y VELOSO VALENZUELA, Paulina, *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, ConoSur, Santiago de Chile, 2001.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006.

SPAVENTA, Verónica, "Mujeres, matrimonio y discriminación en el Código Civil de Argentina", en FIGUERUELO, Ángela; IBÁÑEZ, María Luisa (Edits.), *El reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, Comares, Granada, 2006.

VELOSO VALENZUELA, Paulina, "Principios fundamentales del nuevo estatuto de la filiación", en SCHMIDT HOTT, Claudia; VELOSO VALENZUELA, Paulina, *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia*, ConoSur, Santiago de Chile, 2001.

_____, "Igualdad y relaciones familiares", *Revista Jurídica de Palermo*, Sela 1999, Año 2000.

ZANNONI, Eduardo, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 2006.