

Algunas reflexiones sobre la titularidad del cuidado personal

Paulina Veloso

La autora es licenciada en ciencias jurídicas y sociales y Abogada de la Universidad de Concepción. Profesora Asistente del Departamento de Derecho Privado de nuestra Facultad. Ex Subdirectora del Servicio Nacional de la Mujer y ex ministra de la Secretaría General de la Presidencia.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA TITULARIDAD DEL CUIDADO PERSONAL¹

El propósito de esta conferencia es argumentar a favor de tres afirmaciones o tesis relacionadas entre sí, sobre la temática de la titularidad del cuidado personal de menores, según un análisis dogmático de la materia.

Primero: Que en la asignación de la titularidad del cuidado personal el Código Civil otorga primacía al acuerdo de los padres; en segundo término, si no lo hay, se somete el asunto a decisión judicial, se debe resolver en función del principio normativo “*del interés del menor*”, encontrándose los padres, en principio, en igualdad de condiciones, no existiendo preferencia legislativa por la madre. Sólo si los padres nada dicen, actúa supletoriamente la regla de que el cuidado personal queda radicado en la madre. Por consiguiente esta última no es una regla de preferencia sino sólo supletoria de voluntad.

Segundo: Que la regla sobre el criterio para decidir judicialmente privilegia el *statu quo* o principio de la estabilidad o permanencia. Esto es, si se demanda después de un cierto tiempo, relativamente prolongado, en que el niño o la niña ha estado al cuidado de uno cualquiera de sus progenitores, por pacto o fácticamente, el cambio sólo deberá hacerse si este es “*indispensable*” “*para el interés del menor*”. El vocablo indispensable es el que refuerza esta idea de respetar el *statu quo*. Esto es, el cambio de la titularidad debe ser necesario, importante, indispensable, de acuerdo al criterio del interés del menor.

Tercero: Que, en todo caso, el Código Civil contempla una regla sobre **cosa juzgada** en materia de cuidado personal y régimen de comunicación. Esto es, quien pretenda un cambio en la titularidad de estos derechos, deberá acreditar en Tribunales que, desde la fecha del eventual pacto o sentencia judicial, ha **sobrevenido un motivo justo**. Si no es así, si no hay un evento nuevo, que justifique el cambio, quien pretenda mudar la titularidad o alcances de los referidos pactos o sentencia, no debería obtener fallo favorable.

¹ El equipo de redacción de la Revista señala que se ha mantenido el formato original de la conferencia a fin de reflejar lo más fielmente su espíritu.

PRIMERO: EL LEGISLADOR, EN PRINCIPIO, NO TIENE UNA REGLA DE PREFERENCIA A FAVOR DE LA MADRE EN EL CUIDADO PERSONAL

La **redacción del artículo 225 del Código Civil** es clara en cuanto a que la ley le otorga primacía, para asignar titularidad, al pacto de cuidado personal que suscriban los padres, no obstante la ubicación de tal regla en el inciso segundo y no en el primero de dicho artículo. En efecto, si hay pacto, este es el que prima. Los padres pueden decidir a favor de la madre o del padre, libremente. En principio, nadie puede cuestionar las razones. El legislador ha entendido que los padres son los que están en mejor situación para definir este asunto. Y, por consiguiente, el Tribunal no tiene atribuciones para revisarlo *ex ante* o *a posteriori*; salvo, desde luego, y concurriendo los requisitos, en un posterior juicio sobre cuidado personal el Tribunal puede ordenar un cambio de la titularidad; pero no se pronuncia hacia atrás. Incluso, en el evento de divorcio de común acuerdo, los padres deben pactar al respecto; están obligados a presentar un pacto al Tribunal sobre esta materia, entre otras. **La autonomía privada entra así, de una manera radical, a ocupar un espacio en dos instituciones del derecho de familia**, con la Ley N° 19.585, cuestión que antes estuvo absolutamente vedada.

Por otro lado, siempre, cualquiera que sea la regla de atribución utilizada, **es posible discutir el asunto en Tribunales**. Y, para decidir, los Jueces sólo deben atender al principio normativo denominado “**interés del menor**”. En ese análisis, en principio, y en términos abstractos, ninguno de los padres está en situación de privilegio respecto del otro. La ley no exige acreditar nada negativo respecto de la madre para otorgar la titularidad al padre, ni viceversa. El Tribunal deberá sopesar la relación de ambos padres con sus hijos. La discusión será en concreto y radicará en los elementos y criterios que le otorgan el contorno conceptual al principio de “interés del menor”. Hay, sin embargo, como diremos, una situación de privilegio respecto de quien sea el actual titular. Pero ello puede beneficiar tanto a la madre como al padre. Lo cierto es que la única regla normativa que debe aplicar el Tribunal para decidir es el “interés del menor”.

Privilegio de la autonomía privada, en un caso; e interés del menor, en el otro. Allí están las dos reglas básicas de la titularidad del cuidado personal.

Por consiguiente, entonces, la regla consagrada en el inciso primero del art. 225, que otorga la titularidad del cuidado personal a la madre, sólo es aplicable cuando los padres nada dicen. Es decir, sólo es regla supletoria.

Esta interpretación global del 225, que es conforme al tenor literal del precepto,

por lo demás, es **armónica con el principio de igualdad jurídica** consagrada constitucionalmente; así como con el principio normativo del “**interés del menor**” recogido en Tratados Internacionales tales como la “Convención sobre Derechos del Niño”; ambos, fundamento y motor de la reforma. Es decir, **es una interpretación acorde a la Constitución Política y a los Tratados de Derechos Humanos vigentes en Chile**. Y, desde luego, en la tarea de aplicación del derecho, siempre debe buscarse la interpretación de un precepto legal de modo que este sea constitucional.

Por otro lado, y aunque estimamos que en general la **interpretación histórica** debe acogerse más tenuemente, por diversas razones que no vienen al caso, ella permite también concluir que aunque claramente en la configuración del artículo 225 hubo vacilaciones, cambios de redacción, y discusiones y votos tanto de impronta conservadora como de trasfondo liberal, finalmente la redacción fue de consenso y recogió la idea de cambiar la lógica anterior, otorgando una primacía a la autonomía privada de los padres y al interés del menor, en caso de disputa. La norma supletoria sólo es una regla de asignación cuando hay silencio de los padres. Ciertamente es que con ello se reconoce que por regla general los hijos, en caso de vida separada de los padres, permanecen con la madre; pero no es regla de preferencia.

En cuanto a la **jurisprudencia**, nos atrevemos a afirmar que no obstante una cierta vacilación inicial en las sentencias, creemos que ya se ha afirmado la tesis de que los padres están en cierta relativa igualdad en su discusión sobre titularidad del cuidado personal. Y al efecto no es necesario alegar ni acreditar ninguna inhabilidad de la madre. Basta lo que dice la ley: Que el interés del menor lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada. Lo definitorio es el menor, sus ventajas, su desarrollo integral. Nada más.

A este respecto es ilustrativo observar ciertos casos paradigmáticos:

Sarmiento Hernández, Rol 3469 – 2008 de 29 julio de 2008

(Acogió recurso casación, revocó y en la sentencia de reemplazo otorgó titularidad al padre de la niña en base al interés del menor, *statu quo*, voluntad del menor. Se estimaron infringidos los arts. 225 inc. 3° CC y 16 de la ley N°19.968)

“Décimo tercero:cabe señalar que la menor ha vivido con su padre, desde febrero de 2004, consolidándose una situación de estabilidad emocional, afectiva y física, donde ella se siente protegida, manifestando su deseo de querer continuar bajo el cuidado de su progenitor, a quien reconoce como principal referente afectivo.....”

“Décimo cuarto: Que conforme lo razonado se establece que el interés superior

de la menor, ha sido preterido en beneficio de la madre, puesto que dicho principio en el caso concreto, se traduce en brindarle a la menor, un entorno propio de protección y apego filial, en aras de mantener la estabilidad alcanzada y el óptimo desarrollo de su personalidad, lo que en las condiciones señaladas en el motivo precedente sólo puede verificarse en el hogar paterno.....”.

Jagwani Jagwani, Rol 620 – 2010, 3 de mayo de 2010

(Rechazó recurso de la madre en contra de sentencia que otorgaba la titularidad del cuidado personal al padre. Afirma que regla que otorga a la madre supone inexistencia de acuerdos. Aquí hay pacto; y cualquiera causa calificada debe basarse en hechos posteriores a este acuerdo. Además interés del menor, principio de estabilidad y permanencia.)

Motivos:

“9º: Que en el caso de autos, según se ha dejado establecido por los jueces del fondo, los padres del menor Charan celebraron una convención acerca de su cuidado cumpliendo las formalidades y exigencias que establece la ley, en cuya virtud éste le fue entregado al padre, de manera que la decisión de abocarse al análisis de la existencia de motivos o causas calificadas, posteriores a este acuerdo, que pudiere hacer necesario el cambio en la titularidad de esta facultad-deber, no constituye un error de derecho, como lo denuncia la recurrente, pues se ajusta plenamente al tenor de la controversia de autos, en el entendido y en el presupuesto fáctico establecido, acerca de que se ha ejercido la atribución convencional para regular el cuidado personal del hijo común”.

“10º: Que, de otro lado, el interés superior del niño constituye un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico y de la mayor relevancia para la decisión en este tipo de materias. ...En el caso en estudio, no se advierte que haya sido vulnerado dicho interés por los sentenciadores, al decidir como lo han hecho, puesto que éste junto con el derecho a ser oído, han constituido precisamente los fundamentos sobre la base de los cuales... han fundado su decisión... teniendo especialmente en consideración, el vínculo de apego que tiene el niño con su padre, con quien ha permanecido la mayor parte de su vida y la estabilidad que éste y su familia le han brindado, además de los beneficios que esto puede aportar a su desarrollo, en concordancia con lo que los diversos informes y opiniones de expertos han manifestado o dejado constancia en el proceso”.

Massis Sánchez, Rol 608 – 2010, 24 junio 2010

(Acogió recurso casación, revocó y en la sentencia de reemplazo otorgó titularidad al padre de la niña en base al interés del menor. Infringidos los arts. 225 inc. 3º C.C. y 16 de la Ley N° 19.968)

“Undécimo: ...en la especie los jueces del grado no se han hecho cargo en sus motivaciones de la situación de la menor –desde la perspectiva de su interés superior– limitándose en sus reflexiones a reconocer por sobre otra consideración el derecho legal de la madre a ejercer el cuidado del hijo, en caso de separación, al extremo de limitarse en su análisis a descartar existencia de inhabilidad por parte de la progenitora para desconocerle el derecho que invoca, sin atender a la condición de la niña, como sujeto de derechos de especial protección por el legislador”.

Muchas otras sentencias de Corte de Apelaciones han resuelto en similar sentido, esto es: no es necesario acreditar inhabilidad de la madre a efectos de otorgar la titularidad del cuidado personal al padre; el criterio definitorio, en cambio, es el “interés superior del menor”; y dentro de ello, el principio de estabilidad y permanencia es fundamental, sea este criterio favorable a la madre o al padre. Entre ellos, las sentencias: Varela Montes, Moure Figueroa, Monsalve Vidal, todos de Santiago; Ortiz Meléndez (Rancagua)...etc.

En fin, en esto se sigue también las **tendencias normativas más modernas**, en que no hay preferencia por alguno de los padres; y se establece como primera regla el pacto o acuerdo.

En conclusión, no hay regla de preferencia a favor de la madre, de acuerdo al texto legal, a la interpretación lógica, y sistemática, a la luz de la normativa constitucional e histórica. Así también es el criterio en el derecho comparado. Y así también ha estado resolviendo la Corte Suprema en Chile.

SEGUNDO: LA LEY PRIVILEGIA EL *STATU QUO*, O EL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD Y PERMANENCIA

El art. 225, inciso tercero, dispone que *“En todo caso [...] el juez podrá”*; esto es, cualquiera sea el punto inicial, ya sea que el cuidado personal lo tenga la madre o el padre, sea que se haya acordado por pacto, o sea una situación fáctica, o resuelto por sentencia, o lo tenga la madre en virtud de la norma supletoria, el Tribunal, cualquiera sea la causa, podrá ordenar un cambio en la titularidad. Eso significa, *“En todo caso,...”*.

No obstante, el legislador prescribe que el Tribunal sólo podrá ordenar el cambio, si el interés del menor lo hace *“indispensable”*. Este vocablo introduce un elemento exigente. Indispensable significa que debe ser necesario o muy aconsejable.

En este sentido, puede estimarse que este es un elemento conservador puesto que privilegia el *statu quo*, la situación vigente. Se privilegia el principio de estabilidad, de permanencia. No se trata de que el juez analice las razones que hubo en el pacto o resolución anterior. Lo que deberá estudiar es si el cambio es ahora necesario, aconsejable, si es indispensable. Y más aún agrega “*sea por maltrato, descuido u otra causa calificada*”; terminología que refuerza esta idea de que la causa del cambio no es cualquiera, es de cierta entidad e importancia; siempre respecto del menor, respecto de la vida del menor, de su desarrollo integral.

Con ello, el legislador no hace más que acoger la idea muy presente en la doctrina, con base en el conocimiento de la psicología infantil, que afirma que para la salud mental e integridad psicológica de los niños, es aconsejable que no se produzcan cambios dramáticos en sus vidas, salvo que ello sea estrictamente necesario para su mejor desarrollo.

El autor argentino Mauricio Mizrahi, le denomina “*Principio de estabilidad o continuidad*”. En síntesis, afirma: “*La regla de la estabilidad desempeñará un papel primordial para decidir a cuál de los progenitores se ha de conferir la custodia de los hijos. El estándar apunta a que con la asignación respectiva no se quiebre la continuidad afectiva, espacial y social del niño. Para ello será conveniente, en principio, no variar su lugar de residencia, la escuela a la cual concurre, los lugares de encuentro, etc.; es decir, mantener el entorno social y cultural del hijo, sin que en lo posible se modifiquen las costumbres y hábitos cotidianos ni sobrevengam desplazamientos bruscos de un medio a otro*”.

Por su parte, es uno de los criterios para los tribunales ingleses contenido en el *Children Act* 1989. El español Francisco Rivero Hernández, respecto de este factor explica: “*El efecto probable de cualquier cambio de situación del menor: se valora aquí la incidencia que pueda tener para éste el cambio de residencia, estudios, amigos y personas con quienes se relacione. Los tribunales ingleses, de acuerdo con la doctrina, tienden a no variar el statu quo del menor, salvo necesidad, y afecta por igual en relación con padres y madres...*”

De otra parte, es interesante que la **Jurisprudencia en Chile**, desde muy antiguo, incluso antes de la reforma, aplicaba esta lógica: si no hay una razón poderosa para el cambio, las cosas deben seguir como están. Y la siga aplicando.

Sentencias anteriores a la reforma:

C. Suprema Queja Rol 9744 de 25 octubre 1898

C. Suprema Queja Rol 9804 de 19 marzo 1990

“7°.- Que para determinar la persona a quien se deba entregar la tuición de un menor debe tenerse como buena razón el que el menor quede en un ambiente de hogar en el cual ojalá haya vivido, o del cual haya estado cerca para que no sufra ninguna violencia en su personalidad afectiva ni padezca alteraciones emocionales posteriores”.

Obviamente esto no se aplica en el evento que enfrente de la separación de los padres se inicia en Tribunales la discusión antes de cualquier asignación de titularidad. En este evento la situación previa es de vida conjunta de los padres; por consiguiente cualquiera sea la sentencia necesariamente cambiará la situación anterior. En este evento, es muy nítido que los padres están en igualdad de condiciones frente al Juez. Nada más habrá que discutir sobre *“interés del menor”*.

TERCERO: EL PACTO O LA RESOLUCIÓN JUDICIAL PRODUCEN COSA JUZGADA, DE MODO QUE SOLO PUEDE MODIFICARSE LO RESUELTO SI HA SOBREVENIDO MOTIVO JUSTO

Tanto respecto del cuidado personal como en materia de régimen de comunicación, así como en alimentos, también existe la institución procesal de la cosa juzgada. En efecto, sólo es posible modificar o revocar las resoluciones y/o acuerdos si **“sobreviene motivo justo”**. Esto es, si hay cambio de causa de pedir (fundamento o motivo) puede revocarse o modificarse lo antes acordado o resuelto. Algunos autores entienden que hay propiamente una cosa juzgada provisional.

Así se desprende claramente del art. 242, inciso 1°, del Código Civil, el que prescribe:

“Las resoluciones del juez bajo los respectos indicados en las reglas anteriores se revocarán por la cesación de la causa que haya dado motivo a ellas, y podrán también modificarse o revocarse, en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo, y se cumple con los requisitos legales”.

Por ello, en un juicio de cuidado personal (así también de régimen de comunicación), en que existe sentencia o pacto previo, la discusión básica debería radicarse en el motivo sobreviniente. *Si no hubiere tal motivo el demandante no debería obtener en el juicio por así impedirlo el artículo 242 del Código Civil.*

Los fundamentos de esta institución en estos ámbitos del derecho de familia son los mismos del orden patrimonial: certeza, seguridad jurídica; a lo que es necesario agregar también los principios de estabilidad y permanencia.

Los niños no son objetos de decisiones de los padres, sino sujetos de derecho y las decisiones que influyen en sus vidas no pueden quedar entregadas a las posibilidades de cambios más o menos frecuentes; salvo ciertamente que se justifique; esto es, que exista un motivo justo.

Jurisprudencia: En Jagwani Jagwani ello es nítido.

En cualquier caso, *esta norma no tiene preferencia por el padre o la madre*. En principio, es neutra.

CONCLUSIÓN:

Una última reflexión: **El derecho de familia es también derecho. Tiene reglas, principios, rige la cosa juzgada; no es puro capricho de los padres; ni arbitrio del juzgador.** El propósito de esta exposición es aportar en el delineamiento de un derecho de familia con contornos precisos y tan científico como se pretende que sea el derecho patrimonial.