

MARÍA SARA RODRÍGUEZ PINTO, recensión *El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo Derecho Chileno de Familia*, Santiago, Abeledo Perrot, Legalpublishing. 2010, 140 pp.

El libro del que aquí se da noticia es el segundo de la profesora María Sara Rodríguez. El año 2005, la autora publicó su tesis doctoral, defendida en la Universidad Autónoma de Madrid, donde fue publicada bajo el título *Autocontratación y conflicto de intereses en el Derecho Privado español*, Madrid, Colegio de Registradores de España, 2005, 430 pp.

En esta obra, investiga una temática no abordada sistemáticamente en la doctrina nacional: el cuidado personal de niños, niñas y adolescentes; institución de gran relevancia una vez producida la crisis matrimonial o de pareja y que la autora aborda a la luz de los nuevos principios del Derecho de Familia chileno. Sus páginas denotan, desde luego, una concienzuda investigación, fruto de su proyecto FONDECYT “Los conflictos de intereses en las relaciones paterno filiales.

Un estudio dogmático y jurisprudencial de su prevención, solución y sanción bajo los principios del nuevo Derecho de Familia”.

En cuanto a su estructura, el libro está conformado por cuatro capítulos. El primero, se refiere a la autoridad parental y la patria potestad en el Derecho Civil chileno. El segundo, trata sobre la atribución convencional del cuidado personal de los hijos. El tercero, examina la regla de atribución legal supletoria de la tuición. Por último, el cuarto está dedicado al análisis de los criterios de atribución judicial del cuidado personal. Ha sido prologado por el profesor Hernán Corral y cuenta con la introducción, conclusiones y bibliografía de rigor. Cuestión de gran utilidad, dado el recurso permanente y atingente que la autora realiza a la jurisprudencia, es el índice de los casos comentados –que se acompaña al final de la obra– como, asimismo, el elenco de la normativa citada (señalando, incluso, los artículos respectivos), lo que, dada la dispersión que nuestro ordenamiento presenta en materia de Derecho de Familia, contribuye a identificar y sistematizar los cuerpos legales pertinentes.

El primero de los capítulos está dedicado a fijar ciertos conceptos y antecedentes de carácter general sobre la autoridad parental y la patria potestad en el Derecho Civil chileno. En él se efectúa un análisis sistemático de las fuentes históricas de la legislación sobre ambos institutos –llenando el sensible vacío en la doctrina chilena al respecto– así como de la posterior evolución legislativa nacional en esta temática. En esta parte, la autora afirma que la legislación chilena es única y original en el tratamiento separado de la patria potestad y el cuidado personal, en cuanto se aleja del Derecho francés, para inclinarse, al parecer, por el Derecho Romano. Al respecto, la autora, contraponiendo a la realidad chilena la tendencia generalizada en el Derecho Comparado, se muestra partidaria de reunificar el estatuto filial personal y patrimonial. El estudio realizado en estas páginas iniciales resulta fundamental para entender las conclusiones a las que la autora va arribando a lo largo de la obra.

Así, ofrece una visión crítica de la patria potestad, en cuanto la ley la concibe como una institución muy limitada a lo patrimonial, poniendo de manifiesto la necesidad de redefinir su contenido. En efecto, la autora afirma que la representación legal es un atributo de la patria potestad que, en principio, tiene y despierta interés práctico, sin embargo, cumple una función residual y excepcional. En el aspecto personal no tiene la relevancia que se le atribuye, debido a la autonomía progresiva del adolescen-

te y, en el ámbito patrimonial, sólo es funcional en los escasos casos en que el hijo tiene bienes.

De esta forma, pone de relieve la falencia de nuestra legislación en cuanto no resuelve en qué sede –si patria potestad o cuidado personal– se adoptan ciertas decisiones relativas al hijo y en qué medida y aspectos éste tiene capacidad para realizarlas. Si la legislación reconoce al menor adulto la autonomía suficiente para testar y reconocer hijos –señala– debiera reconocerle madurez suficiente para tener juicio propio: el derecho a ser oído, al menos en la ley civil, debiera entenderse obligatorio a partir de los doce o catorce años, en su caso. Asimismo, los niños y niñas menores de siete años no debieran ser oídos –agrega– aplicando el art. 2319 del *Código Civil*, que establece que los menores de esa edad no tienen suficiente juicio y discernimiento para responder civilmente de los daños que causen por sus delitos o cuasidelitos y, en consecuencia, tampoco debieran tener juicio propio¹. El problema está, en mi opinión, en determinar qué es el “juicio propio”, pues el Derecho de Familia y de la Niñez y Adolescencia admite distintos tipos o grados de autonomía, a los que, a mi juicio, no deben aplicarse, a rajatabla, las reglas de capacidad del *Código Civil*. Además, en este punto, conviene relevar que, según

¹ La autora opina que la responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos subsiste mientras los hijos viven bajo el cuidado de los padres.

la autora, la audiencia de escucha del menor no es trámite esencial: la Ley de Tribunales de Familia no señala cuándo debe llevarse a cabo, de manera que su omisión no da lugar a que se configure causal de casación en la forma (conforme a los arts. 67, 6, b) de la Ley de Tribunales de Familia y el art. 795 del *Código de Procedimiento Civil*).

En materia de tuición, defiende la regla supletoria de atribución preferente a la madre, en cuanto favorece los acuerdos y da lugar a distintas modalidades de organización del cuidado personal. Así, entiende que la ley permite la separación de hermanos y la distribución de ellos de acuerdo con su edad, opción, esta última, a la que, en mi opinión, el art. 225 del *Código Civil* da lugar sin la excepcionalidad deseable, obviando los beneficios positivos de la unidad familiar (los hijos se autoeducan por la imitación y el contacto con sus padres y hermanos; la separación de éstos rompe lazos filiales). En cambio, si bien la autora, en este aspecto específico interpreta con laxitud el art. 225 del *Código Civil*, entiende inadmisibles las atribuciones convencionales de los padres a favor de terceros, parientes o extraños, cuestión en que la jurisprudencia no se ha uniformado. Así, sobre la base de esta conclusión, relega la intervención judicial a la hipótesis de impugnación de la atribución legal, por el progenitor privado del cuidado personal.

Por otra parte, critica la regla actual de atribución del cuidado personal, en cuanto la ley N° 18.802 de 1989 –y

posteriormente la Ley de Filiación– habría desestimado la importancia del padre en la educación de los hijos, especialmente de los varones, falencia que no podría ser compensada por el derecho a mantener una relación directa y regular. Para la autora, la reforma de 1989 resultaría contradictoria, en cuanto, por una parte, pretendió la igualdad parental y, por otra, desvaloró la figura del padre (varón) en la crianza de los hijos.

Distingue, también, entre la existencia de la regla supletoria y la preferencia materna, celebrando ambas opciones legales. En esta parte, debo señalar que, si bien la argumentación jurídica de la autora me parece coherente, discrepo en cuanto a la verdadera utilidad de la primera y la constitucionalidad de la segunda, cuestión que, en futuras publicaciones, será debidamente desarrollada.

De especial interés es la tesis que defiende, decididamente, que el artículo 42 de la Ley de Menores es una norma de integración del artículo 226 del *Código Civil* y no del artículo 225 inc. 3 del *Código Civil*. En efecto, descarta que el criterio judicial para atribuir el cuidado personal al padre sea la inhabilidad de la madre. La Ley de Filiación, al modificar el encabezado del art. 42 de la Ley de Menores, habría vinculado los casos de inhabilidad al art. 226 del *Código Civil* y no al artículo 225 inc. 3 del *Código Civil*. Así, el art. 42 de la Ley de Menores no debiera ser aplicado por los jueces en el conflicto entre padres por el cuidado personal de sus hijos, punto en el que, nuevamente, la jurisprudencia no

es pacífica² y que, a mi juicio, dada la causal de corte genérico del numeral 7 del mencionado artículo 42³, pierde virtualidad práctica, ya que se asemeja a la causal, también amplia, del art. 225 inc. 3 del *Código Civil*: descuido, maltrato u otra causa calificada. En suma, en términos prácticos, me permito agregar que, desde el punto de vista jurídico, la precisión no deja de ser importante, pero, para efectos prácticos, la prueba que debe producir el padre es igualmente exigente, sea que deba acreditar inhabilidades del art. 42 de la Ley de Menores o el descuido, maltrato u otra causa calificada del art. 225 inc. 3 del *Código Civil*.

Por otra parte, en relación con el inc. 3 del art. 225 del *Código Civil*, afirma que la ley no es clara en cuanto a si se mantiene en él la preferencia materna como regla de atribución judicial, pues la ley 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 artículo. 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 dejar el cuidado personal al padre. Coincido con la autora en cuanto a la solución propuesta: una interpretación sistemática –desde luego a la luz del art.

242 inc. 2 del *Código Civil*– no deja dudas en cuanto a que el criterio rector es el *favor filii*. No obstante, creo que el juez se inclina por aplicar la regla de “orden natural” –como se afirma en numerosas decisiones judiciales, especialmente, de nuestros tribunales superiores de justicia– que la preferencia materna del art. 225 inc. 1 del *Código Civil* sólo viene a explicitar, convicción a la que viene en ayuda, precisamente, la sabida imprecisión del “interés superior”. Por otra parte, la frase que, según la autora, viene a confirmar esta interpretación sistemática (el mencionado inc. 3 señala: “cuando el interés del hijo lo haga indispensable”), me parece, da pie para que el juez vaya más allá, incluso, al momento de modificar esta regla supletoria: la palabra ‘indispensable’ parece ser más exigente, en cuanto sólo se conforma con un estándar mayor que el mero “interés superior”.

La autora, a su vez, desestima la preferencia materna como criterio de atribución judicial. En el antiguo art. 223 del *Código Civil* era 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 habría sido dejar subsistente la preferencia materna sólo como regla legal supletoria y no como criterio judicial. El criterio judicial, insiste la autora, es el interés superior de los hijos.

El problema, creo, es que, como regla legal supletoria, el art. 225 inc. 1 del *Código Civil* no presenta las virtudes que se le atribuyen (salvo casos

² Según lo reseñado por la autora, este error se habría producido, en primera instancia, en el bullado caso Atala.

³ Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.

de entrega inmediata), dado el problema probatorio en situaciones de separación de hecho. Si, conforme a la opinión de la profesora María Sara Rodríguez, tampoco es criterio de atribución judicial, entonces, menos se explica su utilidad. Si, cuando no hay acuerdo, decide el juez y éste no tiene que aplicar la preferencia materna, cabe preguntar. ¿de qué sirve esta preferencia? El problema está en que sí la aplica el juez, invocando su sana crítica y, por ello, muy escasamente, otorga al padre el cuidado personal⁴.

Finalmente, si bien reconoce valor a los acuerdos mediante los cuales los padres establecen una custodia compartida, se declara contraria a este sistema de organización del cuidado personal, relevando, en su desmedro, el papel que cumple el régimen de relación directa y regular en cuanto a la consecución de los lazos afectivos.

En efecto, que el régimen comunicacional es una forma de atribución del cuidado personal.

En suma, las páginas denotan un gran esfuerzo investigativo, un excelente manejo de las fuentes, aguda perspectiva crítica, proyección práctica en la resolución de casos y, sin duda, el valioso mérito de presentar impecable coherencia argumentativa.

⁴ En el mismo caso Atala, que comenta la autora, se advierte que, en primera instancia, se aplica la regla de atribución materna como regla supletoria y no el interés superior del hijo (a diferencia de lo que, en definitiva, se invocó al resolver el asunto), lo que evidencia que el actual sistema de atribución legal y judicial da lugar a interpretaciones muy disímiles.

En efecto, sin perjuicio de no compartir algunas de las cuestiones que la autora afirma, la interpretación de las normas legales y de los criterios judiciales que se comentan, guarda armonía con las soluciones que la profesora propone frente a las disyuntivas presentadas. Se trata de una obra de obligada referencia y de enorme utilidad para abogados, jueces y operadores del Derecho.

FABIOLA LATHROP GÓMEZ

INMACULADA VIVAS TESÓN, *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*, Madrid, Difusión Jurídica, 2010, pp. 219. ISBN. 978-84-92656-64-6

Nos encontramos con una monografía cuyo propósito consiste en estudiar la protección jurídico-privada de la discapacidad, realizándose una mirada tanto retrospectiva como prospectiva del tema con la pretensión, sin duda lograda, de dar información adecuada acerca de las distintas herramientas de tutela patrimonial que el Derecho Civil ofrece a fin de garantizar una mayor y mejor calidad de vida de las personas en situación de discapacidad.

Hasta el año 2003, las únicas medidas jurídicas protectoras de las personas con discapacidad, que contemplaba el legislador civil español eran, por un lado, la incapacitación