

Título: Cuidado personal de los hijos y orientación sexual de sus progenitores: comentario al simbólico fallo de la Corte Cuprema de Chile del 23 de mayo de 2017

Autor: Lathrop Gómez, Fabiola E.

Publicado en:

Cita Online: [AR/DOC/4354/2017](#)

(*)

I. Introducción

El 23/05/2017, el Máximo Tribunal de Justicia de Chile dictó, por primera vez, un fallo que concede el cuidado personal definitivo de dos niños de tres años y medio a su padre, conociendo la circunstancia de que este se encontraba viviendo con su cónyuge del mismo sexo —con quien ha contraído matrimonio en Argentina— (1).

La sentencia no se refiere a la orientación sexual del padre sino solo tangencialmente; se centra más bien en determinar cuál de los dos progenitores está en mejores condiciones de ejercer el cuidado de los niños, conforme a su interés superior: si la madre, con quien viven hasta el momento, o si el padre varón, con quien mantienen un régimen de relación directa y regular. En este sentido, el fallo marca un hito en materia de igualdad y no discriminación por orientación sexual en materia de relaciones familiares en Chile y, además, constituye una manifestación de las lecciones aprendidas por el Estado chileno luego de ser condenado, en 2012, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a raíz del caso "Atala e Hijas c. Chile" (2).

Por otra parte, la sentencia ayuda a fijar el sentido y el alcance de algunas de las disposiciones sobre cuidado personal de los hijos reformadas en 2013 mediante ley 20.680, en especial, acerca de supuestas preponderancias de algunos criterios interpretativos, por sobre otros, mencionados en el art. 225-2 del Cód. Civil.

II. Los hechos

Los hechos son los siguientes (3). Una pareja conformada por dos ciudadanos extranjeros que mantienen una relación de más de dieciocho años, radicada en Chile desde 2006, contrae matrimonio, el año 2012, en la ciudad de Buenos Aires, Argentina. En vista del anhelo de la pareja de ser padres y del propio deseo de ser madre de una mujer amiga —también extranjera—, a quien ambos conocen en Chile, deciden someterse a un proceso de reproducción asistida. La mujer deja en manos del matrimonio la decisión de determinar quién sería el padre genético, acordando que el niño o niña que naciera siempre tendría claro quién era tal progenitor, así como conocimiento de la orientación sexual de este. Estas personas están conformes, además, en que tendrían una familia no tradicional, con dos hogares, en la que todos participarían por igual en la crianza y educación del niño o niña que naciera.

Sin embargo, una vez confirmado el embarazo de mellizos, la madre biológica comunica al padre que no permitiría en forma alguna que el cónyuge de este participara en la crianza de los niños, porque no le reconocía calidad de "padre", desconociéndose así lo previamente acordado (4). De este modo, al momento del nacimiento de los mellizos, la mujer solo permitió al padre biológico visitar a los niños, siempre y cuando continuara haciéndose cargo de la totalidad de los gastos ocasionados por ellos.

En 2014, luego de dos meses de nacidos los niños, la madre informa al padre que viajaría a Uruguay, junto a los niños, por un mes. Ante la negativa del padre, la madre presenta una solicitud de autorización de salida del país. A instancias del tribunal, el padre autoriza la salida, mediando un acuerdo de régimen comunicacional, en el cual, entre otros aspectos, se señala que el cónyuge del padre participaría activamente de las "visitas" realizadas a los niños y de los viajes que se acordaba realizar a Uruguay. Pues bien, en uno de los viajes que se autorizaron, la madre no vuelve a Chile, ante lo cual se gatilla un juicio de sustracción internacional que finaliza ordenando el regreso al país de origen y residencia de los niños.

Luego de una serie de conflictos respecto de los niños, el padre inicia un juicio de cuidado personal que termina resuelto a su favor por la Corte Suprema el 23/05/2017.

III. Sentencia de primera instancia que concede el cuidado personal de los niños a su padre

El fallo de primera instancia, de 22/06/2016, emanado del Tercer Juzgado de Familia de Santiago, concede el cuidado personal de ambos niños a su padre. El juez de la causa sostuvo que "lo más adecuado para la situación actual y futura de los niños, es poder compartir con ambos padres, pero como la hipótesis normativa chilena no consagra el cuidado personal compartido, salvo acuerdo de las partes, es que se resolverá que los niños, queden bajo la custodia del padre, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 222, 224 y 225 del Cód. Civil, pero garantizando a la madre un régimen comunicacional, tan amplio como en derecho corresponda" (considerando vigésimo) (5).

Conforme a lo señalado en esta sentencia, el padre demandante se encontraba en mejores condiciones que la madre para ejercer el cuidado personal de los mellizos. Así, el fallo señaló que los consejeros técnicos —especialistas psicosociales que colaboran con el juez—: "indican ambos que de acuerdo a los antecedentes agregados, principalmente informes periciales y en especial atención a los derechos de los niños, refieren que son de opinión que se entregue el cuidado de los hijos al padre, ello a fin de resguardar el interés superior de los niños, manteniendo visitas amplias con la madre, por ser el padre quien cuenta con mejores habilidades parentales, lo que fue referido e informado en forma unánime por todos los peritos que declararon en el juicio, y por ser este, quien mejor podría garantizar un régimen de relación directa y regular para con el padre no custodio, en este caso con la madre, ello tanto desde un punto de vista social, como psicológico" (considerando noveno). A mayor abundamiento, la sentencia señala que la perito psicóloga que evaluó a los niños estimó que "no hay ningún riesgo en los niños, en ser criados, por la pareja homosexual" (considerando décimo cuarto).

Si bien esta decisión fue dictada estando vigente la nueva normativa introducida al Código Civil mediante ley 20.680, de 21/06/2013 [\(6\)](#), su texto contiene pasajes sustentados en normas derogadas. Así, señala que el padre "cuenta con mejores habilidades psicosociales que la madre para hacerse cargo de sus hijos, y porque existe causa calificada, que es que el padre técnicamente es la figura significativa y adecuado (sic) para los niños, que en atención a sus cualidades personales, requieren de una estabilidad" (considerando décimo sexto). Y, más patente aún, citando un artículo derogado por la citada ley 20.680: "en esta causa se escuchó a cinco peritos, un testigo, cónyuge de una de las partes, obligación contenida en el art. 228 del Cód. Civil" (considerando décimo noveno) [\(7\)](#).

IV. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que revoca el fallo de primera instancia, otorgando el cuidado personal de los niños a su madre

En fallo de 22/11/2016, la Duodécima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago revocó la decisión de primera instancia, sobre la base de una interpretación, a mi juicio equívoca, de las reglas y principios del Código Civil en materia de cuidado personal de niños, niñas y adolescentes.

En efecto, la sentencia recaída en apelación sostuvo que ambos padres (padre genético y madre biológica) eran aptos para el cuidado de los niños: "por lo que lo mejor sería el régimen compartido de cuidado personal" y que, en la opción de tomar una decisión, no existía "una causal grave calificada para alterar el estándar legislativo priorizado para la tutela del interés superior del niño en la ponderación de criterios" (considerando noveno).

Así, esta sentencia fija, erradamente, una especie de regla supletoria para la falta de acuerdo de los padres sobre el cuidado personal de sus hijos. Esta interpretación se detecta en los siguientes pasajes del fallo. En primer lugar, al referirse al inc. 3° del art. 225 del Cód. Civil, señala que la norma que reza "los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo", mira a "la estabilidad de la situación del hijo, en vistas del apego y del arraigo de este, pero proyectada en el tiempo" (considerando quinto). En segundo lugar, y más directamente aún, continúa afirmando que la conjugación de los arts. 225, incs. 3° y 4°, y 225-2 del Cód. Civil, conllevaba a observar que "el legislador nuevamente tenía prioridad de regulación" luego de la reforma de 2013. Es así que señala que "la ley interpreta y concretiza el principio de interés superior del niño, regulando directamente la situación de la titularidad y ejercicio del cuidado personal en el inc. 3° del art. 225 del Cód. Civil, priorizando la estabilidad material y espiritual del hijo, por sobre otros criterios, para efectos de proteger el apego al padre con quien convive, y el arraigo a su hogar, y a afectos de su desarrollo de manera estable en el tiempo" (considerando sexto).

La Corte de Apelaciones de Santiago afirmó que de los informes periciales se desprendería que ambos padres presentaban un "nivel relativamente similar" de habilidades parentales, insuficiente para "romper el estándar legalmente priorizado de estabilidad" referido. De esta forma, la sentencia sostiene que "las deficiencias en las competencias que nota la sentencia a quo y las pericias psicológicas (sic) atinente a la madre y en parte al padre, son mejorables mediante la terapia de fortalecimiento de habilidades parentales, por lo que no se ve una necesidad de afectar la estabilidad de la situación de los niños, cuestión privilegiada por el legislador" (considerando octavo).

Como se puede apreciar, la Duodécima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago interpreta la nueva normativa del Código Civil en materia de cuidado personal, afirmando que la ley 20.680, de 21/06/2013, habría consagrado un criterio prioritario a valorar en la atribución de tal cuidado, sobre la base de los elementos mencionados en el art. 225-2 y lo prescrito en el inc. 4° del art. 225, todos del Cód. Civil; y, particularmente, en el inc. 3° de esta última norma, que señala que "A falta del acuerdo del inc. 1°, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo". La sala afirma que existiría un "estándar legislativo priorizado" para la satisfacción del interés superior de los hijos, consistente en la "estabilidad

material y espiritual" de los niños.

El voto de minoría de la sentencia de la Corte Suprema (sentencia que comentaré en el apartado siguiente) reafirma esta interpretación al sostener que "la controversia fue resuelta al amparo de un principio que la doctrina sobre la materia denomina de estabilidad del niño, niña o adolescente, que postula que corresponde mantener la situación de hecho en que se encuentra en cuanto sea beneficioso para él, lo que implica proteger su interés superior, y por lo mismo, no es pertinente modificar la atribución del cuidado personal vigente (LATHROP G., Fabiola, 'El cuidado personal y la relación directa y regular. Estudio exploratorio en los tribunales de familia de la Región Metropolitana', LegalPublishing, Santiago, Chile, 2013, p. 174)" (considerando cuarto) (8).

Al respecto, merece la pena señalar que tal principio ni doctrina existen; lo que se desarrolla en la publicación que el voto de minoría cita es una cierta tendencia de parte de los tribunales —previa, por cierto, a la reforma del año 2013— a considerar la estabilidad de los hijos como uno de los elementos que contribuyen a determinar el interés superior del hijo en el caso en concreto.

A mi entender, esta interpretación no se ajusta a los principios y a las reglas establecidas, a partir del año 2013, para determinar cuál de los progenitores satisface mejor el interés superior de los niños en contexto de juicios sobre cuidado personal. En realidad, la sentencia de la Corte de Apelaciones, en vez de establecer qué padre o madre satisface de mejor manera el interés superior de los niños, intenta descartar la existencia de inhabilidades en la madre, reproduciendo, de esta forma, la normativa anterior a 2013. En efecto, no obstante citar los resultados de los informes presentados en primera instancia, en los que se señala que la madre tiene competencias parentales claramente inferiores al padre, la sentencia estima que las habilidades de ambos progenitores son similares y que, atendido este "estándar legal priorizado" constituido por la "estabilidad" de los niños, es mejor que éstos continúen bajo el cuidado personal de la madre.

La sentencia otorga preponderancia a la "estabilidad" de los niños por sobre otros criterios y circunstancias que, conforme al inc. 1º de art. 225-2 del Cód. Civil, debe considerar y ponderar conjuntamente. A criterio de los sentenciadores, esta estabilidad se restringe, exclusivamente, a un elemento puramente fáctico y físico, cual es que ambos niños continúen viviendo con su madre. De esta forma, en vez de determinar cuál de los progenitores es el más apto para detentar el cuidado personal de los niños, atendiendo al interés superior de estos últimos, la sentencia busca detectar una inhabilidad en la madre para confirmar o revocar el fallo de primera instancia, reproduciendo, así, una regla de preferencia que ha sido derogada mediante ley 20.680, de 21 junio de 2013.

En efecto, bajo la vigencia del antiguo art. 225, inc. 1º, del Cód. Civil, la ley otorgaba preferencia a la madre para el cuidado personal de los hijos si los padres vivían separados; salvo que, conforme al antiguo inc. 3º del art. 225 del mencionado cuerpo legal, por maltrato, descuido u otra causa calificada, y siempre que el interés del hijo lo hiciera indispensable, el juez lo entregare al otro de los progenitores. A mayor abundamiento, la causa calificada que el legislador refería era probada a través de circunstancias que acreditaran inhabilidad física o moral de la madre [recurriendo al art. 226 del Cód. Civil (9)].

Sin embargo, el actual texto del art. 225 del Cód. Civil, en observancia a los principios de interés superior del niño, de igualdad y de corresponsabilidad parental, permanece neutro frente al sexo y género de los progenitores, al no dar preferencia a ninguno de los dos para determinar quién ejerce el cuidado personal de sus hijos. De esta forma, asumiendo estándares internacionales, nuestra ley obliga al juez a decidir sobre la atribución y ejercicio del cuidado personal teniendo como criterio rector la satisfacción plena e integral del interés superior del niño. En este sentido, conforme al establecimiento fidedigno de la ley 20.680, las modificaciones introducidas en el año 2013 persiguieron fortalecer el acuerdo de los progenitores una vez producida la separación, abandonando criterios de preferencia no fundados en el interés de los hijos; así, la regla supletoria contenida actualmente en el inc. 3º del art. 225 del Cód. Civil —que entrega, a falta de acuerdo de los padres, el cuidado personal del hijo al padre o madre que esté conviviendo con él— se originó en la Comisión Mixta durante el Tercer Trámite Constitucional de la reforma, y tuvo por objeto resolver una situación de hecho sobreviniente a la separación de los progenitores, sin que, necesariamente, deba vincularse con la estabilidad de los hijos, cuestión de fondo que solo debiera discutirse en una instancia en que los progenitores —y, en su caso, un tercero— desee alterar dicha regla fáctica (10).

Así ha quedado claro en la doctrina especializada desarrollada sobre esta regla: "(...) la actual norma no prefiere a un progenitor en particular, sino que atiende a una situación de hecho, dado que en todo momento el cuidado personal de los hijos debe estar radicado en alguien" (11). La estabilidad de los hijos, en los términos actuales de los arts. 225 y ss. del Cód. Civil, se encuentra mencionada en la definición del cuidado personal compartido (art. 225, inc. 2º), y se refiere a los estándares y seguridades que la modalidad en que se desarrollará

la residencia del hijo bajo tal régimen debe otorgar. En suma, la ley no ha priorizado la estabilidad material y espiritual del hijo por sobre otros criterios —como lo afirma erróneamente la sentencia de la Duodécima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago en su considerando sexto—, ya que la mejor garantía de dicha estabilidad debe emanar de los criterios y circunstancias que menciona el art. 225-2 del Cód. Civil, en especial, sus letras d) y e), en atención a la consideración primordial que constituye el interés superior del niño [\(12\)](#).

A mayor abundamiento, en cumplimiento a la observación general 14, de 2013, del Comité de Derechos del Niño, el Estado chileno ha elaborado "una lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica que podrían formar parte de la evaluación del interés superior del niño que lleve a cabo cualquier responsable de la toma de decisiones que tenga ante sí ese cometido" (párr. 50, énfasis añadido). Así, los criterios contenidos en el actual art. 225-2 del Cód. Civil no constituyen meras orientaciones para el juez, sino que deben ser confrontados con las circunstancias específicas del caso concreto que está llamado a decidir, en el entendido de que, de esa forma, se satisface la directriz primordial vigente, esto es, el interés superior del niño. Por su parte, no existe preferencia legal —y no podría haberla a la luz de la señalada observación— por alguno de dichos elementos (a diferencia de lo que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago sostiene en su considerando sexto), toda vez que el único criterio rector es el interés superior del niño. Así lo ha señalado la doctrina más reciente que ha interpretado dicho precepto: "Estos criterios y circunstancias deben ser considerados y ponderados conjuntamente, lo que impide al juez basar su decisión en una única circunstancia (...)" [\(13\)](#).

V. Sentencia de la Corte Suprema que casa el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, que concede el cuidado personal de los niños a su padre

La sentencia de la Corte Suprema de Chile, de 23/05/2017, sienta jurisprudencia por las razones que explicaré a continuación.

En primer lugar, determina el alcance y el contenido del inc. 3° del art. 225 del Cód. Civil como regla supletoria: "Que, contrario a lo que sostiene el fallo impugnado, la regla del inc. 3° del art. 225 del Cód. Civil fue introducida por la ley 20.680 como una regla supletoria y provisoria, para el caso de separación de los padres, cuando no existiere acuerdo respecto de cuál de ellos tendría el cuidado personal de los hijos menores, atendida la eliminación de la regla de atribución legal que establecía una preferencia en favor de la madre en tal evento. En términos prácticos, la regla opta por mantener la situación de hecho que se verifica en tal momento, dejando el cuidado personal en quien estuviere conviviendo con los hijos a esa fecha, mientras no exista una decisión judicial al respecto" (considerando cuarto).

La sentencia de la Corte Suprema aclara que el interés superior del hijo es el criterio determinante, descartando cualquier priorización de criterios legales: "el interés superior del niño es el único elemento que ha de primar a la hora de decidir sobre el cuidado personal del hijo, con lo cual se pone fin al criterio que todavía solía invocarse —pese a las modificaciones introducidas por la ley 19.585— y que giraba en torno a la inhabilidad de la madre o del padre para ejercer dicho cuidado. En consonancia con aquello, se establecieron en el art. 225-2, determinados criterios y circunstancias que los jueces 'considerarán y ponderarán conjuntamente' para decidir a cuál de los padres atribuir el cuidado personal del niño o niña, sin que ninguno de ellos tenga prioridad ni menos deban subordinarse a la regla provisoria del inc. 3° del art. 225" (considerando cuarto).

La sentencia de la Corte Suprema es enfática al señalar que "los jueces del fondo cometen un error de derecho al interpretar la norma en la forma en que lo han hecho (...), en el sentido de apreciar los distintos elementos probatorios bajo la mirada de si son suficientes para derrotar el criterio legal preferido, o alterar el estándar legislativo priorizado, en circunstancias que, como se ha dicho, no existe tal priorización o preferencia legal, en la medida que lo único que interesa es desentrañar con quién los niños habrán de estar mejor" (considerando quinto).

Finalmente, señala que "la sentencia vuelve a reiterar el concepto equivocado acerca de la preferencia legal en cuanto al cuidado personal, e incluso agrega otro criterio que fue derogado por la ley 20.680, cual es el de la necesidad de una 'causa grave calificada', para alterar la situación previa, lo que significa mantener una barrera o estándar que la legislación actual no prevé y que, precisamente desecha, para privilegiar por sobre todo, el interés superior del niño, sin exigir que la situación deba encontrarse en el límite" (considerando quinto).

De esta forma, la Corte Suprema sienta, a mi juicio, la interpretación correcta, en el sentido de que solo el interés superior del niño es el criterio clave para determinar al titular del cuidado personal de los hijos; pueden existir elementos que, atendido el caso en concreto, sean más o menos relevantes para fijar tal interés —como el de la estabilidad material y psicológica—, pero en ningún caso debe entenderse que los arts. 225 y 225-2 del Cód. Civil privilegian alguna circunstancia fáctica por sobre otras consideraciones o que establecen alguna vinculación directa entre la estabilidad del hijo y la realización de su interés superior.

VI. Conclusiones

La sentencia de la Corte Suprema refuerza los principios de igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual, protegiendo el derecho a la vida familiar del padre demandante y, muy especialmente, el derecho a la vida familiar de los niños. A la luz del interés superior del niño, la Corte Suprema determina que el padre genético presenta mayores y mejores habilidades parentales en relación a la madre. La sentencia, sin referirse expresamente a estos principios y derechos —salvo el de interés superior—, reconoce, indirectamente, que dos personas del mismo sexo pueden cuidar de menores de edad. En efecto, si bien entrega el cuidado personal a quien es el padre genético de los niños —con quien existe filiación paterna determinada—, es sabido por los sentenciadores que la pareja del mismo sexo de tal progenitor es, en la realidad familiar, un co-padre para los niños. Más allá de que la filiación paterna está determinada a favor del demandante, la Corte Suprema favorece la crianza de dos menores de edad por dos personas del mismo sexo, en el entendido de que en ese hogar existen mejores garantías de corresponsabilidad parental juntamente con la madre y de favorecimiento de una relación directa y regular con esta.

Por otro lado, la sentencia de la Corte Suprema contribuye —sustancialmente— a fijar el sentido y el alcance de algunas de las disposiciones sobre cuidado personal de los hijos reformadas en 2013 mediante ley 20.680, en especial acerca de supuestas preponderancias de algunos criterios interpretativos por sobre otros mencionados en el art. 225-2 del Cód. Civil.

La interpretación de la Corte de Apelaciones de Santiago, efectuada en la sentencia de 22/11/2016, no se ajustó a los principios y a las reglas establecidas, a partir del año 2013, para determinar cuál de los progenitores satisface mejor el interés superior de los niños en contexto de juicios sobre cuidado personal. En vez de establecer qué padre o madre satisface de mejor manera el interés superior de los niños, intentó descartar la existencia de inhabilidades en la madre, reproduciendo la normativa anterior al año 2013. La Corte de Apelaciones de Santiago otorgó preponderancia a la estabilidad de los niños por sobre otros criterios y circunstancias que, conforme al inc. 1° del art. 225-2 del Cód. Civil, más bien deben considerarse y ponderarse conjuntamente.

Las modificaciones introducidas mediante la ley 20.680 persiguieron fortalecer el acuerdo de los progenitores, abandonando criterios de preferencia no fundados en el interés de los hijos. La regla supletoria del inc. 3° del art. 225 del Cód. Civil —que entrega, a falta de acuerdo, el cuidado personal del hijo al padre o madre que esté conviviendo con él— tuvo por objeto resolver una situación de hecho sobreviniente a la separación de los progenitores, sin que, necesariamente, deba vincularse con la estabilidad de los hijos.

Finalmente, no es menos importante advertir que tanto el fallo de primera como de segunda instancia ponen de manifiesto que el legislador no permite a la autoridad judicial el establecimiento de un régimen de cuidado personal compartido —reservado en la letra del art. 225 del Cód. Civil solo para situaciones de acuerdo entre los progenitores—, sin perjuicio de la aprobación que pueda dar a una mediación, transacción o conciliación [\(14\)](#). Ello no obstante señalar, expresamente, que esta hubiera sido la alternativa más adecuada para los niños. Esta cuestión pone de manifiesto cómo el legislador de 2013, al menos en la letra de la ley, ha limitado desproporcionadamente las facultades decisorias del juez, permitiéndole establecer el cuidado personal de los hijos solo al padre o a la madre —no a ambos—. Esta es una problemática que escapa al objeto de este comentario, de manera que esta autora deja solamente esbozada esta crítica.

(*) Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Abogada. Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesora asociada de la carrera académica ordinaria del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Avda. Santa María 076 Providencia, Santiago de Chile; flathrop@derecho.uchile.cl. Este trabajo constituye una versión resumida del comentario de la misma sentencia publicado en la Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, vol. 24, nro. 2, 2017.

(1) Sentencia de rol nro. 99.861-16, adoptada por la Cuarta Sala del Máximo Tribunal, integrada por el señor ministro Carlos Cerda F., la señora ministra Andrea Muñoz S. y el abogado integrante señor Álvaro Quintanilla P., quienes constituyeron el voto de mayoría, y por el ministro señor Ricardo Blanco H. y la ministra señora Gloria Ana Chevesich R., que conformaron el voto de minoría.

(2) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Atala Riffo y Niñas c. Chile", sentencia de 24/02/2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

(3) Esta descripción se basa en lo señalado en la sentencia de primera instancia, así como en lo relatado por el abogado del padre demandante, en el seminario organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile "Cuidado personal y copaternidad: comentario al reciente fallo de la Corte Suprema", celebrado el 17 de agosto de 2017.

(4) La madre desconoce el acuerdo, señalando que las condiciones para la inseminación artificial fueron las

siguientes: que hubiera exclusivamente una figura paterna y que los hijos se criaran en Uruguay desde los dos años o, como máximo, al empezar la escuela. Señala que no tiene problemas con que el cónyuge del padre de los niños sea parte de la familia; sin embargo, afirma que no es el padre; de hecho, reconoce que este cónyuge ha visto a los niños sin ninguna restricción desde que nacieron, pues asistía, con o sin el padre, todos los días a ver a los niños, los tomaba, les daba mamadera, los bañaba, etc.

(5) El destacado y el que sigue han sido añadidos.

(6) Esta ley modificó el Código Civil chileno, derogando la regla de preferencia materna en la atribución del cuidado personal de los hijos en casos de separación de los padres; además, consagró el interés superior del niño como principio rector del establecimiento y regulación del régimen de cuidado personal de los hijos.

(7) El art. 228 del Cód. Civil señalaba antes de la reforma del año 2013: "La persona casada a quien corresponda el cuidado personal de un hijo que no ha nacido de ese matrimonio, solo podrá tenerlo en el hogar común, con el consentimiento de su cónyuge".

(8) Díaz y Duque se refieren a la estabilidad que el legislador de 2013 habría protegido con esta nueva regla supletoria, pero sin llegar a decir que es un principio ni menos una priorización: "Hoy la regla de atribución supletoria deja a los padres en igualdad de condiciones, priorizando claramente la estabilidad de los hijos, buscando mantener la continuidad en la vida de ellos (la que se ha visto alterada con la separación de los padres)". DÍAZ CARONNA, Ximena — DUQUE VILLA, José, "Cuidado personal compartido. Una modificación sustantiva y sus repercusiones procesales", en AA.VV., Derecho procesal de familia a 10 años de la reforma, Ed. Libromar, Santiago de Chile, 2016, p. 270.

(9) Este artículo establece que, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, el juez puede confiar el cuidado personal de los hijos a la persona o personas que se estime competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño, conforme a los criterios del art. 225-2.

(10) Véase la "Historia de la ley 20.680" elaborada por la Biblioteca del Congreso Nacional, disponible en www.bcn.cl. En ella consta que la actual redacción del mencionado inciso tuvo su origen en una propuesta del Servicio Nacional de la Mujer, recogiendo las preocupaciones de los parlamentarios en orden a entregar una solución cuando no hubiere acuerdo de los padres (ps. 664 y 700).

(11) ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, "Efectos de la filiación", en DEL PICÓ RUBIO, Jorge (dir.), Derecho de familia, Ed. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2016, p. 490.

(12) Art. 225-2 del Cód. Civil: "En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias: a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar. b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad. c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo. d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inc. 5° del art. 229. e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades. f) La opinión expresada por el hijo. g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar. h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio. i) El domicilio de los padres. j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo".

(13) ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, "Efectos de la filiación", cit., p. 497.

(14) En este sentido, ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, "Efectos de la filiación", cit., p. 491, y DÍAZ CARONNA, Ximena — DUQUE VILLA, José, "Cuidado personal...", cit., p. 259. El Tribunal Constitucional chileno se ha referido a esta cuestión señalando: "Que si bien puede haber otras opciones legislativas diversas a las establecidas en el inc. 3° del art. 225 del Cód. Civil, la norma vigente no parece desproporcionada ni irracional" (sentencia de 16/06/2015, Rol 2699-14, considerando decimoséptimo). En todo caso, se advierte doctrina contraria a esta opción del legislador de descartar el establecimiento del cuidado personal compartido judicialmente contra la oposición de alguno de los progenitores. Así DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO (ed.) - ILLANES, Alejandra, "Incoherencias del régimen de custodia compartida introducido por la ley 20.680 con los principios orientadores de la reforma", Estudios de derecho civil XI, Jornadas Nacionales de Derecho Civil Concepción, 2015, Ed. Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2015, p. 143: "(...) hacerlo depender de la voluntad de un progenitor, normalmente su actual custodio, importa per se un atentado al interés superior del niño (...)".