



Revista de Derecho - Universidad
Católica del Norte
ISSN: 0717-5345
revistaderecho@ucn.cl
Universidad Católica del Norte
Chile

ACUÑA SAN MARTÍN, MARCELA
EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL
Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, vol. 20, núm. 2, 2013, pp. 21-59
Universidad Católica del Norte
Coquimbo, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041345002>

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

EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL*

MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN**

RESUMEN: el Ordenamiento Jurídico familiar chileno consagra hoy la corresponsabilidad parental como uno de los principios que orientan la actuación de los padres respecto de sus hijos. Se trata de una figura novedosa que puede transformar positivamente los tradicionales esquemas de las relaciones personales paterno-familiares en vida separada de los progenitores. A partir de ahí la necesidad de comprender el sentido y alcance del principio y tener presente los desafíos que impone.

PALABRAS CLAVE: Corresponsabilidad parental - familia - interés superior del niño - divorcio - custodia.

THE PRINCIPLE OF PARENTAL JOINT RESPONSIBILITY

ABSTRACT: The Chilean family legal system enshrines nowadays, the parental joint responsibility as one of the principles that guide the actions of the parents towards their children. This is a new figure that can positively transform the traditional structures of parent-child relationships in life apart from the parents. From there, the importance of understanding the meaning and scope of the principle and be aware of the challenges posed.

KEY WORDS: Parental joint responsibility - family - child's best interest - divorce - custody

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación “I001609”, financiado con el Fondo de Proyectos de Investigación de la Dirección de Investigación de la Universidad de Talca, del que la autora es investigadora responsable.

Fecha de recepción: 31 de diciembre de 2012.

Fecha de aceptación: 22 de julio de 2013.

** Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad Austral de Chile, Doctora en Derecho de la Universidad de Zaragoza (España), profesora de Derecho de Familia en la Universidad de Talca, Correo electrónico acunasm@utalca.cl

Sumario: Delimitación Introductoria. 1. Corresponsabilidad parental. 1.1. Antecedentes del principio en el ámbito internacional. 1.2. Conceptualización y alcance. 1.3. Fundamento de la corresponsabilidad parental. 1.4. Corresponsabilidad y coparentalidad, una distinción necesaria o las dos caras de una misma moneda 1.5. Condiciones de la participación parental en corresponsabilidad. 2. Corresponsabilidad en las relaciones personales paternofiliares. 3. Divorcio, interés superior del menor y responsabilidad parental. 4. Principales desafíos en materia de corresponsabilidad parental. Palabras finales.

I) DELIMITACIÓN INTRODUCTORIA

Nuestro país no es ajeno a la expansión de los divorcios y crisis matrimoniales, así como al aumento de las familias monoparentales, lo que da cuenta de los notables cambios en la forma de plantear y vivir el hombre y la mujer ese fenómeno social primario que es la familia. El número de hijos nacidos fuera del matrimonio, esto es, de filiación no matrimonial, aumenta progresivamente cada año¹ y la tasa anual de divorcios da cuenta de una realidad que impacta fuertemente en la configuración de la familia y de las relaciones posteriores entre sus miembros². El establecimiento de determinados régímenes de relaciones personales entre padres e hijos no solo afecta los derechos e intereses individuales de los padres, sino que relevantemente concierne al progresivo desarrollo social y afectivo del menor y, en general, a la buena salud de la institución familiar chilena³. Una articulación inadecuada puede generar un escenario práctico que atienda más a los intereses individuales de los adultos, normalmente en conflicto, y descuide el desarrollo integral del menor en quien debe

¹ Conforme a las últimas estadísticas con enfoque de género publicadas por el Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile, del total de nacimientos inscritos en 2012 (254.573) el 69,73% corresponde a hijos nacidos fuera del matrimonio (177.514), y solo el 30,27% a hijos nacidos dentro del matrimonio (77.059), con lo cual se alcanza la mayor brecha y se consolida la tendencia al alza de los primeros respecto de los segundos. Estadística disponible en www.registrocivil.cl, consultada el 30 de julio de 2013.

² En 2009 se generó una tasa histórica matrimonio/ruptura de 1:1, con 53.555 divorcios declarados versus 57.836 matrimonios celebrados. Durante los años siguientes se ha alargado la brecha al disminuir levemente los divorcios (48.571 en 2012) y aumentar paulatinamente el número de matrimonios (65.290 en 2012), lo que ha permitido alejarnos de tasas tan dramáticas. Fuente: Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile, Estadísticas con enfoque de género a abril de 2013, disponible en www.registrocivil.cl, consultada el 30 de julio de 2013.

³ Se advierte al lector que, sin desconocer la diferencias intrínsecas, por razones de fluidez expositiva se hará un uso indistinto de las expresiones *menor*, *niño* e *hijo* para referirse, sin distinción de edad o género, a idéntica realidad en los términos del artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es, *todo ser humano menor de dieciocho años de edad*.

residir la preocupación fundamental, principalmente en casos de crisis matrimonial. En ese contexto, la correcta comprensión, interpretación y concreción aplicativa de los principios que rigen el régimen de cuidado personal de los hijos y la relación directa y regular del padre no custodio –ejes de las llamadas relaciones personales paterno-filiales en vida separada de los progenitores–, resulta decisiva para minimizar los efectos negativos que pudieran presentarse.

El objetivo de este trabajo es el estudio del principio de corresponsabilidad parental en las relaciones personales paterno-filiales, asunto que se torna relevante en cuanto la incorporación del principio en el estatuto familiar chileno puede acarrear una transformación positiva en los tradicionales esquemas de ordenación de las relaciones personales paterno-filiales en vida separada de los progenitores. La opción metodológica por examinar el principio de corresponsabilidad parental encuentra plena justificación en el valor general de los principios como elementos básicos e imprescindibles de interpretación e integración⁴. Precisando aún más la delimitación de este trabajo es necesario hacer presente que no está destinado al examen extenso de la modalidad de cuidado personal compartido, ni al universo de modificaciones introducidas por la Ley 20.680 de 2013, cuestiones ambas que ameritan un examen independiente.

El análisis se hace a partir de las disposiciones del Código Civil chileno en materia de relaciones personales paterno-filiales recientemente modificadas y de la normas de la Ley de Matrimonio Civil que obligan a los padres o a los jueces a resolver sobre estas materias cada vez que hay que decidir sobre la nulidad, separación o divorcio. En lo que sea pertinente se harán breves referencias a la posición jurisprudencial y al derecho comparado español por tratarse del referente tradicional de nuestro sistema familiar y haber transitado antes por las problemáticas que hoy enfrenta nuestra sociedad⁵.

⁴ Sobre la importancia de los principios en materia filiativa se puede ver: VELOSO VALENZUELA, Paulina (2001): “Principios fundamentales del nuevo estatuto de filiación”, en SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina: *La filiación en el nuevo derecho de familia*, Santiago: ConoSur LexisNexis Chile, p. 9 y siguientes.

⁵ La custodia compartida fue consagrada en dicho ordenamiento jurídico en el año 2005 por la Ley 15/2005. Hoy en España se avanza en nuevas regulaciones: el Consejo de Ministros aprobó el 19 de julio del presente año el *Anteproyecto de Ley sobre ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio*, en él, entre otras cosas aparece la patria potestad como corresponsabilidad parental y por regla será ejercida conjuntamente por ambos progenitores, además se elimina la excepcionalidad de la custodia compartida y se eliminan las expresiones visitas para sustituirlas por régimen de estancias, relación y comunicación, al tiempo que se extiende el derecho de relación de los hijos con los hermanos; asimismo, para concienciar a los progenitores sobre la necesidad e importancia de pactar por el bien del menor, cuando presenten una demanda de separación o divorcio, deberán incorporar al proceso judicial un plan de ejercicio de las responsabilidades parentales, instrumento destinado a concretar la forma en que los progenitores piensan ejercer sus responsabilidades y en el que detallarán los compromisos que asumen respecto a la guarda y custodia.

1) CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

1.1) ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

A partir del siglo XX nuestro ordenamiento familiar ha sido escenario propicio para las reformas que tienden a mejorar la posición jurídica de los miembros de la familia, especialmente los más necesitados de amparo y para igualar derechos⁶. En la corriente reformista se han sucedido, entre otros, cambios en el estatuto filiativo (Ley 19.585 de 1998), en el sistema de adopción (1999), en el matrimonio civil (2004) y más recientemente en la regulación de las relaciones paterno-filiales cuando los padres viven separados (2013). En lo que respecta a la relación de filiación se ha avanzado desde una basal igualación de los derechos de todos los hijos (*la ley considera iguales a todos los hijos*, proclama el artículo 33 del Código Civil), punto de partida necesario para el fortalecimiento del marco protector, hasta un estatuto que refuerza su carácter de persona central en la filosofía regulatoria (artículo 222 y siguientes del Código Civil). Estas modificaciones no han sido casuales, más bien obedecen a un progresivo cambio en la consideración de los sujetos e intereses involucrados en materia de familia, la naturaleza de las relaciones y de los vínculos jurídicos que les unen y de la forma de prevenir o solucionar los conflictos⁷.

Influyen en estos cambios los tratados internacionales que incursionan en materias familiares⁸ principalmente por el reconocimiento que la sociedad mundial ha prestado a los derechos de las personas⁹. Y aunque pueda pensarse que esta irrupción es reciente, la propia Declaración Universal de Derechos Humanos señala que *el hombre y la mujer gozarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio* (art. 16), agregando que *la infancia tiene derecho a cuidado y asistencia especiales y que todos los niños nacidos de Matrimonio o fuera de Matrimonio tienen derecho a igual protección social*

⁶ dia, el cuidado y educación de los hijos y en el orden económico. El Anteproyecto puede ser consultado en la página del Ministerio de Justicia español (www.mjusticia.gob.es).

⁷ Al respecto se puede leer el elocuente recuento evolutivo que se formula en CORRAL TALCIANI, Hernán (2005): “La familia en los 150 años del Código Civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32 Nº 3, pp. 429-438.

⁸ Se afirma, sin embargo, con bastante razón que se trata, en la mayor parte de los casos, de reformas fragmentadas con una técnica legislativa desprovista de una visión de conjunto y que no siempre se ajusta a principios rectores claros: DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2005): “Los principios que informan el derecho de familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, Nº 2, p. 206.

⁹ Así aparece constatado para las modificaciones en general del derecho de familia y no solo para aquellas que afectan a la filiación en CORRAL TALCIANI, (2005) 433.

⁹ Al respecto, explicando la constitucionalización del derecho de familia: LÓPEZ RIVERA, Gisella (2001): *Nuevo estatuto de filiación y los derechos esenciales*, Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, p. 203 y siguientes.

(art. 25). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1966 y promulgado en Chile por Decreto 778 de 1989, en términos semejantes se refiere a la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo, además establece que en caso de disolución se deben adoptar disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos (art. 23 Nº 4). La Convención Americana sobre Derechos Humanos, promulgada en nuestro país por Decreto 873 de 1991, insiste en 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 (art. 17 Nº 4). Estos tres instrumentos se refieren al matrimonio que como sabemos representa un ambiente normal de socialización del individuo menor de edad, por tanto cuando se habla de las responsabilidades de los cónyuges no puede pensarse solo en aquellas que los vinculan recíprocamente, sino también en aquellas responsabilidades que los unen a sus hijos aun después de la disolución del matrimonio. Es interesante, en los dos últimos instrumentos, que el enfoque no es solo referido a los derechos, sino muy particularmente a las responsabilidades de los adultos.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979, y ratificada por el Estado chileno por Decreto Nº 789 del 10 de diciembre de 1989, es, desde mi punto de vista y aunque no ha sido suficientemente visibilizado, uno de los instrumentos que marca un punto de inflexión en materia de la responsabilidad de los padres, al tener presente en su preámbulo la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y afirmar que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto. En virtud de ello, su artículo 5 letra b) establece que los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para 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. Luego, en su artículo 16 letra d) se impone a los Estados la obligación de adoptar todas las medidas tendientes a asegurar en condiciones de igualdad los mismos derechos y responsabilidades como progenitores a hombres y mujeres, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en las mismas, la consideración primordial será el interés superior de los hijos; y en su letra f) establece que los Estados

Partes asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas y en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial. A partir de ahí, se fijan dos parámetros relevantes: la igualdad en la atribución de derechos y responsabilidades como progenitores y el interés superior de los hijos como criterio rector en el ejercicio de las funciones parentales de los progenitores.

Completa este cuadro de antecedentes la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), suscrita por Chile el 26 de enero de 1990 y promulgada mediante Decreto Supremo N° 830 del mismo año, que en su artículo 18 habla de las *obligaciones comunes de los padres* en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño y a su interés superior como preocupación fundamental de los padres. Aunque existen instrumentos previos, esta norma es considerada el antecedente del principio de corresponsabilidad parental, asunto sobre el que volveré más adelante.

1.2) CONCEPTUALIZACIÓN Y ALCANCE

La corresponsabilidad parental es en lo terminológico un concepto nuevo en nuestro ordenamiento jurídico. La doctrina, sin embargo, lleva algún tiempo mostrando interés en ella principalmente como parte de los argumentos para que fuera modificado el artículo 225 del Código Civil en cuanto establecía una regla legal de atribución materna preferente del cuidado personal de los hijos basada en estereotipos. Se señala que el principio de la corresponsabilidad parental cobra relevancia, entre otras razones, porque padre y madre, hombre y mujer, están compartiendo progresivamente ámbitos que históricamente habían sido espacios exclusivos de uno u otro¹⁰.

A nivel comparado, la responsabilidad parental ha sido recepcionada en la ley y en doctrina con bastante anticipación¹¹, sin embargo, ello no

¹⁰ LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2009): “Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y Sociológicas”, *Diario La Ley*, N° 7206, Sección Doctrina, Año XXX, Ref. D-231, Editorial La Ley. Sobre los cambios en las dinámicas internas de las familias latinoamericanas se puede ver el estudio: CERRITTI, Marcela y BINSTOCK, Georgina (2009): “Familias Latinoamericanas en transformación: desafíos y demandas para la acción pública”, *Serie Políticas Sociales* N°147, Santiago: CEPAL, División de Desarrollo Social.

¹¹ Es necesario hacer presente que algunas regulaciones se orientan hacia un entendimiento amplio y general de la corresponsabilidad parental, así por ejemplo el Reglamento Comunitario Europeo N° 2201/2003 de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, define en su artículo 2.7 la responsabilidad parental como el conjunto de derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial por ministerio de la ley o por acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la

ha provocado las transformaciones de roles esperadas¹², ni ha impedido las confusiones y errores conceptuales que normalmente rondan la figura. Sobre esto último, según se expone en un estudio europeo de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida, la apreciación generalizada de que la custodia compartida está implantada en los países de la Unión Europea es inexacta y encuentra explicación en la traducción literal de la expresión “*joint custody*” como “*custodia compartida*” equiparando categorías jurídicas distintas: lo que gran parte de estos países regula es en realidad la responsabilidad parental que en la gran mayoría de los países se comparte permitiendo que ambos progenitores puedan tener parte activa en la toma de decisiones fundamentales respecto de sus hijos¹³. Incluso en España donde se regula efectivamente la custodia compartida no hay uniformidad en cuanto a su conexión con la responsabilidad parental, pues mientras para algunos autores la primera es una modalidad de la segunda¹⁴, para otros es su fundamento en tanto principio que la orienta¹⁵. Sobre el particular hay que dejar de inmediato asentada la distinción entre la corresponsabilidad parental y el cuidado personal compartido, este último, como afirma la doctrina, es una figura de organización del cuidado personal, que se basa en el citado principio¹⁶, la corresponsabilidad parental sería, junto a otras directrices, como la coparentalidad y la igualdad entre hombre y mujer un principio que informa la custodia compartida¹⁷.

En el ámbito de la relación de filiación resulta propio –natural y legalmente– que los padres desempeñen ciertas funciones básicas respecto de sus hijos; nadie discute hoy que ambos tienen responsabilidades en su crianza, desarrollo y educación, aunque por diversas circunstancias no

persona o bienes de un menor. A partir de ahí es evidente que la corresponsabilidad implica una responsabilidad conjunta.

¹² En Noruega, país pionero en políticas de reparto parental igualitario en cuanto a permisos de paternidad y con una tasa de actividad femenina casi tan alta como la masculina, la opción de custodia compartida es minoritaria. La explicación puede encontrarse en el hecho de que en la mayoría de las parejas los hombres tienen una mayor dedicación a las actividades remuneradas, lo que obstaculiza los proyectos de coparentalidad: información consultada el 30 de agosto de 2013 en http://www.coparentingb4.com/custodia_compartida.html

¹³ ARAMBURU MUÑOZ, Isabel (2006): *Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, Madrid: Themis, p. 53.

¹⁴ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (2005): “Mediación familiar”, en GONZÁLEZ POVEDA, Pedro y GONZÁLVEZ VICENTE, Pilar (coordinadores): *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid: Sepin, p. 1124.

¹⁵ ROMERO COLOMA, Mª Aurelia (2010): “La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica”, en *La Ley*, N° 7504, Madrid, p. 1.

¹⁶ LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2008): “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 10, p. 12. La misma autora igualmente en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Reglamento de la Cámara, de enero de 2012, recaído en la tramitación del proyecto de la Ley 20.680.

¹⁷ LATHROP GÓMEZ (2009) 1.

siempre las asuman¹⁸. La noción de corresponsabilidad parental solo adelanta el modo como se ejerce dicha responsabilidad, así se ha entendido que la corresponsabilidad parental implica, en términos simples, el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres, respecto de sus hijos¹⁹, tanto en el plano personal como en el patrimonial. Cuando los padres viven juntos esa responsabilidad se da en el ámbito de sus acuerdos implícitos; cuando se separan puede modificarse la forma de ejercer ciertos derechos, deberes o facultades, pero siguen siendo igual y conjuntamente responsables. Por ello, en palabras del presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el principio de corresponsabilidad es un criterio que servirá para modelar las conductas de los padres y su ejercicio del cuidado personal, especialmente en el caso de los padres que se encuentran separados²⁰.

Una de las aportaciones de la reciente modificación introducida al Código Civil y otros textos legales por la Ley 20.680, publicada el 21 de junio de 2013²¹, es el establecimiento expreso del principio de corresponsabilidad parental como criterio rector de la actuación de los padres, cualquiera sea su situación convivencial, en tal sentido se señala en el actual artículo 224 inciso primero que *toca de consumo a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará*

¹⁸ Se afirma que los argumentos más progresistas sobre la igualdad y equiparación de sexos son, en ocasiones, todavía más un debate dialéctico que una realidad en el medio español; si bien se observan cambios fundamentales en la participación de la mujer en todo tipo de esferas, y en la implicación del hombre en las tareas domésticas y cuidado de los hijos, no es menos cierto que la igualdad está todavía muy lejos de ser efectiva; sigue primando un modelo tradicional en el funcionamiento general de la sociedad, y de este modo sigue recaiendo sobre la mujer la mayor parte de los cuidados y atenciones de los hijos comunes, así como de las labores domésticas, teniendo que compaginar, en muchas ocasiones, estas labores con el desempeño de una carrera profesional, siendo entendida la labor del hombre como de “ayuda” en esas cuestiones caseras: CATALÁN FRÍAS, Mª José (2011): “custodia compartida”, <http://repositorio.ucam.edu/jspui/bitstream/10952/144/1/La%20custodia%20compartida.Mar%C3%ADA%20Jos%C3%A9%20Catal%C3%A1n.pdf> Consultada el 30 de agosto de 2013.

¹⁹ LATHROP GÓMEZ, (2008) 22; LÓPEZ SAN LUIS, Rocío (2011): “Recientes Criterios Legislativos y Jurisprudenciales sobre la custodia compartida”, en RODRÍGUEZ LÓPEZ, Rosalía (coordinadora) *Experiencias Jurídicas e identidades femeninas*, Madrid: Dykinson, p. 275, entre otras. Esta misma noción es recogida en el Primer Informe de la Comisión de Familia de mayo 2011 recaída en los proyectos que dieron origen a la Ley 20.680 (boletines 5917-18 y 7007-18, disponibles en www.bcn.cl). En el mismo informe se dieron otras conceptualizaciones, así por ejemplo, la jueza Gloria Negroni, con base en doctrina extranjera, puntualizó que la corresponsabilidad consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y derechos inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales.

²⁰ Senador Hernán Larraín, en Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 8 de enero de 2013, en la tramitación de la Ley 20.680.

²¹ Ley 20.680 que *Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados*.

en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

Durante toda la discusión parlamentaria que dio origen a la Ley 20.680, fue constante la idea de fijar este principio como el criterio rector de la actuación de los padres²², y como justificación de la incorporación de la custodia compartida como régimen de cuidado que busca propiciar dicha corresponsabilidad, pues se entendía que el sistema de cuidado personal compartido sería el único que cumple, al mismo tiempo, con los principios de corresponsabilidad parental, igualdad parental y derecho a la coparentalidad²³.

Para la profesora Andrea Muñoz, la incorporación del referido principio implica avanzar en un proceso que reconoce como necesaria la distribución equitativa entre ambos padres de las distintas funciones propias de la autoridad parental²⁴. Desde mi punto de vista, el principio significa que ambos padres se responsabilizan y participan, es decir, concurren ambos, asumen en común ciertas funciones en relación con los hijos, las de mayor impacto en su formación integral: su crianza y educación. Las expresiones distribución o reparto que emplean algunas definiciones, por muy equitativo que sea, chocan frontalmente con lo que se quiere comunicar, pues en realidad si los padres se reparten las funciones y uno se ocupa de la crianza habitual y otro de los espaciamientos, uno de los gastos y otro de la gestión, uno del cuidado diario y otro del cuidado ocasional, realmente no hay corresponsabilidad en los términos de la Ley. En la línea que propongo, alguna normativa interna referida a la responsabilidad parental alude a la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación, lo que incluiría la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los

²² Así por ejemplo desde Unicef se consideró importante que la legislación de familia precisara, en forma explícita, el principio de corresponsabilidad en el rol de orientación, cuidado y protección de los niños por parte de los padres o los representantes legales, sobre todo considerando que dicho principio está consagrado en el artículo 18 de la CDN: en Primer y Segundo Informe de la Comisión de Familia. Desde el ámbito judicial se enfatizó en la labor educadora de la ley, pues al establecer expresamente que ambos padres son responsables se impulsa la participación del padre hasta ahora excluido: jueza Gloria Negroni, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de 11 de enero 2012, p. 21.

²³ En informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, recaído en Primer Trámite Constitucional, p. 33. Una buena explicación de la incidencia de estos tres principios en la custodia compartida se ofrece entre otros en: LATHROP GÓMEZ, (2008) 20; también LÓPEZ SAN LUIS (2011) 269 y ss. Si bien esta última autora menciona en forma independiente como cuarto principio el interés del menor, me parece que este, para los casos de vida separada de los padres, se concreta muy normalmente en el de coparentalidad.

²⁴ Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en segundo trámite Constitucional, de 22 de junio 2012, p. 40.

adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos²⁵.

Destaca también del precepto la mayor carga de deber que se impone; la norma no señala que conforme al principio de corresponsabilidad parental los padres tienen derecho a participar en la crianza y educación de sus hijos, sino que está redactado en términos imperativos “*participarán*”, con lo cual, se exterioriza que los padres no pueden sustraerse de su responsabilidad, no hay libre disposición: deben participar *en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos*.

La centralidad de la corresponsabilidad es la asunción de la responsabilidad común y la consecuente participación en la crianza y educación de los hijos. En consecuencia, si los padres se encuentran separados, no solo mantiene estas funciones o deberes aquel que asume el cuidado personal, sino también aquel que no lo tiene y habrá de arbitrarse los medios para que pueda concretarse. La custodia compartida no es el único modelo relacional que permite concretar la corresponsabilidad parental; esta, en cuanto principio, debe orientar todas las decisiones y ejercicio de todas las facultades y deberes de los padres con sus hijos y no opera solo en materia de cuidado compartido. La Ley 20.680 se orienta en aquella dirección al dejar expresamente señalado que también el principio opera cuando hay distribución asimétrica del cuidado personal de los hijos: *sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana* (artículo 229 inciso 4º del Código Civil), con lo cual, el progenitor que no tiene el cuidado de los hijos tiene igualmente el deber de *participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos*.

A partir de todo lo anterior, he afirmado que la incorporación del principio de corresponsabilidad parental es una de las aportaciones de la modificación legal, pues con su establecimiento expreso y siguiendo la idea matriz del artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se deja claro que la responsabilidad de los padres, que es común, no cambia por el hecho de divorciarse o vivir separados y tampoco se altera por el régimen de cuidado personal de los hijos que se acuerde o establezca²⁶. Estas ideas connotan que el enfoque exclusivo en la custo-

²⁵ Artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia, de 2006.

²⁶ El contenido de la guarda o de la custodia debe quedar limitado a la tenencia del menor y debe desaparecer la creencia errónea de que el progenitor custodio es el que ostenta el poder sobre el menor. La guarda y custodia no otorga al progenitor a quien se le atribuye mayores facultades: VIÑAS MAESTRE, Dolors (2012): “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, p. 5.

dia compartida hubiera sido una visión parcial de la problemática de la responsabilidad de los progenitores, pues si bien la custodia compartida propicia tal principio no es el único sistema de cuidado personal de los hijos que debe respetarlo y permite concretarlo: cuando el cuidado personal de los hijos se radica en uno de los padres, el establecimiento de un régimen amplio y fluido de relación directa y regular con el progenitor que no tiene el cuidado personal puede conducir a similares resultados²⁷. Esto cobra mayor relevancia frente a un art. 225 del Código Civil que no ha establecido el cuidado personal compartido como sistema preferente y ante la imposibilidad en muchos casos de adoptarlo por la ausencia de las condiciones materiales y personales necesarias.

En suma, la corresponsabilidad consiste en la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos, que se aplica siempre, cualquiera sea la forma de distribución del cuidado personal de los hijos (simétrica o asimétrica). Mirado desde la óptica de los padres, este principio orienta sobre la forma de ejercicio por ambos de los regímenes de cuidado personal y de relación con los hijos que se acuerden o establezcan judicialmente, a la vez que es el fin de su ejercicio, pues no se pretende otra cosa que mantener el ejercicio pleno de la paternidad y la maternidad de ambos progenitores aunque estén separados. Corresponsabilidad parental como criterio orientador previo y fin al mismo tiempo.

Si bien la custodia compartida es su máxima expresión o *expresión más fidedigna* como se ha indicado²⁸, pues a través de ella se consigue mantener vigente el principio de corresponsabilidad, no se puede reducir el principio solo a la aplicación de esta modalidad de cuidado de los hijos²⁹, la corresponsabilidad parental va mucho más allá de eso pues im-

²⁷ Así también fue considerado en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en segundo trámite Constitucional de la Ley 20.680, de 22 de junio 2012, p. 40.

²⁸ LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2009): “La Corresponsabilidad parental”, en PIZARRO WILSON, Carlos (coordinador): *Estudios de derecho civil IV. Jornadas nacionales de derecho civil*, Olmué 2008, Santiago: LegalPublishing, p. 209; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María (2013): “La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 736, p. 1140.

²⁹ Tal y como afirma la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 española, la reforma legislativa también se ocupa de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad. Así pues, cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés. Consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá solo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en bene-

plica un proceso social que pasa por un cambio de mentalidad respecto al sentido de *exclusividad* y de *prerrogativa*, que los progenitores tienen con mucha frecuencia respecto a sus hijos, y que se ha traspasado también a los jueces, mediadores y consejeros técnicos: la parentalidad es algo más que un hecho biológico, es un hecho cultural que acaece en un proceso de construcción y de definición social acerca de lo que se considera qué es la paternidad y qué es la maternidad³⁰. En este sentido hay que aceptar también que la corresponsabilidad parental es más que un término legal.

1.3) FUNDAMENTO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

La igualdad sustancial entre hombre y mujeres en todos los ámbitos de la vida, ha sido uno de los pilares de las demandas de modificaciones legales y de políticas públicas que establecen diferencias de trato en el mundo entero. Así por ejemplo aparece expresamente referido como una de las consideraciones de los autores de una de las mociones que dieron origen a la Ley 20.680, aludiendo a la necesidad de superar el esquema discriminatorio en relación a los padres que atenta contra el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 n° 2 de la Constitución Política de la República y no sigue el principio rector en esta materia, que es el interés superior de los niños, niñas y adolescentes³¹.

Teniendo presente que la pregunta por el fundamento de una institución es la pregunta por su justificación, esto es, por los argumentos capaces de demostrar, que debe ser reconocida por el Ordenamiento Jurídico, me parece que el cimiento sobre el cual se construye la corresponsabilidad parental se encuentra simplemente en la relación de filiación, en el carácter de padre y madre que vincula y responsabiliza a unos adultos con sus hijos menores, en razón del carácter vulnerable de estos.

Sin desconocer las aportaciones del principio de igualdad entre hombres y mujeres hacia una corresponsabilidad parental, siendo aún más precisa, desde mi punto de vista el fundamento del principio no se encuentra tanto en la igualdad de los padres, tradicional justificación de la misma³², como sí en el interés superior de los niños. Ya en el preámbulo de la Convención de Derechos del Niño se considera a la familia como

ficio del menor, cómo este se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad.

³⁰ ROMERO NAVARRO, Fermín (2009): “Coparentalidad y género”, en IPSE-ds, *Revista de intervención psicosocioeducativa en la desadaptación social*, Barcelona, vol. 2, p. 14.

³¹ Boletín 7007-18, iniciativa del diputado Gabriel Ascencio Mansilla, con la adhesión de las diputadas Carolina Goic Boroevic, Adriana Muñoz D’Albora y María Antonieta Saa Díaz, y de los diputados Sergio Ojeda Uribe, Marcelo Schilling Rodríguez y Mario Venegas Cárdenas; ingresado a la Cámara el 29 de junio de 2010, disponible en www.bcn.cl

³² LATHROP GÓMEZ (2009) 209.

grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, y se reconoce que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Por ello, se concluye que *vivir en familia* es un derecho fundamental para todos los niños y niñas, como sujetos de derecho y que su bienestar está estrechamente ligado a la calidad de las relaciones que se establezca³³. Es en este contexto que un categórico artículo 18.1 de la CDN, sin distinción de la existencia o no de relación jurídica familiar entre los padres, consagra la corresponsabilidad parental³⁴ al declarar que *los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.* La disposición se refiere a las obligaciones comunes de ambos padres respecto de sus hijos en materia de crianza y desarrollo y en su base el interés superior del niño: así se ha señalado que en la actuación de común acuerdo de los padres en las decisiones fundamentales que atañen a los hijos, el principio del interés superior del niño guía de acción de aquellos³⁵.

De un modo semejante, la Carta Europea de los Derechos del Niño (Res. Parlamento Europeo del 8 de julio de 1992) afirma que *el padre y la madre tienen una responsabilidad conjunta en cuanto al desarrollo y educación. Corresponde a los padres en prioridad el dar al niño una vida digna y, en la medida de sus recursos financieros, los medios para satisfacer sus necesidades. Los Estados deberán asegurar a los padres la oportuna asistencia en las responsabilidades que les competen, a través de los correspondientes organismos*

³³ CROTTI, Edigio (2004), representante de Unicef para Chile y el Cono Sur, en Documento de Trabajo N° 4, Unicef.

³⁴ Así lo afirman, entre otros: LATHROP GÓMEZ (2008) 23; DE TORRES PEREA, José Manuel (2011): “Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social”, en *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, p. 15; MUÑOZ SEGUEL, Susana y otros (2011): “La mediación como instancia para la revalorización del rol paterno. Estudio exploratorio-documental”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Santiago, vol. 2, N° 2, p. 159; Nicolás Espejo Yaksic, abogado, encargado de Protección Legal del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), en informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Reglamento de la Cámara, de enero de 2012, recaído en la tramitación del proyecto de la Ley 20.680.

³⁵ Así lo expuso Nicolás Espejo Yaksic, encargado de Protección Legal del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), en informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Reglamento de la Cámara, de enero de 2012, recaído en la tramitación del proyecto de la Ley 20.680.

mos, servicios y facilidades sociales. Los padres trabajadores deberán asimismo gozar de licencias para el cuidado de sus niños (art. 12)³⁶.

Bien podría argumentarse que esta posición es propia de los instrumentos centrados en los niños, pero que no tiene que ser la óptica definitiva ni única, más cuando el constituyente ha consagrado la igualdad ante la ley. Sin embargo, al mismo sitio nos lleva la atenta lectura de instrumentos centrados en la igualdad de los adultos, así la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, al tiempo que reconoce las condiciones igualitarias en que deben ejercerse las responsabilidades de los progenitores, asume también la primacía del interés de los hijos como criterio rector preferente. Su artículo 16 establece: 1. *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:* letra d) *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.* Igualmente el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos es preciso al indicar que *en caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.*

La responsabilidad que incumbe a ambos padres en la crianza y educación de los hijos, esto es, la corresponsabilidad parental, aparece indisolublemente ligada, en estos textos internacionales –de aplicación en nuestro ordenamiento interno–, al interés superior del niño, en términos que puede postularse que a ambos padres les corresponden responsabilidades respecto de sus hijos no tanto porque ambos tienen iguales derechos, sino porque así lo demanda el interés superior de los niños. Así lo reconoce expresamente alguna normativa interna: “*se estima en general que la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas, reflejan materialmente el interés del hijo por continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores*” (Código Civil de Cataluña, Preámbulo de la Ley 25/2010). Igualmente, parte de nuestra doctrina estima que es dudoso que el principio de corresponsabilidad parental sea un principio autónomo, más bien se sustenta en el principio del interés superior del niño: sería una de sus aplicaciones; está íntimamente ligado a la igualdad de los padres, pero más que la equidad de estos, de lo que se trata es del interés de los hijos³⁷.

³⁶ Además se agrega que toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses.

³⁷ BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2011), *Fundamentos del derecho de familia y de la infancia*, Santiago: PuntoLex, Thomson Reuters, p. 391.

Con lo relacionado, resulta prístino que la finalidad del principio no es primordialmente satisfacer los deseos e intereses de los progenitores, sino proteger los derechos e intereses de los hijos, pues este es su fundamento³⁸. Lo propio ocurre con la custodia compartida de los hijos (principal manifestación de la corresponsabilidad), respecto de la cual el Tribunal Supremo Español viene señalando que la interpretación al respecto debe estar fundada en el interés superior del menor y que *la relevancia de este sistema radica en que permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis*³⁹, con lo cual se superpone este interés por sobre la igualdad de los padres. Es justamente este interés el que *exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquél*⁴⁰.

El interés superior del menor no ha sido recogido en la Constitución chilena⁴¹, sin embargo, siguiendo la línea orientadora de los instrumentos internacionales, el artículo 222 del Código Civil al iniciar el Título referi-

³⁸ La jueza Negroni, en el Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 8 de enero de 2013, en la tramitación de la Ley 20.680, afirmaba que el principio de corresponsabilidad parental es el que mejor protege el interés superior del hijo.

³⁹ La sentencia de 29 de abril de 2013 del Tribunal Supremo declara como doctrina juríprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea: Tribunal Supremo, sentencia de 29 de abril de 2013, Roj: STS 2246/2013.

⁴⁰ Tribunal Supremo, sentencia de 19 de julio de 2013, Roj: STS 4082/2013.

⁴¹ La doctrina, sin embargo, considera que la adecuada protección de los intereses jurídicos de los menores responde al mandato más general que se consagra en la obligación del Estado de proteger a la familia y propender a su fortalecimiento: ORREGO ACUÑA, Juan Andrés (2007), *Temas de Derecho de Familia*, Santiago: Editorial Metropolitana, p. 218. Coincido con este planteamiento, pues me parece que la protección y fortalecimiento de la familia, deber asumido dentro de las bases de la institucionalidad, se presenta como la vía principal por la cual el Estado debe tutelar al menor y sus derechos, así como a las relaciones paterno-familiares.

La Constitución española, en cambio, dentro de los principios rectores de la política social y económica, expresamente declara en su art. 39: 3: *Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los*

do a los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos proclama que *la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades*. La norma no solo sugiere, sino que impone el actuar de los padres, de ambos, respecto de sus hijos, estableciendo responsabilidades comunes: procurar su mayor realización; guiarlo en el ejercicio de sus derechos esenciales; considerar la evolución de sus facultades. Si atendemos a la esfera de las responsabilidades de los padres, pero mirado desde la óptica de los hijos, hablar de su interés superior es, en definitiva, postular el prevalente amparo del sujeto infantil que corresponde primero, como no podía ser en naturaleza de otro modo, a sus propios padres.

Recapitulando, efectivamente la construcción del principio de corresponsabilidad se hace desde la óptica de los padres, pues a orientar la actuación de ellos se destina; pero no se trata de cualquiera de sus actuaciones, sino exclusivamente de aquellas que tienen que ver con la crianza y educación de sus hijos y en estas materias resulta ineludible que en su actuación su preocupación primordial es el interés de los hijos⁴². En consecuencia, el derecho de los padres debe compatibilizarse con el interés superior del niño. El interés de los padres no es superior al del niño cuando entran en conflicto conforme aparece del artículo 222 inciso primero del Código Civil, por ello, con toda su relevancia, la corresponsabilidad parental es un principio subordinado al interés del menor. En este sentido el criterio para determinar la idoneidad de un régimen de cuidado personal de los hijos o de comunicación con ellos debe ser el interés superior del niño⁴³ y no la igualdad de los padres. La protección del hijo debe estar sobre el interés de los padres⁴⁴.

demás casos en los que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

⁴² El proyecto de Código Civil argentino, presentado en 2012, establece un nuevo Título VII que se denomina “De la responsabilidad parental”, donde se define la responsabilidad parental como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado. La norma expresamente vincula las responsabilidad de los padres con una finalidad vinculada exclusivamente con los hijos.

⁴³ Para Rodríguez Pinto, puestos en un conflicto entre dos principios de rango constitucional como son el principio de igualdad entre varón y mujer (art. 19 Nº 2 de la Constitución) y el principio del interés superior del niño (ex artículo 5º, inc. 2º y artículo 3º de la CDN) corresponde preferir el interés superior del niño: RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2009): “La tutición compartida o alternada en Chile. Conflicto entre el interés superior del niño y los intereses de los padres separados”, en PIZARRO WILSON, Carlos (coordinador): *Estudios de derecho civil IV. Jornadas nacionales de derecho civil, Olmué 2008*, Santiago: LegalPublishing, pp. 239-240.

⁴⁴ Así fue observado en relación con la corresponsabilidad parental por el profesor Mauricio Tapia en el Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Re-

Para estos efectos, los derechos de los padres se entienden como *derechos-funciones* o *derechos-deberes*, con lo que se quiere resaltar que se trata de facultades o derechos concedidos a los padres en aras de la satisfacción del bien de los hijos⁴⁵. La cuestión del cuidado personal de los hijos y demás aspectos de la relación paterno-filial se deben plantear no desde la perspectiva de la igualdad del padre y de la madre en cuanto a los derechos, facultades y deberes de que son titulares, sino desde la perspectiva de las necesidades de los hijos, pues si bien es cierto que formalmente ambos progenitores son iguales en derechos y deberes, no siempre esta igualdad formal tiene fiel reflejo en la realidad de cada familia⁴⁶, ni satisface el bienestar del menor.

1.4) CORRESPONSABILIDAD Y COPARENTALIDAD, UNA DISTINCIÓN NECESARIA O LAS DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA

En el transcurso de la discusión parlamentaria de la Ley 20.680 fue posible observar cierta identificación entre la corresponsabilidad parental y la coparentalidad, por medio del uso indistinto de estas expresiones entre algunos expertos y legisladores⁴⁷, aunque otros intentaban marcar

glamento del Senado, de 8 de enero de 2013, en la tramitación de la Ley 20.680. Incluso Lathrop pone de manifiesto que la regulación de las relaciones parentales a la luz del interés superior del hijo representa, hoy en día, el punto fundamental de la reglamentación jurídica de la familia: LATHROP GÓMEZ (2008) 25.

⁴⁵ Rivero Hernández explica que el Derecho de Familia tiene para sus relaciones jurídicas propias un equivalente o asimilado al derecho subjetivo patrimonial, llamado *derecho-deber*, con más peso del deber y de la función que el de derecho, lo que se debe a la íntima conexión con obligaciones fundamentales de la relación paterno-filial: RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (2000): “Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos (comentario de la STC 141/2000, de 29 de mayo)”, *Derecho Privado y Constitución*, Madrid, Nº14, pp. 293-294. La concepción de *derecho-deber* propia del Derecho de Familia se caracteriza por una recíproca interpenetración entre derechos y deberes, puesto que los derechos se conceden para mejor cumplir los deberes que corresponden a su titular respecto de otros miembros de la familia; el ejercicio del derecho debe hacerse conforme al deber y en el marco de sus finalidades: SAN ROMÁN, José Ramón (1982): “Criterios judiciales sobre la titularidad del derecho de visita en los diversos supuestos de conflicto matrimonial y familiar”, en VILADRICH, Pedro-Juan (coordinador), *El derecho de visita de los menores en las crisis. Teoría y praxis*, Universidad de Navarra, Navarra, p. 279. Se alude también a una fusión de derechos y deberes, explicando que muchas veces los derechos se conceden para que su titular pueda cumplir un deber que el Ordenamiento pone a su cargo: MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos (2011): *Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia*, 3ª edición, Madrid: Colex, pp. 28 y 29.

⁴⁶ VIÑAS MAESTRE, (2012) 5.

⁴⁷ En el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en segundo trámite constitucional de tramitación de la Ley 20.680, de junio de 2012, la jueza Gloria Negroni denomina a las tareas comunes de los padres como coparentalidad o corresponsabilidad indistintamente. También en el mismo informe las abogadas mediadoras, señoras Alejandra Montenegro, Ximena Osorio y Ana María Valenzuela confunden corresponsabilidad y coparentalidad, aludiendo, por ejemplo, a la coparentalidad como el ejercicio de ambos padres en cuanto a la toma de decisiones de vida de sus hijos.

las diferencias entre ambas nociones⁴⁸. En doctrina se aprecian también sectores con esta tendencia, razón por la cual parece oportuno detenerse brevemente a precisar la significación de estos términos.

Líneas arriba se examinó la noción y alcance de corresponsabilidad parental siguiendo la aportación del legislador nacional que la entiende como el principio en virtud del cual se reconoce la responsabilidad y participación de ambos padres en la crianza y educación de los hijos. En consecuencia, resulta evidente que el principio de corresponsabilidad parental está destinado a dirigir el accionar de los padres; respecto de ellos se postula la asunción de responsabilidades comunes y la participación de estos en la vida de los hijos (siguiendo los términos del art. 299 del Código Civil ya citado). El principio parte de la base de un cambio positivo de paradigma en cuanto a las aptitudes de hombre y mujer para asumir estas funciones y se fundamenta en el interés superior del menor que se beneficia por medio del contacto y relación con ambos progenitores. Precisado ya el sentido de la corresponsabilidad parental corresponde referirse a la coparentalidad.

En este ámbito es posible identificar tres posiciones: las que equiparan coparentalidad y corresponsabilidad parental; las igualan custodia compartida y coparentalidad y las que entienden la coparentalidad con un sentido propio distinto e independiente, aunque relacionado con la corresponsabilidad parental y con la custodia compartida. Para la primera corriente una relación de coparentalidad puede ser definida como aquella en la que los dos progenitores interaccionan positivamente, cooperan entre sí y mantienen una relación de apoyo mutuo centrada fundamentalmente en la crianza de los hijos e hijas, estando ambos implicados activamente en las vidas de sus hijos⁴⁹, el foco del principio está puesto en los progenitores. La segunda habla indistintamente de custodia compartida y coparentalidad como términos sinónimos⁵⁰. La tercera, a la que me voy a referir más en extenso por considerar que es la línea correcta, da cuenta de un principio con fisonomía propia. La realidad descrita se encuentra plasmada en algunos estudios que evidencian un cierto carácter polisémico de la palabra y aluden por tanto a diversos enfoques de la coparentalidad⁵¹, así se reconocen a lo menos tres conceptos: coparentalidad como

⁴⁸ Así por ejemplo, la abogada analista de la Biblioteca del Congreso Nacional, señora Paola Truffello, en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia Y Reglamento, en segundo trámite constitucional de tramitación de la Ley 20.680, de junio de 2012.

⁴⁹ YÁRNOZ-YABEN, Sagrario (2010): “Hacia la coparentalidad post-divorcio: percepción del apoyo de la ex pareja en progenitores divorciados españoles”, *International journal of clinical and health psychology*, vol. 10, Nº 2, p. 296.

⁵⁰ ROMERO NAVARRO (2009) 12, 20 y 21 entre otras.

⁵¹ MUÑOZ SEGUEL (2011) 163 y siguientes.

custodia compartida⁵²; coparentalidad como corresponsabilidad parento-filial⁵³; y coparentalidad centrada en el interés superior del niño⁵⁴.

El recurso a los instrumentos internacionales de derechos humanos me parece la opción más adecuada para el abordaje de esta cuestión. La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su art. 9.3 que *los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*. Esta disposición es reconocida como aquella que afirma la coparentalidad⁵⁵. En mi concepto, íntimamente vinculado con aquella norma se encuentra el art. 7.1 de la misma Convención que establece el derecho del niño a *ser cuidado por ellos*; ambas disposiciones encarnan la coparentalidad.

La coparentalidad sería un derecho del niño al cuidado y educación habitual de ambos progenitores y a relacionarse con sus dos progenitores⁵⁶, cuyo contenido se concreta en mantener un contacto frecuente con ellos, a pesar de la separación de estos. En un sentido negativo pero concurrente, se ha entendido como el derecho del niño a no ser separado de sus padres, derecho conforme al cual el interés superior del menor reclama que el niño crezca en compañía de ambos padres y que cada uno de ellos cumpla sus respectivos e igualmente importantes papeles en la crianza del hijo, salvo, cuando circunstancias particularmente graves autorizan la separación por ser contrarias a aquel interés⁵⁷.

⁵² Este señala que debe existir un reconocimiento igualitario de deberes y derechos para ambos padres, en autoridad y responsabilidad respecto de los hijos comunes, debiéndose fomentar la adquisición de modelos solidarios entre ex parejas, ya que siguen siendo socios parentales, lo cual puede tomar diversas formas de custodia: alterna, física conjunta o legal conjunta.

⁵³ Esta debe traducirse en un plan de coparentalidad, donde los padres voluntariamente se constituyan en agentes de sus acciones narrativas, asumiendo responsabilidades y los efectos de sus conductas.

⁵⁴ Que define la responsabilidad parental como el conjunto de deberes y poderes cuyo fin es asegurar el bienestar material y moral de los hijos, la cual procura la relación estrecha con ambos padres y considera una vulneración de dicho interés, aquellas acciones que liberan de responsabilidad parental a alguno de ellos

⁵⁵ Entre otras, MUÑOZ SEGUEL (2011) 159 y LATHROP GÓMEZ (2008) 28. También se afirmó así durante la tramitación de la Ley 20.680, entre otros, por la abogada analista de la Biblioteca del Congreso Nacional, señora Paola Truffello, en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en segundo trámite constitucional.

⁵⁶ LÓPEZ SAN LUIS (2011) 271.

⁵⁷ SALANOVA VILLANUEVA, Marta (1995): “El derecho del menor a no ser separado de sus padres”, *Derecho Privado y Constitución*, Nº 7, Madrid, p. 231 y ss. Este derecho del niño, en opinión de la autora, se halla sujeto a dos condicionantes: que los padres no deseen tal separación y que la misma no venga exigida por el interés del menor. La primera, tanto se puede dar cuando temporalmente una familia se encuentra imposibilitada de atender las necesidades de sus hijos y que recurren a los servicios sociales estatales confiándoles su guarda, sin la menor intención de desentenderse de ellos, como cuando los padres conscientemente desean desentenderse de sus hijos, lo que amerita una sanción penal por abandono de familia y garantizar que seguirán contribuyendo a la manutención del menor mientras este no

Las previsiones de la Carta Europea de los Derechos del Niño (*aprobada por el Parlamento Europeo en resolución de 18 de julio de 1992*), también aluden a esta coparentalidad como un derecho de aquél cuando expone que *todo niño tiene derecho a gozar de sus padres* (art. 12) y que *en caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño* (art. 14). Asimismo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del año 2000, en su artículo 24.3 establece que todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses.

El principio de coparentalidad (arts. 9.3 y 7.1 CDN) se consagra entonces desde la óptima del hijo y como un derecho de él a relacionarse con sus padres y ser cuidado por ellos; el principio de corresponsabilidad parental (art. 18 CDN), referido a las obligaciones comunes de los padres respecto de sus hijos, se consagra desde la óptica de los padres, como un deber de ellos de participación en la crianza y educación de los hijos (art. 224 Código Civil chileno). Estas dos perspectivas, distintas pero complementarias, en mi opinión, coexisten jurídicamente en la configuración de la relación personal paterno-filial como un derecho que hijos y padres tienen recíprocamente. Ambas perspectivas responden teleológicamente a una misma idea: es beneficioso para el hijo la relación con su padre y con su madre. Por tanto, se puede colegir que conservando ambos principios su fisonomía propia son dos caras de una misma moneda: la de concreción inicial de cuál es el interés del menor en las relaciones de familia en los supuestos de no convivencia entre sus padres.

En la realidad aplicativa al caso concreto de vida separada de los padres siempre será un desafío conciliar el derecho de los niños a la coparentalidad y la efectiva aplicación de la corresponsabilidad parental en condiciones equitativas, manteniendo la estabilidad física y emocional de los niños y velando por su interés superior.

sea reintegrado en una nueva familia con carácter definitivo, pero no puede迫使se la permanencia del menor al lado de dichos padres. El interés superior del menor, como condicionante, supone que el bienestar del niño no se vea amenazado de continuar la convivencia con sus padres, como cuando hay maltrato o descuido o cuando los padres viven separados y el alejamiento respecto de uno de ellos resulta inevitable. En todos estos casos, si bien el interés del menor en abstracto se revela como contrario a la separación, acaba por aconsejarla. Para De Torres Perea la coparentabilidad procura no despojar al hijo de sus raíces afectivas y genealógicas: DE TORRES PEREA (2011) 15.

1.5) CONDICIONES DE LA PARTICIPACIÓN PARENTAL EN LA CORRESPONSABILIDAD

Los rasgos relevantes que definen el modo de la participación de ambos padres en la crianza y educación de los hijos han sido expresamente señalados por el legislador nacional. Este fija unas condiciones para el ejercicio de las funciones parentales que se estiman de responsabilidad común o compartida por ambos padres. Hay que reconocer que en esta parte el legislador abandona la opción por la parquedad y consciente de la delicadeza e importancia de las materias reguladas aporta unos criterios para dar fisonomía a la participación corresponsable.

Conforme al artículo 224 del Código Civil, la participación de ambos padres debe ser *activa, equitativa y permanente*, con lo cual, la participación en la crianza y educación de los hijos, vivan los padres juntos o separados, debe ser de parte de ambos: diligente y eficaz y no pasiva (*activa*); en igualdad de condiciones y sin exclusiones (*equitativa*) y en forma constante, mantenida y estable en el tiempo (*permanente*). El profesor ORREGO (2013) estima, sobre el particular, que estas tres condicionantes de actuación comportan que los progenitores deben ejecutar todas las conductas necesarias para asegurar, en la medida de sus posibilidades, el bienestar físico y espiritual de sus hijos; al actuar de este modo, ninguno de los padres puede imponer su parecer por sobre el del otro, pues lo equitativo supone igualdad entre ambos en la adopción de las decisiones que conciernen al hijo común; y todo ello de manera sostenida en el tiempo⁵⁸.

Las condiciones establecidas por el legislador debieran conducir a una transformación en el modo de vivir la paternidad y la maternidad y en la percepción social y judicial de lo que es legalmente exigible a los padres⁵⁹. Estimo relevante esta indicación del legislador pues constituye un criterio de corrección que permite, más allá de la declaración o deseo de imponer el principio de corresponsabilidad, apreciar cuándo efectivamente se actúa corresponsablemente en la crianza y educación de los hijos y lo será cuando efectivamente la participación manifieste esas tres condiciones. Me parece que también se incardinan en la promoción de la efectiva actuación en corresponsabilidad, como orientación de la conducta de los padres, algunas circunstancias y criterios que hoy expresamente

⁵⁸ ORREGO ACUÑA, Juan Andrés (2013): *De la filiación y de la relación jurídica entre padres e hijos*. Disponible en <http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho-de-familia/>, consultada el 12 de agosto de 2013.

⁵⁹ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2013), “Cuidado personal de los hijos en base a criterios”, *El Mercurio Legal*, consultada en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2013/03/15/Cuidado-personal-de-los-hijos-en-base-a-criterios.aspx>, última visita el 14 de agosto de 2013.

indica el legislador que se deben considerar y ponderarán conjuntamente para el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal en el nuevo artículo 225-2 del Código, específicamente *la aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad, y la actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.*

El real efecto formativo y promocional de la corresponsabilidad tendrá que ser analizado cuando transcurran unos años.

2) CORRESPONSABILIDAD EN LAS RELACIONES PERSONALES PATERNO-FILIALES

Antes de la modificación de la Ley 20.680, de 2013, el principio de corresponsabilidad parental aparecía implícito en el inciso 1º del artículo 224 del Código Civil para los casos de vida conjunta de los progenitores⁶⁰. Expresaba la norma: *toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.*

En vida separada de los padres el legislador chileno preveía, para los dos extremos de la relación paterno-filial más importantes en relación con los hijos (cuidado personal y patria potestad), una tripleta de reglas de atribución, reflejo de la idea implícita, según la cual las obligaciones afectivas y educativas hacia los hijos son inherentes a la condición femenina y las obligaciones económicas e instrumentales corresponden en exclusiva a los varones⁶¹. Respecto del cuidado personal, la vida separada determinaba que uno de los padres debiera asumir la guarda y custodia en forma exclusiva, lo que conducía en la mayoría de los casos a un claro fortalecimiento de la relación paterno-filial respecto del titular de ese derecho, originado por la convivencia y vinculación diaria en la vida cotidiana de los menores, en desmedro de la situación del no titular, quien solo podía ejercer el derecho de relación directa y regular⁶². Por simple disposición legal, a la madre tocaba el cuidado personal de los hijos; no obstante, y cumpliendo ciertas formalidades, ambos padres podían determinar que el cuidado personal de uno o más hijos correspondiera al padre. Solo

⁶⁰ Se afirmaba que a nivel de principios sí existía en dicho inciso del artículo 224 una consagración de la corresponsabilidad parental, aunque luego la legislación estaba lejos de concretarlo por el deficiente desarrollo legal en materia de patria potestad y cuidado personal: LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2009): “Reformas pendientes en materia de patria potestad y cuidado personal”, en *Revista de derecho de la Universidad Finis Terrae*, Santiago, pp. 46 y 47.

⁶¹ ROMERO NAVARRO (2009) 12.

⁶² ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2011): *Efectos jurídicos del divorcio*, Santiago: AbeledoPerrot Thomson Reuters, p. 380.

cuento el interés del hijo lo hiciera indispensable, por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podía entregar su cuidado personal al otro de los padres, salvo que se tratase de aquel que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Todas estas reglas de atribución del artículo 225 del Código Civil implicaban el ejercicio individual del cuidado personal de todos o de alguno de los hijos por uno de los progenitores. En la gran mayoría de los casos, principalmente por la ausencia de acuerdo y por el automatismo judicial, la madre ejercía el cuidado personal de modo exclusivo, respecto de todos los hijos, cualquiera fuera su sexo o edad, hasta los 18 años. Ni la ley, ni el acuerdo de los padres, ni la decisión judicial permitían adoptar el sistema del cuidado personal compartido o custodia alterna o compartida, como más extendidamente se le conoce. Por otro lado, al tiempo que era un esquema propicio para el padre que intentaba sustraerse a su obligación, desalentaba al que pretendía ejercer la corresponsabilidad parental.

No me voy a referir a las diversas objeciones que se formulaban al artículo 225 por estar ya suficientemente documentadas en doctrina y en los informes de las distintas etapas de tramitación de la Ley 20.680⁶³. Me

⁶³ Las dos grandes posiciones contrapuestas a favor y en contra de la constitucionalidad de la regla de atribución materna preferente, a la luz del principio de igualdad, se sostienen por las profesoras Rodríguez y Lathrop, respectivamente: RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2009): “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflicto de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, Nº 3, pp. 558-564 y LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2010): “(In) constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16, Nº 2, pp. 147-184.

Me parece sí interesante reseñar, por más reciente, que respecto del inciso tercero del artículo 225 del Código Civil previo a la modificación por la Ley 20.680, el Tribunal Constitucional acogió parcialmente un requerimiento y lo declaró inaplicable por inconstitucional. El Tribunal razona que la excepción que el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil contempla para variar la regla de atribución que haya operado en virtud del inciso primero o segundo del mismo artículo, resulta excesivamente onerosa y desproporcionada para aquel de los padres que, no teniendo el cuidado personal de los hijos, aspira a tenerlo, pues exige la ocurrencia de circunstancias tan altas y calificadas que constituyen una diferencia de trato que cabe calificar de arbitraria y que no tiene amparo en la Constitución. En efecto, al exigir el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil para entregar el cuidado personal de los hijos, contra la voluntad del progenitor que lo tuviere a su cargo, que la medida sea indispensable para el interés del hijo, pero no por cualquier causa, sino únicamente por maltrato, descuido u otra causa calificada, viene a significar que la medida sea del todo necesaria y por motivos especialmente graves, impide al juez, si no concurren estas circunstancias, confiar al padre o madre el cuidado de los hijos aunque fuere simplemente beneficioso de acuerdo a las circunstancias del caso; con lo cual se produce una diferencia de trato que excede lo que es lícito hacer al legislador conforme a la garantía constitucional de igualdad ante la ley, la que solo admite la diferencia que pueda calificarse de razonable o justificada: Considerando Vigésimo, Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de mayo de 2013, en autos Rol N° 2306-12-INA (consultada en www.tribunalconstitucional.cl).

interesa solo señalar que en ninguna de las tres reglas de atribución del cuidado personal de los hijos (legal, convencional y judicial) se respetaba el principio de corresponsabilidad parental pese a que este se encontraba vigente desde la incorporación de la CDN a nuestro ordenamiento interno en el año 1990.

Cuando el legislador de la Ley 20.680 consagra el principio de corresponsabilidad parental, evidencia implícitamente el reconocimiento, como regla general, de que ambos padres son individualmente aptos para el cuidado y crianza de los hijos, y desde ahí entonces que en materia de cuidado personal hoy es posible que:

- Ambos padres acuerden que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida; acuerdo que además deberá establecer la frecuencia y libertad con que el padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos. Como se ha indicado ya, el cuidado personal compartido es considerado la concreción más evidente de la corresponsabilidad parental.
- A falta de acuerdo, los hijos continúen bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo.
- Cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo a cualquiera de los padres y no podrá fundar exclusivamente su decisión en la capacidad económica de los padres, sino que debe hacerlo fundado en los criterios y circunstancias del art. 225-2 nuevo del Código Civil, que debe considerar y ponderar conjuntamente⁶⁴.

Como anticipé, el reconocimiento implícito de la aptitud de ambos padres para el cuidado y crianza de los hijos es la regla general, que por tanto admite excepciones, lo que es de toda lógica, pues aunque la ley considera que durante el matrimonio o la convivencia normal de los padres la corresponsabilidad es fuerte, lo cierto es que aun ahí queda entregada al arbitrio de cada pareja, y en la gran mayoría de los casos, el reparto de tareas y responsabilidades crea diferencias motivadas por los dis-

⁶⁴ Estos criterios y circunstancias son: 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 parente, 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 inciso quinto del artículo 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.

tintos intereses y responsabilidades profesionales o laborales de los padres; situación que se replica (y las más de las veces se agrava) en casos de ruptura del matrimonio o de la convivencia. Por ello, aunque la ley declare la corresponsabilidad, no hay que cerrar los ojos ante la realidad y presumir que hombres y mujeres compartirán a partir de ahora siempre las responsabilidades parentales. Desde la óptica de los padres, y aún no existiera mayor conflicto entre ellos, el solo hecho de no vivir bajo el mismo techo dificulta gravemente un compromiso permanente y profundo con el hijo y la necesaria colaboración activa en su formación.

Resulta particularmente destacable que cuando el juez deba decidir sobre el sistema de cuidado personal de los hijos su consideración primordial es el interés superior del niño: en razón de dicho interés puede hacer atribuciones o cambios de cuidado personal (art. 225 inc. 4º); en consideración a dicho interés, cuando hace la atribución del cuidado personal del hijo a uno de los padres, debe establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos (art. 225 inc. 6º). El principio de corresponsabilidad parental no está destinado a dirigir la actuación judicial, sino la de los padres y se encuentra, como afirmé más atrás, subordinado al interés superior del menor.

Esto lleva a distinguir entre la corresponsabilidad y el ejercicio de la corresponsabilidad parental, es decir, en el caso concreto se puede producir una dicotomía entre la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental en materia de cuidado personal de los hijos. Ambos padres, vivan juntos o separados, son responsables y deben participar en la crianza y educación de sus hijos; en el caso concreto, en interés y beneficio del hijo pueden presentarse distintos niveles o intensidades de asunción de la corresponsabilidad, desde un ejercicio pleno (al menos en abstracto) por medio de un sistema de cuidado personal compartido; hasta ejercicios más atenuados en sistemas de cuidado personal individual, los que, sin embargo, por medio de regímenes de relación directa y regular amplios pueden equilibrar la participación. A partir de ahí, es posible afirmar que la corresponsabilidad parental debe ser ejercida con independencia del tipo de custodia que acordaron los padres o que decretó el juez.

Ya para terminar, en la línea del fortalecimiento de la corresponsabilidad parental, el legislador, de forma consistente, también abordó cambios en la regulación de la relación directa y regular que hoy, además de tener un sentido y finalidad precisa (*se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable*), es uno de los instrumentos en los que el juez puede asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de los padres en la vida

del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana, ya sea cuando decreta judicialmente el régimen de relación directa y regular o cuando aprueba los acuerdos de los padres en estas materias (nuevo art. 229 inc. 4º). Con ello, además, se refirma que el principio de corresponsabilidad parental no es sinónimo de cuidado personal compartido y, al mismo tiempo, que un buen régimen de relación directa y regular puede concretar también tal principio.

3) DIVORCIO, INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y RESPONSABILIDAD PARENTAL

El divorcio es una de las instituciones reguladas por el Derecho con un mayor ámbito de afectación social, pues sus consecuencias no son únicamente familiares, sino también económicas, psicológicas, sociales, jurídicas y afectivas⁶⁵. Desde el punto de vista clínico, se considera que el divorcio tiene un potencial traumatizador comparable a la muerte de un familiar, por cuanto produce sentimientos de perdida y lleva aparejados cambios profundos en las relaciones interpersonales y en el sentido personal; la intensidad del efecto negativo depende en gran medida de la dinámica relacional que mantengan los padres⁶⁶. Diversos estudios, principalmente del área de la psicología, han destacado el efecto que el divorcio provoca en los hijos⁶⁷, quienes perderían la base segura que había generado el sentimiento de apego a sus padres y que les permitía explorar el entorno con mayor confianza⁶⁸; ese primer modelo de familia y de

⁶⁵ ACUÑA SAN MARTÍN (2011) 15. De ahí que se lo califique como un fenómeno de múltiples hechos disociadores: divorcio legal (ruptura del contrato legal), divorcio económico (dos unidades económicas y no una), divorcio físico (dos residencias y no una), divorcio emocional (independencia afectiva), divorcio familiar (cambio de estatus dentro del grupo de familiares), lo que impacta en todas las facetas de la vida y exige una reorganización cuidadosa de las mismas: BENGOCHEA GARÍN, Pedro (1992): “Un análisis exploratorio de los posibles efectos del divorcio en los hijos”, *Psicothema*, vol. 4, Nº 2, Principado de Asturias, p. 492.

⁶⁶ BAYEBACH, Mark (2010): “La repercusión sobre el menor de los procesos de ruptura matrimonial: aspectos emocionales y relacionales”, en *Cuadernos de Derecho Judicial II-2009. Custodia compartida y protección de menores*, CGPJ, Madrid, p. 298 y siguientes.

⁶⁷ Véanse al respecto los estudios citados por CANTÓN DUARTE, JOSÉ (2009): “Adaptación de los hijos de divorciados”, en GARCÍA GÁRNICA, Mª del Carmen (directora), *La protección del menor en las rupturas de pareja*, Cizur Menor: Thomson Reuters/Aranzadi, p. 89 y siguientes. Con una mirada jurídico-social se analizan las causas que motivan la conflictividad y el distanciamiento de los hijos con respecto a un progenitor tras el cese de la convivencia y la ruptura, dando cuenta de causas que dependen del progenitor custodio (despecho, resentimiento, chantaje económico, nueva relación de pareja, entre otras); causas que tienen su origen en el progenitor no custodio (despreocupación, abandono, inicio de nueva relación de pareja, compra de afectos, entre otras); y finalmente causas ajenas a uno u otro progenitor (como la distancia geográfica entre domicilios).

⁶⁸ SUÁREZ HERRANZ, Olga (2008): “El derecho del hijo a relacionarse con sus padres”, en *Revista de Derecho de Extremadura*, Nº 2, Extremadura, p. 163.

relación de pareja que conocieron se habrá roto dejando cicatrices en su estructura afectiva, relacional, y de resolución de sus propios conflictos. A partir de ahí, es innegable que para el abordaje de los efectos del divorcio en los hijos, la solución jurídica no es completa y se reduce –o debiera hacerlo– a la tutela de los derechos de los menores⁶⁹.

Si observamos la posición de nuestra Ley de Matrimonio Civil (en adelante LMC) encontramos algunas cuestiones relevantes. En el inciso segundo de su art. 1º que establece su ámbito regulatorio se encuentra la referencia a *los medios para remediar o paliar las rupturas entre los cónyuges y sus efectos*, efectos que alcanzan el ejercicio de los deberes parentales cuando hay hijos menores de edad. En la materia la LMC ha establecido dos líneas rectoras estrechamente vinculadas: el mantenimiento de los deberes parentales y el interés superior de los hijos.

Declara el artículo 53 LMC que *el divorcio pone término al matrimonio, pero no afectará en modo alguno la filiación ya determinada ni los derechos y obligaciones que emanan de ella*. Al no alterarse la filiación, el hijo matrimonial no pierde su carácter de tal por el divorcio de los padres, pues las circunstancias que determinaron dicha filiación ya están consolidadas, y quedan siempre a salvo las acciones generales para modificarlas⁷⁰. A partir de ahí, la titularidad de los derechos y deberes que entre padres e hijos fija la ley no se ve afectada por el divorcio, pues no emana del matrimonio, sino de la filiación. No ocurre lo mismo respecto del ejercicio de los derechos y deberes derivados de la filiación, pues como reconocen las normas generales en la materia, ello sí depende de la vida conjunta o separada de los progenitores, por tanto el ejercicio sí se afecta con el divorcio. Lo que la norma impone es la no eximición de los padres de sus deberes para con los hijos⁷¹, o dicho en sentido positivo, se consagra el mantenimiento de los deberes parentales.

El mantenimiento de los deberes parentales es la continuidad de la corresponsabilidad parental constante del matrimonio una vez declarado el divorcio en correcta coherencia con el art. 18 de la CDN. La subsistencia de la responsabilidad que pesa sobre los padres respecto de la situación de los hijos, debería conllevar, entre otras cosas, que estos últimos no se vayan privados del contacto, formación y del afecto de uno de sus progeni-

⁶⁹ Esta particularidad del conflicto familiar y la conciencia de la consecuente baja calidad de las respuestas adoptadas con una perspectiva exclusivamente jurídico-legal, ha impulsado la necesidad de implementar en los Tribunales iniciativas multidisciplinares para enfrentar los procesos/conflictos de familia, como relata: UTRERA GUTIÉRREZ, José (2011): “Problemática del régimen de estancias y comunicaciones con el progenitor no custodio”, en PÉREZ MARTÍN, Antonio - TOVAR ESCUDERO, Carlos (coordinadores.), *II Jornada Científica: La convivencia con los hijos tras la crisis de pareja*, Murcia: Edición ASEMP, p. 161 a 169.

⁷⁰ ACUÑA SAN MARTÍN (2011) 128.

⁷¹ Conforme al art 92 del Código civil español: *la nulidad, separación o divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos*.

tores como consecuencia de la vida separada de los adultos, pues ello sería perjudicial en su formación y desarrollo integral. La continuidad del vínculo es ante todo un derecho del niño y después un derecho y un deber del padre⁷².

Ahora bien, la nueva situación, de hecho consecuencia del divorcio (vida separada de los padres), exige la necesaria modalización del ejercicio de los *derecho-deberes* derivados de la relación paterno-filial y, en esa parte, si bien algunos derechos de los padres puedan resultar ostensiblemente disminuidos, como cuando a uno de ellos se le niega el cuidado personal de los hijos y solo se regula en su favor un derecho de relación directa y regular con modalidades de comunicación muy esporádicas, en atención al superior interés de los hijos; no por ello se libera a los padres de los deberes parentales. El divorcio no puede implicar afectación del cumplimiento de las obligaciones, deberes y responsabilidad que sobre los padres pesan respecto de los hijos; no pueden aquellos desentenderse de la crianza, salud, desarrollo afectivo y psicosocial, educación y de todos los gastos inherentes, con la excusa de que se han divorciado. Algunos de estos deberes, sin embargo, en la práctica, son objeto de permanente desatención e incumplimiento, como ocurre con el derecho de alimentos.

Los padres deben, en el acuerdo completo y suficiente que presentan al tribunal, regular, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado (arts. 27 y 55 de la LMC en relación al art. 21 del mismo texto), pudiendo convenirse hoy también un régimen de cuidado personal compartido (art. 3º de la Ley 20.680 que sustituye el inciso 2º del art. 21 LMC). Si los padres no alcanzan dicho acuerdo o se trata de una de las situaciones donde no hay acuerdo posible (divorcio por culpa del art. 54 LMC), entonces el juez deberá hacer la regulación, con lo cual siempre estas materias deberán constar en la sentencia de divorcio, porque la situación de los hijos no puede disociarse de la de los padres (artículos 89 y 90 Ley de Matrimonio Civil).

El interés superior de los menores opera en la LMC en dos terrenos: respecto del juez, obligándolo a resolver las materias de familia reguladas por LMC, cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos (art. 3º LMC), lo que hace inexcusable adoptar las medidas necesarias a su protección. Respecto de los padres, el interés superior de los hijos es el estándar único de suficiencia del contenido concreto de los pactos sobre sus deberes y responsabilidades parentales en sede de separación o divorcio (arts. 27 y 55 LMC)⁷³.

⁷² MUÑOZ SEGUEL (2011) 170.

⁷³ Si el convenio alcanza la suficiencia referida, el juez no debería darle aprobación, pues el juez debe, conforme al imperativo del art. 3 de la Ley, cuidar proteger siempre el interés superior de los hijos, al resolver sobre la aprobación o rechazo del convenio. Todo ello sin per-

La Ley de Matrimonio Civil refuerza la responsabilidad que a ambos padres les corresponde respecto de sus hijos y que ejercían durante el matrimonio al señalar que no se afectan los derechos y obligaciones que emanan de la filiación; lo que parece muy razonable considerando el clima normalmente reinante al tiempo del divorcio y el cúmulo de interés en juego. Ante el peligro de que los derechos de los hijos queden subordinados al resultado de otras decisiones legítimas de los padres, instrumentalizándolos como un medio de negociación, parece que la mejor manera de asegurar la protección de su interés en los momentos de crisis conyugal es centrarse en el enfoque de sus derechos, particularmente de su derecho a ser cuidados y criados por sus padres y a relacionarse habitualmente con ambos. Esto conlleva un cambio de conciencia respecto de la comprensión de la relación paterno-filial por parte de los jueces y por parte de los propios padres, pues muy arraigado se encuentra aún en nuestro medio la idea del padre quincenal o del padre vacacional, según el régimen de comunicación que se haya establecido para el progenitor, a quien no se atribuye el cuidado personal de los hijos.

El artículo 53 LMC tiene el propósito –y de ahí su valor– de hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con sus hijos continúa, a pesar de la separación o el divorcio. Sin lugar a dudas, estas situaciones afectan el ejercicio de los deberes y facultades que integran la relación paterno-filial, pues alteran su base fáctica normal al implicar vida separada de los padres, la que, en todo caso, *no debe implicar necesariamente la existencia de una monoparentalidad a partir de ese momento*⁷⁴, no pudiendo los padres, a pretexto de su crisis, marginarse de la responsabilidad parental. Por ello, en mi concepto esta Ley consagra desde 2004 el principio de continuidad de la responsabilidad común, es decir, de corresponsabilidad que toca a ambos padres respecto de sus hijos después del divorcio, aun cuando la falta de una mayor concreción dificulta su adecuada interpretación. Conjuntamente con ello, el bajo impacto que ha tenido el art. 53 LMC, puede encontrar explicación también, tanto en los diversos estilos o patrones de los padres después del divorcio⁷⁵, como en que las normas sociales sobre lo que se considera una

juicio de sus facultades extraordinarias. Al respecto se puede ver ACUÑA SAN MARTÍN (2011) 178 y siguientes.

⁷⁴ Al mismo tiempo se sugiere huir de la idea de que la separación o el divorcio implican necesariamente que el progenitor no custodio debe limitar su intervención como padre o madre al cumplimiento de unas visitas y al pago de la pensión de alimentos: PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita (2010), “La guarda y custodia compartida y el régimen de visitas: los puntos de encuentro familiar”, en *Cuadernos de Derecho Judicial II-2009 Custodia compartida y protección de menores*, Madrid: CGPJ, pp. 248 a 250.

⁷⁵ En la literatura se identifican tres patrones de comportamiento postdivorcio: de cooperación, de hostilidad entre la pareja y de aislamiento entre sí de la pareja. Los padres que adoptan el estilo cooperativo, se caracterizan por hablar frecuentemente entre ellos acerca de

adecuada relación parental postdivorcio no están claramente establecidas. Estos aspectos deberían comenzar a cambiar a partir de la Ley 20.680 que no establece novedad respecto del art 53 LMC pero que se refiere explícitamente a la corresponsabilidad y además incrementa el ámbito de acuerdos posibles.

4) PRINCIPALES DESAFÍOS EN MATERIA DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL

Siendo indiscutible que la familia es la unidad básica de defensa del niño, se venía sugiriendo desde hace tiempo que cualquier intervención en resguardo de sus derechos debe traducirse en un reforzamiento de la responsabilidad compartida de ambos padres en su bienestar⁷⁶. En la mayoría de los casos ambos padres están capacitados para tener a sus hijos consigo, cuidarlos, administrar sus bienes y representarlos; es excepcional el supuesto contrario: la mayor parte de los padres son hábiles para cuidar, criar y educar a sus hijos, y hoy en día, en general, ambos padres quieren y desean involucrarse en dichas labores. La realidad, sin embargo, devela que la mayor parte de los conflictos posteriores al divorcio o a la crisis de pareja entre los progenitores se refieren al ejercicio de los roles parentales y, por ende, a las responsabilidades frente a la crianza de los hijos comunes⁷⁷.

En este contexto, y teniendo presente el actual panorama regulatorio descrito, considero que hay, al menos, cuatro importantes desafíos inmediatos en materia de corresponsabilidad parental:

los asuntos que conciernen a los hijos, procurando no interferirse mutuamente y acordando entre ambos las funciones a desempeñar dentro de cada hogar respecto a los mismos. El patrón de hostilidad se caracteriza en cambio por un contacto mantenido con el otro miembro de la pareja, pero con marcada animosidad o enfrentamiento mutuo, lo que genera bastantes problemas cada vez que los niños disfrutan del contacto presencial con uno u otro progenitor. Por último, en cuanto a la pauta de aislamiento entre los padres, que es el prototipo de actuación parental más frecuente entre padres separados o divorciados que tienen hijos mayores, habitualmente los progenitores se comunican entre sí utilizando al hijo como portador de mensajes que suelen conllevar un contenido más o menos hostil hacia al otro, con lo que evitan la necesidad de tener que confrontarse entre ellos: VALLEJO ORELLANA, Reyes y otros (2004): “Separación o divorcio: trastornos psicológicos en los padres y los hijos”, *Rivista de la Asociación Española de Neuropsiquiatria*, vol. 24 nº 92, p. 98.

⁷⁶ SUÁREZ HERRANZ (2008) 160.

⁷⁷ Conforme a las Estadísticas de Causas ingresadas y terminadas en Juzgados de Familia con sistema en línea por materias de mayor frecuencia, durante el año 2011 se ingresaron 155.587 causa de alimentos; 68.340 de relación directa y regular y 27.692 de cuidado personal del niño. Fuente: Corporación Administrativa del Poder Judicial, disponible en Informe Anual Justicia publicado en octubre 2012, disponible en www.ine.cl.

1. En cuanto al proceso matrimonial, el mayor desafío consiste en el reforzamiento de la labor de orientación, educación y acompañamiento que, tanto respecto del juez como respecto de los padres, desempeñan los equipos técnicos multidisciplinarios y los mediadores familiares. Como he advertido, la correcta adopción de decisiones y la adecuada interpretación y aplicación del principio de corresponsabilidad parental exige un cambio de valoración y de comprensión de la función parental, especialmente respecto del rol de los padres y de la centralidad de los hijos; cuestiones que son de largo aliento y que requieren de una reflexión profunda y de una valoración diversa de las relaciones familiares. En todo este amplio panorama se debe tener presente que el Derecho no puede solucionar del todo las diversas problemáticas familiares: *el Derecho apenas puede poner remiendos, pues a remediar la crisis personal y familiar acude, consciente de sus propias limitaciones*⁷⁸.
2. Nueva comprensión de la relación paterno-filial y de la corresponsabilidad: llegados a este punto y considerando que el lenguaje expresa –o debiera hacerlo– un modo o modelo de ser de las cosas, la idea que está detrás de la corresponsabilidad parental es la de un complejo entramado de deberes, derechos, funciones y hasta actitudes éticas respecto de la crianza y educación de los hijos cuyo ejercicio corresponde a ambos padres; en consecuencia, como anticipé, la idea misma de “*reparto*” por muy equitativo que sea, choca frontalmente con lo que se quiere comunicar; la corresponsabilidad no entraña reparto, distribución o atribución; la corresponsabilidad parental implica que los padres *comparten, participan* en vida conjunta o separada la responsabilidad por la crianza y educación de los hijos, participación que debe ser activa, equitativa y permanente (art. 224 inc 1º Código Civil). Ciertamente lo anterior supone un determinado ánimo, una disposición mental positiva y colaborativa en la cual hay que educar a los padres, y que en muchos casos será difícil o imposible de lograr porque el clima de conflicto y disputa entre los progenitores se prolonga y acrecienta en el tiempo, en una escalada que no repara en la presencia de hijos.

Terminado el matrimonio o la unión de hecho, no se debieran *repartir o distribuir* los derechos y deberes respecto de los hijos, como se reparten también los bienes adquiridos en común. El mantenimiento o continuidad de los deberes parentales no implica que ambos padres deban

⁷⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (1997): “La guarda y custodia de los hijos y derecho de visita tras la crisis matrimonial”, en CERVILLA GARZÓN, María (coordinadora): *La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimoniales*, Jerez de la Frontera: Publicaciones de la Universidad de Cádiz, p. 61.

tener el 50% de todo derecho y facultad y cumplir con un 50% de los deberes, no atiende a eso el principio, sino a un posicionamiento equitativo, cuyo criterio de corrección debe ser el interés superior de los hijos y no la igualdad lineal y matemática entre los padres.

Es por todos reconocido que el reparto de los tiempos de convivencia es una de las cuestiones más delicada de los procesos matrimoniales y lo mismo vale para la situación de separación de parejas no casadas, por cuanto han de valorarse una serie de factores muy dispares, como el entorno familiar, la voluntad de los implicados, las habilidades parentales y capacidad de atención de los progenitores, la localización de sus residencias y lugares de trabajo, la edad de los hijos, etc. Cuando los padres sean capaces de llegar a un compromiso real a favor del bienestar de sus hijos, el cuidado personal compartido será innegablemente una forma de realización de la corresponsabilidad parental. En los demás casos la corresponsabilidad parental en vida separada de los padres debiera ser entendida como igual calidad de relación e iguales derechos-deberes respecto de los hijos; la única diferencia notoria en la situación de los padres respecto de sus hijos debería ser la del tiempo de convivencia (permanente con un parente, no continuada con el otro), salvo situaciones extremas o marginales, donde el interés del menor aconseje restricciones. Si lo que se pretende es alcanzar una implicación y corresponsabilidad plena en la crianza de los hijos/as tras la separación o divorcio, el esquema del parente visitador se tiene que superar⁷⁹.

El ordenamiento jurídico familiar chileno provee hoy de algunas normas relevantes, pero se hace necesario mejorar la comprensión jurídica de las relaciones personales paterno-filiales y de la responsabilidad común de los padres. En esta dirección, diversos instrumentos internacionales europeos proponen sustituir las viejas denominaciones de guarda y custodia y régimen de visitas por modalidades de ejercicio de la responsabilidad parental, con referencia a períodos de convivencia más o menos largos del menor con cada uno de sus progenitores. Ello refleja que la terminología usada o que se sugiere no es una cuestión superflua, por el contrario, refleja una concepción de las relaciones de familia, en específico de las relaciones paterno-filiales y de una forma de abordar las crisis matrimoniales o la simple vida separada de los progenitores, lo que va más allá de la sola regulación de nuevas figuras jurídicas como la custodia compartida.

3. Desafíos en el ejercicio de la responsabilidad parental en los casos de divorcio o ruptura de pareja. Avanzado en lo conceptual, el siguiente

⁷⁹ SERRANO CASTRO, Francisco (2012): “Corresponsabilidad parental y la custodia compartida”, disponible en www.lexfamily.es, visitado el 12 de agosto 2013.

escalón es a nivel del ejercicio efectivo de las funciones parentales, lo que supone ciertos requerimientos. El ejercicio corresponsable exige:

- El consentimiento de ambos padres, o, en su defecto, autorización judicial, para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más transversales de la vida, salud, educación y formación del menor, no pudiendo quedar dichas cuestiones sometidas a la decisión unilateral del progenitor que tiene el cuidado personal de los hijos⁸⁰.
- Para hacer efectiva la asunción de la responsabilidad parental por medio de la toma conjunta de decisiones de trascendencia por parte de ambos padres, el deber de información entre los progenitores sobre todos los aspectos de importancia en la vida del menor, es un deber instrumental imprescindible para el correcto desempeño de las funciones inherentes a la responsabilidad parental⁸¹.
- Las decisiones relativas a aspectos o materias de la vida ordinaria del menor, así como aquellas de urgente necesidad, corresponde adoptarlas al progenitor que tenga consigo al menor en el momento en que la cuestión se suscite. Subsiste, en todo caso, el deber de informar al otro.
- La actuación debe ser en base al entendimiento y ánimo de colaboración entre los padres. Este ánimo es distinto del exigido para una comunidad de vida entre ambos y debe estar presidido por un interés que les es ajeno: el interés superior de los hijos (art. 222 Código Civil). Conforme a este interés los padres deben priorizar a los hijos, en un ejercicio de corresponsabilidad responsable, más allá de su propio estado emocional hacia la ex pareja. Esta es quizás la exigencia más compleja. Uno de los criterios a tener presente hoy para determinar un régimen de cuidado personal es justamente *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* (art. 225-2 letra d Código Civil).
- Cuando sea posible, debe oírse al menor en relación con las decisiones que les puedan afectar y tomar en consideración su opinión en razón de su edad y madurez (art. 225-2 letra, f y art.

⁸⁰ Me parece interesante en este punto comentar que bajo la consideración del carácter compartido de la autoridad parental con independencia de la atribución exclusiva a un padre del cuidado personal, recientemente se ha afirmado en nuestro medio que todos los aspectos de la relación filial que no recaen en lo cotidiano, constituyen decisiones conjuntas de los padres: BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2011) 495.

⁸¹ Así aparece en las Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia y las VI Jornadas Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, efectuado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009.

229 inc 3º CC; art. 85 inciso 2º LMC). Aunque los menores no son parte de los acuerdos o convenio y su consentimiento no se exige, al confeccionar sus acuerdos, al discutir sobre cada uno de sus términos relativos a los menores, los padres deberían, conforme a la edad de los hijos, informarles sobre los arreglos a que han arribado o sobre las alternativas que respecto de cada extremo que les afecte están evaluando, y escuchar su opinión e inquietudes al respecto⁸². Lo mismo debería suceder cuando se pretenda la modificación de alguna modalidad de ejercicio. Todo ello supone concienciar a los padres del papel fundamental de sus hijos en la reestructuración familiar, resultando imprescindible que los menores sean escuchados en sus deseos, miedos, sentimientos e informados de cómo se va a desarrollar la nueva situación de vida⁸³.

Lo anterior precisa importantes esfuerzos de reorganización de los roles de hombre y mujeres en orden a la creación de nuevos compromisos en las tareas cotidianas, tanto en el soporte económico como en el cuidado y educación de los hijos⁸⁴.

4. Finalmente, sobre la incorporación del cuidado personal compartido como una manifestación de la corresponsabilidad parental, estimo que el mayor reto estará en su adecuada configuración y ejercicio, pues exige unas ciertas condiciones personales y materiales y una determinada disposición de ánimo y colaboración entre los progeni-

⁸² Que el niño entienda la ruptura matrimonial es importante para su adaptación, y le permite procesar y dar sentido al divorcio y un nuevo significado a la relación con el progenitor que no formará parte ya de su vida cotidiana. La falta de información y explicaciones adecuadas de los padres puede provocar estrés emocional y confusión cognitiva en los hijos. Como se apunta desde la psicología, los padres debieran comunicar la ruptura, sus términos y consecuencias a los hijos, según su edad; esta comunicación puede hacer que desaparezcan en los hijos falsas creencias sobre su responsabilidad y también los sentimientos de abandono a que se pueden ver expuestos: CANTÓN DUARTE (2009) 92 y 93.

⁸³ CASO SEÑAL, Mercedes (2000): “Disyuntiva ante la modificación de circunstancias: proceso incidental o vía de ejecución”, en AEAF, *Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio*, Madrid: Dykinson, p. 91. Sobre el particular, Rivero Hernández ha precisado que aunque los criterios o directrices indicados por los principios vayan dirigidos eminentemente al juzgador, no dejan de revelar la voluntad de la ley, y por sobre todo su mentalidad y filosofía, y, en consecuencia, deben actuar como criterios rectores en la materia, en la elaboración del convenio por los padres: el desoírlas o desatenderlas puede costarles la aprobación del mismo por el juez, al tiempo de calificarlo: RVERO HERNÁNDEZ, Francisco (1984), “Las relaciones paterno-filiales (título, ejercicio y contenido de la patria potestad, guarda y cuidados y régimen de visitas) como contenido del convenio regulador”, en VILADRICH, Pedro-Juan (director), *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, p. 80.

⁸⁴ En razón de ello se ha llegado a hablar en términos más amplios aún, de una *corresponsabilidad familiar*: TORIO LÓPEZ, Susana (2010): “Hacia la corresponsabilidad familiar: construir lo cotidiano. Un programa de educación parental”, *Educatio Siglo XXI*, vol. 28 nº1, p. 88.

tores que no siempre están presentes⁸⁵. En opinión de DOMÍNGUEZ (2010), que comparto, *parece errado el enfoque de este problema desde el principio de igualdad ante la ley entre los padres porque ello supone poner el acento en ellos y en sus derechos sobre los hijos, tratándose de una materia que indiscutiblemente debe ser decidida desde la perspectiva de lo que sea mejor para el hijo*⁸⁶.

PALABRAS FINALES

Con la incorporación expresa al Código Civil del principio de corresponsabilidad parental se promueve el ejercicio de nuevos roles y se concentra la actuación de los padres en las necesidades de los hijos. Los padres tendrán que aprender a compartir, incluso en vida separada, las funciones de crianza y educación de sus hijos. Subyace en la nueva normativa una lógica simple e indudable: es responsabilidad de ambos padres procurar el bien de sus hijos.

Si bien la Ley 20.680, de 2013, no introduce una reforma radical, hay que reconocer que a partir de ella existe una base legal más clara y expresa en la que apoyarse en materia de regulación de las relaciones paterno-filiales en vida separada de los progenitores, aspecto altamente significativo, considerando que el interés de los hijos requiere de soluciones individualizadas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2003): *La filiación y sus efectos*. Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2011): *Efectos jurídicos del divorcio*, Santiago, AbeledoPerrot Thomson Reuters.
- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela (2013): “Cuidado personal de los hijos en base a criterios”, *El Mercurio Legal*. <http://www.elmercurio.com/>

⁸⁵ En razón de ello, diversos autores sugieren que solo se desarrolle dicha modalidad cuando, siendo ambos progenitores aptos para el ejercicio de la guarda, el régimen de custodia compartida sea necesariamente el resultado de un acuerdo entre los padres que suponga un compromiso y una responsabilidad en la crianza de la descendencia, resultando de todo punto contraproducente su imposición. Como muestra se puede ver: GOIRIENA LUKUE, Agurtzane (2005): “La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género”, *Revista Aequalitas*, Nº 16, p. 56.

⁸⁶ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2010): “Cuidado personal de los hijos: ¿Deber compartirlo?”, Publicado el 15 de diciembre de 2010 en www.centrodelfamilia.uc.cl, visitado el 1 de julio 2013.

- Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2013/03/15/Cuidado-personal-de-los-hijos-en-base-a-criterios.aspx
- ARAMBURU MUÑOZ, Isabel y otras (2006): *Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, Madrid, Themis.
 - BAEZA CONCHA, Gloria (2001): “El interés superior del niño: derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, Nº 2, pp. 355-362.
 - BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2011): *Fundamentos del derecho de familia y de la infancia*, Santiago, PuntoLex, Thomson Reuters.
 - BAYEBACH, Mark (2010): “La repercusión sobre el menor de los procesos de ruptura matrimonial: aspectos emocionales y relacionales”, *Cuadernos de Derecho Judicial II-2009. Custodia compartida y protección de menores*, Madrid, CGPJ, pp. 295-319.
 - BENGOCHEA GARÍN, Pedro (1992): “Un análisis exploratorio de los posibles efectos del divorcio en los hijos”, *Psicothema*, vol. 4, Nº 2, Principado de Asturias, pp. 491-511.
 - CANTÓN DUARTE, José (2009): “Adaptación de los hijos de divorciados”, en GARCÍA GARNICA, María (directora), *La protección del menor en las rupturas de pareja*, Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, pp. 89-102.
 - CASO SEÑAL, Mercedes (2000): “Disyuntiva ante la modificación de circunstancias: proceso incidental o vía de ejecución”, en AEAF, *Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio*, Madrid, Dykinson, pp. 78-99.
 - CASTÁN Pérez-Gómez, José (2001): “La patria potestad”, en DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (coordinador), *Instituciones de Derecho Privado. Familia*, tomo IV, vol. 1, Madrid Civitas, pp. 619-722.
 - CATALÁN FRÍAS, M^a José (2011): “custodia compartida”, <http://repositorio.ucam.edu/jspui/bitstream/10952/144/1/La%20custodia%20compartida.Mar%C3%ADa%20Jos%C3%A9%20Catal%C3%A1n.pdf>
 - CERRITTI, Marcela y BINSTOCK, Georgina (2009): “Familias Latinoamericanas en transformación: desafíos y demanda para la acción pública”, *Serie Políticas Sociales* Nº147, CEPAL, División de Desarrollo Social, Santiago.
 - CORRAL TALCIANI, Hernán (2005): “La familia en los 150 años del código civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32 Nº 3, pp. 429-438.
 - CROTTI, Edigio (2004), representante de Unicef para Chile y el Cono Sur, en Documento de Trabajo Nº 4, Unicef.

- DE TORRES PEREA, José Manuel (2011): “Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social” en *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2005): “Los principios que informan el derecho de familia chileno: su formulación clásica y su revisión moderna”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, nº 2, pp. 205-218.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2010): “Cuidado personal de los hijos: ¿Deber compartido?”, Publicado el 15 de diciembre de 2010 en www.centrodelafamilia.uc.cl
- GOIRIENA LUKUE, Agurtzane (2005): “La custodia compartida, en interés del menor y la neutralidad de género”, *Revista Aequalitas*, Nº 16, pp. 52-57.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: “La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el derecho de cosas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 736, pp. 1133 a 1150.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2008): “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 10, pp. 9-37.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2009): “Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y Sociológicas”, *Diario La Ley*, Nº 7206, Sección Doctrina, Año XXX, Ref. D-231, Editorial La Ley.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2009): “Reformas pendientes en materia de patria potestad y cuidado personal”, en *Revista de derecho de la Universidad Finis Terrae*, Santiago, pp. 41-48.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2009): “La Corresponsabilidad parental” en PIZARRO WILSON, Carlos (coordinador): *Estudios de derecho civil IV. Jornadas nacionales de derecho civil, Olmué 2008*, Santiago, LegalPublishing, pp. 207-232.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2010): “(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16, Nº 2, pp. 147-184.
- LÓPEZ ALARCÓN, Mariano (1983): *El nuevo sistema matrimonial español*, Madrid, Tecnos.
- LÓPEZ RIVERA, Gissella (2001): *Nuevo estatuto de filiación y los derechos esenciales*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos (2011): *Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia*, 3^a edición, Madrid, Colex.
- MUÑOZ SEGUEL, Susana y otros (2011): “La mediación como instancia para la revalorización del rol paterno. Estudio exploratorio-

- documental”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Santiago, vol. 2, Nº 2, pp. 155-178.
- ORREGO ACUÑA, Juan Andrés (2007), *Temas de Derecho de Familia*, Santiago, Editorial Metropolitana.
 - ORREGO ACUÑA, Juan Andrés (2013): *De la filiación y de la relación jurídica entre padres e hijos*. Disponible en <http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho-de-familia/>
 - PÉREZ-SALAZAR RESANO, Margarita (2010): “La guarda y custodia compartida y el régimen de visitas: los puntos de encuentro familiar”, *Cuadernos de Derecho Judicial II-2009 Custodia compartida y protección de menores*, Madrid, CGPJ, pp. 243-293.
 - RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2009): “La tuición compartida o alternada en Chile. Conflicto entre el interés superior del niño y los intereses de los padres separados”, en PIZARRO WILSON, Carlos (coordinador): *Estudios de derecho civil. IV Jornadas nacionales de derecho civil*, Olmué 2008, Santiago, LegalPublishing, pp. 233-240.
 - ROMERO NAVARRO, Fermín (2009): “Coparentalidad y género”, en IPSE-ds, *Revista de intervención psicosocioeducativa en la desadaptación social*, Barcelona, vol. 2, pp. 11-28.
 - RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (2000): “Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos (comentario de la STC 141/2000, de 29 de mayo)”, *Derecho Privado y Constitución*, Madrid, Nº14, pp. 293-294.
 - RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (1984), “Las relaciones paterno-filiales (título, ejercicio y contenido de la patria potestad, guarda y cuidados y régimen de visitas) como contenido del convenio regulador”, en VILADRICH, Pedro-Juan (director), *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, pp. 69-125.
 - RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (1997): “La guarda y custodia de los hijos y derecho de visita tras la crisis matrimonial”, en CERVILLA GARZÓN, María (coordinadora.): *La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimoniales*, Jerez de la Frontera, Publicaciones de la Universidad de Cádiz, pp. 61-134.
 - RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (1999): “El derecho a mantener una relación directa y regular con el hijo (ex derecho de visitas)”, *Gaceta Jurídica*, Nº 232, pp. 27-38.
 - RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2009): “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflicto de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, Nº 3, pp. 558- 564.

- SAN ROMÁN, José Ramón (1982): “Criterios judiciales sobre la titularidad del derecho de visita en los diversos supuestos de conflicto matrimonial y familiar”, en VILADRICH, Pedro-Juan (coordinador), *El derecho de visita de los menores en las crisis. Teoría y praxis*, Universidad de Navarra, Navarra, pp. 277-305.
- SERRANO CASTRO, Francisco (2012): “Corresponsabilidad parental y la custodia compartida”. disponible en www.lexfamily.es
- SUÁREZ HERRANZ, Olga (2008): “El derecho del hijo a relacionarse con sus padres”, *Revista de Derecho de Extremadura*, Nº 2, pp. 159-170.
- TORIO LÓPEZ, Susana (2010): “Hacia la corresponsabilidad familiar: construir lo cotidiano. Un programa de educación parental”, *Educatio Siglo XXI*, vol. 28 Nº1, pp. 85-107.
- UTRERA GUTIÉRREZ, José (2011): “Problemática del régimen de estancias y comunicaciones con el progenitor no custodio”, en PÉREZ MARTÍN, Antonio - TOVAR ESCUDERO, Carlos (coordinadores.), *II Jornada Científica: La convivencia con los hijos tras la crisis de pareja*, Edición ASEMP, Murcia, pp. 161-169.
- VALLEJO ORELLANA, Reyes y otros (2004): “Separación o divorcio: trastornos psicológicos en los padres y los hijos”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatria*, vol. 24, Nº 92, pp. 91-110.
- VELOSO VALENZUELA, Paulina (2001): “Principios fundamentales del nuevo estatuto de filiación”, en SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina: *La filiación en el nuevo derecho de familia*, Santiago, ConoSur LexisNexis Chile, pp. 9-80.
- VIÑAS MAESTRE, Dolors (2012): “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona.
- YÁRNOZ-YABEN, Sagrario (2010): “Hacia la coparentalidad post-divorcio: percepción del apoyo de la ex pareja en progenitores divorciados españoles”, *International journal of clinical and health psychology*, vol. 10, Nº 2, pp. 295-307.